

Oreste Pollicino, Marco Bassini

**LA CARTA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI DELL'UNIONE
EUROPEA NEL *REASONING* DEI
GIUDICI DI LUSSEMBURGO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ORESTE POLLICINO - MARCO BASSINI

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA NEL REASONING DEI GIUDICI DI LUSSEMBURGO

SOMMARIO: 1. Da *Digital Rights Ireland* a *Schrems*: l'epopea di un nuovo diritto alla privacy? — 2. Gli indizi di una (nuova) manipolazione. — 3. Dall'adequatezza alla sostanziale equivalenza. *Da mihi data, cetera tolle*. — 4. Libertà economiche vs diritti fondamentali. L'approccio evolutivo della Corte di giustizia da un *intermediate* a uno *strict scrutiny*. — 5. Da *Digital Rights Ireland* a *Schrems*, ovvero dalla mancanza di proporzionalità alla violazione del contenuto essenziale. — 6. L'ambito di applicazione territoriale formale e sostanziale. — 7. Il principio di equivalenza nella narrativa giurisprudenziale di Lussemburgo.

1. DA *DIGITAL RIGHTS IRELAND* A *SCHREMS*: L'EPOPEA DI UN NUOVO DIRITTO ALLA PRIVACY?

Per il costituzionalista appassionato di teoria dell'argomentazione ¹ l'analisi della sentenza *Schrems* ² presenta una particolare rilevanza (anche) per una fortunata coincidenza cronologica ³: la decisione della Commissione che aveva omologato i principi del *safe harbour*, su cui si appunta la pronuncia della Corte di

* Il presente contributo costituisce l'esito di uno sforzo congiunto dei due Autori. Nondimeno, sono da attribuirsi a Oreste Pollicino i paragrafi 2, 5, 6 e 7 e a Marco Bassini i paragrafi 1, 3 e 4.

¹ Più in generale, sui temi dell'argomentazione giuridica delle corti in campo "digitale", si v. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rass. Parl.*, 2012, 4, 811. Sia consentito rinviare anche a O. POLLICINO, *La « transizione » dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion pratica*, 2015, 1, 53.

² Corte di giustizia UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

³ Per i primissimi commenti "a caldo", si v. S. RODOTÀ, *Internet e privacy, c'è un*

giudice in Europa che frena gli Usa, in *www.repubblica.it*, 12 ottobre 2015; 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. LYNKEY, *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems*, *ivi*, 9 ottobre 2015; S. PEERS, *The party's over: EU data protection law after the Schrems Safe Harbour judgment*, in *www.eulawanalysis.blogspot.it*, 7 ottobre 2015; M. NINO, *La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di Safe Harbour: la sentenza Schrems*, in *www.sidis-isil.org*, 24 ottobre 2015; F. COUDERT, *Schrems vs. Data*

giustizia, risale al 26 luglio 2000⁴, pochi mesi prima della proclamazione (7 dicembre 2000) della Carta di Nizza.

La questione sembra potersi porre, così, in questi termini: la proclamazione, prima, e l'entrata in vigore, dopo (solo a partire dal dicembre del 2009), della Carta e in particolare, il portato degli artt. 7 e 8 (e 47) della stessa hanno, di fatto, determinato la caducazione di un atto *originariamente* compatibile con il diritto dell'Unione europea, a causa di una sua "rilettura" alla luce del nuovo parametro?

Tale interrogativo, come appena accennato, presenta motivi di interesse peculiari alla luce della tendenziale coincidenza tra il periodo in cui la Carta ha visto la luce, seppure in via di *soft law*, e quello in cui la decisione è stata adottata dalla Commissione.

Dunque, ciò che si cercherà di cogliere è se, volendo semplificare, l'avvento della Carta abbia prodotto un'ondata "costituzionalizzatrice", ossia una reazione, da parte della Corte di Lussemburgo, consistita nello scrutinio degli atti già in vigore diretto a verificarne la coerenza rispetto ai valori proclamati nella Carta stessa.

Un'indagine in questa direzione potrebbe avvalersi del precedente costituito dalla sentenza *Digital Rights Ireland*⁵, che annullando la direttiva 2006/24/CE⁶ sull'assunto della incompatibilità delle disposizioni in tema di conservazione dei dati di traffico con gli artt. 7 e 8 della Carta, ha di fatto offerto una rivisitazione "costituzionalmente" orientata di quella disciplina.

Anche in un particolare passaggio della pronuncia in esame, tuttavia, e precisamente al punto 72, 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: la Corte attri-

Protection Commissioner: A Slap on the Wrist for the Commission and New Powers for Data Protection Authorities, in www.europeanlawblog.eu, 15 ottobre 2015; P. FALLETTA, *La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web (riflessioni su Corte di Giustizia UE (Grande sezione), 6 ottobre 2015, Schrems c. Data Protection Commissioner, C-362/14)*, in www.federalismi.it, 23 dicembre 2015; A. PULIGHEDDU, *Il caso Schrems-Facebook: analisi e profili di collegamento con la sentenza Google Spain*, in www.dimt.it, 2 dicembre 2015. Sia consentito rinviare anche a M. BASSINI - O. POLLICINO, *La Corte di giustizia demolisce il safe harbor e ridisegna i confini del diritto alla privacy in ambito transnazionale*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 7 ottobre 2015.

⁴ Decisione 2000/250/CE della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46 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.

⁵ Corte di giustizia UE, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger e a.*

⁶ 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.

buisce all'art. 25, par. 6, della direttiva 95/46/CE⁷, 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.

È uno tra i più significativi dei passaggi in cui emerge questa attitudine a una lettura espansiva, che si era già manifestata e osservata nelle altre pronunce che hanno ormai contribuito a definire lo statuto giurisprudenziale della privacy digitale⁸. Anche nei casi *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*⁹, infatti, la Corte di giustizia era parsa muoversi nell'orizzonte di ampliare il più possibile il margine di protezione dei dati personali e della privacy degli individui¹⁰. Ebbene, nella fattispecie, sembra che la Corte di giustizia non si sia astenuta ma abbia anzi dato seguito a questa attitudine: a costo di abbracciare, a tratti, un approccio formalistico che ha prevalso in ragione della protezione "sostan-

⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁸ Si v. sul punto il contributo su questo fascicolo di G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, p. 779. Sia consentito rinviare, in proposito, a O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, 7 ss.; Id., *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in www.federalismi.it, 24 novembre 2014; Id., *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3, 2949 ss.; O. LYNSEY, *Deconstructing data protection: the 'added value' of a right to data protection in the EU legal order*, in 63(3) *International and Comparative Law Quarterly* (2014), 569.

⁹ Corte di giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González*.

¹⁰ Per alcuni commenti, cfr., riguardo alla pronuncia *Digital Rights Ireland*: L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti*

fondamentali, in *Giur. it.*, 2014, 8-9, 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 *Riv. Trim. di Diritto penale contemporaneo*, 2014, 2, 178 ss.; Id., *Dalla 'Data retention' al diritto all'oblio. dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia*, in G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 223 ss.; A. VEDASCHI-V. LUBELLO, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy: a European perspective*, in 20(1) *Tilburg Law Review* (2014), 14; 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 Dir. dell'Unione europea*, 2014, 4, 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.*, 28 *Harvard Human Rights Journal* (2015), 65; E. COLOMBO, *Data retention e Corte di Giustizia: riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della Direttiva 2006/24/CE*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, 2705 ss. Con riferimento alla pronuncia *Google Spain*, invece, si segnalano, *ex multis*, oltre al già ricordato volume di G. RESTA-V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, che reca i contributi di T.E. FROSINI, O. POLLICINO, G. FINOCCHIARO, P. PIRODDI, G. SARTOR-M. VIOLA DE AZEVEDO CUNHA, A. MANTELERO, S. SICA-V. D'ANTONIO, C. COMELLA,

ziale” da assicurare al diritto alla protezione dei dati personali. È ciò nonostante il taglio piuttosto pragmatico adottato dai giudici nell’esame delle peculiarità dell’ordinamento statunitense.

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 membri¹¹: 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.

Il risvolto sotto il versante argomentativo di questa operazione manipolativa sembra coincidere con una trasformazione del principio di adeguatezza, cui la direttiva 95/46/CE, all’art. 25, ancora la valutazione della legittimità del trasferimento di dati personali verso paesi terzi, in principio di protezione sostanzialmente equivalente della tutela dei diritti fondamentali in gioco¹².

Tale trasfigurazione del contenuto del test alla base della legittimità dei trasferimenti di dati personali verso paesi terzi, abba-

G.M. RICCIO, R. FLOR e F. PIZZETTI, già apparsi sul numero speciale di questa *Rivista*, 2014, 4-5; T.E. FROSINI, *Diritto all’oblio e Internet*, in www.federalismi.it, 10 giugno 2014; F. PIZZETTI, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, *ivi*, 10 giugno 2014; G.E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Danno e resp.*, 2014, 7, 731 ss.; C. BLENGINO, *La Corte di giustizia e i motori di ricerca: una sentenza sbagliata*, in www.medialaws.eu, 19 maggio 2014; G. CORRIAS LUCENTE, *Ancora su Google e il diritto all’oblio*, *ivi*, 24 giugno 2014. Sia consentito altresì rinviare a O. POLLICINO-M. BASSINI, *Reconciling Right to Be Forgotten and Freedom of Information: Past and Future of Persona Data Protection in Europe*, in *DPCE*, 2014, 2, 641; M. BASSINI, *Il diritto all’oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca*, in *Quad. cost.*, 2014, 3, 730.

¹¹ Per alcune reazioni istituzionali invece, cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Transfer of Personal Data from the EU to the United States of America under Directive 95/46/EC following the Judgment by the Court of Justice in Case C-362/14 (Schrems)*, Bruxelles, 6 novembre 2015; *Id.*,

Statement, First Vice-President Timmermans and Commissioner Jourova’s press conference on Safe Harbour following the Court ruling in case C-362/14 (Schrems), 6 ottobre 2015; ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Statement on the implementation of the judgement of the Court of Justice of the European Union of 6 October 2015 in the Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner case (C-362-14)*, WP 230, Bruxelles, 16 ottobre 2015; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Transatlantic Privacy After Schrems: Time for An Honest Conversation*, relazione del Commissioner Julie Brill, Amsterdam Privacy Conference, 23 ottobre 2015.

¹² 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 della 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.

stanza evidente in diversi passaggi della sentenza, di cui si dirà, 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, testo ormai consolidato da più vent'anni, quando lo sviluppo di Internet era di fatto agli albori e le sue implicazioni critiche per la tutela della privacy erano ancora in larga parte sconosciute, 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 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 decisione ¹³, 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 ¹⁴.

¹³ Invero, come ricorda S. RODOTÀ, *op. cit.*, l'adozione della decisione di constatazione dell'adeguatezza del sistema di *safe harbour* statunitense da parte della Commissione era stata accompagnata da alcune riserve espresse specialmente dal Working Party Article 29, ai tempi presieduto proprio dal Prof. Rodotà. Non è mistero che la decisione costituisca il frutto di un lungo iter di discussione e negoziato che ha attraversato fasi alterne, e che tradisce l'ambiguità del giudizio che si trova racchiuso nella constatazione operata dalla Commissione. Per alcuni riferimenti, cfr. ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Opinion 1/99 concerning the level of data protection in the United States and the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government*, 26 gennaio 1999, 5092/98/EN/final, WP 15; Id., *Opinion 2/99 on the Adequacy of the "International Safe Harbor Principles" issued by the US Department of Commerce on 19th April 1999*, 3 maggio 1999, 5047/99/EN/final, WP 19; Id., *Opinion 4/99 on The Frequently Asked Questions to be issued by the US Department of Commerce in relation to the proposed "Safe Harbor Principles"*, 7 giugno 1999, 5066/99/EN/final, WP 21; Id., *Working document on the current state of play of the*

ongoing discussions between the european Commission and the United States Government concerning the "International Safe Harbor Principles", 7 luglio 1999, 5079/99/EN/final, WP 23; Id., *Opinion 7/99 On the Level of Data Protection provided by the "Safe Harbor" Principles as published together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and other related documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce*, 3 dicembre 1999, 5146/99/EN/final, WP 27; Id., *Opinion 3/2000 on the EU/US dialogue concerning the "Safe harbor" arrangement*, 16 marzo 2000, 5019/00/EN/final; Id., *Opinion 4/2000 on the level of protection provided by the "Safe Harbor Principles"*, 16 maggio 2000, CA07/434/00/EN, WP 32. Si v. anche, più in generale, ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Discussion Document: First orientations on Transfers of Personal Data to Third Countries - Possible Ways Forward in Assessing Adequacy*, 26 giugno 1997, XV D/5020/97-EN final, WP 4; Id., *Working Document: Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive*, 24 luglio 1998, DG XV D/5025/98, WP 12.

¹⁴ Per un'analisi dettagliata del sistema di *safe harbor*, v. in questo fascicolo

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.

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/CE in Europa. Il sistema del *safe harbour* 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 harbour*, 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.

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 harbour* siano prevalenti rispetto a quelli che hanno guidato la Corte di giustizia verso un'opposta, seppure "manipolata" (nei termini che si chiariranno) valutazione.

2. GLI INDIZI DI UNA (NUOVA) MANIPOLAZIONE.

Dove emerge maggiormente questa tendenza alla manipolazione favorita dagli artt. 7¹⁵, 8¹⁶ e 47¹⁷ della Carta?

La Corte ne fa quasi una dichiarazione di intenti quando, con una impostazione ricorrente ma tutt'altro che retorica, esordisce

il contributo di S. SICA-V. D'ANTONIO, *I Safe Harbour Privacy Principles: genesi, contenuti, criticità*, p. 301.

¹⁵ Per un'analisi, cfr. T. GROPPI, *Rispetto della vita privata e della vita familiare*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento*

alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Bologna, 2001, 76 ss.

¹⁶ Si v. F. DONATI, *Protezione dei dati di carattere personale*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, 83 ss.

¹⁷ Al riguardo, si v. M. D'AMICO, *Di-*

nel suo ragionamento con l'affermazione per cui « le disposizioni della direttiva 95/46, disciplinando il trattamento di dati personali che possono arrecare pregiudizio alle libertà fondamentali e, segnatamente, al rispetto della vita privata, devono essere necessariamente interpretate alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta »¹⁸.

Si tratta di una premessa metodologica e argomentativa che si presta senz'altro a diverse interpretazioni ma che, alla luce del risultato conseguito dalla Corte, sembra preparare il terreno per un'operazione che non si è limitata a una stretta interpretazione del dettato normativo.

È come se i giudici di Lussemburgo intendessero rivestire di una portata "costituzionalizzante" e "*fundamental rights oriented*" una cornice normativa, quella definita appunto dalla direttiva 95/46/CE, che ancora ne era estranea, risalendo a un'epoca in cui la tutela dei diritti fondamentali ancora non era avvertita come pertinente all'Unione europea, alle sue istituzioni e, soprattutto, al suo diritto¹⁹. Nel formulare questo passaggio, la Corte sembra immaginare un rapporto *a contrario* (il che, effettivamente, da un punto di vista storico è) tra norme di diritto primario e norme di diritto derivato: secondo i giudici, poiché la direttiva investe un ambito che può « arrecare pregiudizio » alle libertà fondamentali, occorre ricorrere a un'interpretazione illuminata dalle garanzie stabilite dalla Carta²⁰. Ci si aspetterebbe, forse, un'inversione logica: la direttiva declina su un terreno che è crocevia di diversi

ritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, 319 ss.

¹⁸ Così al punto 38.

¹⁹ Per apprezzare il cammino dell'Unione europea e dell'integrazione comunitaria, può essere utile rinviare a P. BILANCIA, *The Dynamics of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After the Lisbon Treaties*, Milano, 2012.

²⁰ Sul contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr. *ex multis*, oltre a R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, anche A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E.O. PACIOTTI-S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Il Dir. dell'Unione europea*, 2001, 2-3, 241; R. TONIATTI, *Diritto,*

diritti, giurisdizione. La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Padova, 2002; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, 1, 193 ss.; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003; A. RUGGERI, *La "forza" della Carta europea dei diritti*, in *DPCE*, 2001, 1, 182 ss.; A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1, 849 ss.; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; S. MANGIAMELLI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DPCE*, 2001, 1, 173 ss. Più recenti E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of Fundamental Rights before and after the Lisbon Treaty*, in www.forumcostituzionale.it, 14 febbraio 2008; S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra trattati (di Lisbona) e Costitu-*

diritti fondamentali le disposizioni della Carta ²¹, istituendo un *framework* che ne assicuri la protezione secondo una massima estensione.

Subito dopo ²², però, la Corte riconosce che già la direttiva porta con sé i germi per una tutela dei diritti fondamentali in questione, così smentendo l'idea di una direttiva "indifferente" al portato sostanziale che sarà affermato anche dalla Carta, evocando quelle disposizioni e quei considerando che annunciano come la direttiva non intenda soltanto tutelare in modo completo ed efficace quei diritti, ma più specificamente miri ad assicurarne un elevato livello di protezione.

Il secondo passaggio in cui sembra cogliersi evidenza dell'attitudine amplificatrice che caratterizza la pronuncia della Corte di giustizia si colloca nella valutazione che i giudici compiono rispetto all'estensione dei poteri delle autorità di protezione dei dati personali.

Il tema oggetto dei quesiti in via pregiudiziale, segnatamente, concerneva la possibilità di sindacare, da parte di un'autorità nazionale, l'adeguatezza delle tutele offerte da paesi terzi nei quali i dati personali erano trasferiti. In particolare, la Corte era stata richiesta di stabilire se a fronte di una decisione come quella adottata dalla Commissione e oggetto di annullamento, le autorità conservassero un margine di sindacato o fossero vincolate dall'apprezzamento condotto in quella sede dalla Commissione stessa.

Nel pervenire a una statuizione che depone in favore della possibilità di sindacare il contenuto della decisione, la Corte di giustizia non manca, nel suo percorso argomentativo, di soffermarsi in maniera diffusa sui poteri di cui le autorità dispongono, enfatizzandone il ruolo anche ai sensi dell'art. 8, par. 3, della Carta. Non si può non cogliere una lettura ampia e a tratti enfatica del ruolo delle autorità, che collega all'effettività dell'esercizio dei rispettivi poteri istituzionali la facoltà di contrastare le valutazioni della Commissione.

Nel qualificare tale potere, lo stesso argomento utilizzato dalla Corte di giustizia si segnala per l'attenzione alla dimensione individuale di tutela dei diritti. Preliminarmente, la sentenza

zione, in www.federalismi.it, 13 gennaio 2010; L. TRUCCO, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in A. RUGGERI-L. D'ANDREA-A. SAITTA-G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 317 ss.; G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. priv.*, 2007,

4, 5 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

²¹ Per approfondire, si vv. anche i commenti di J. VEDSTED-HANSEN, *Commentary on Article 7* e di H. KRANENBORG, *Commentary on Article 8*, entrambi in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*, Oxford, 2014, rispettivamente 153 ss. e 223 ss.

²² Si v. il punto 39.

ricorda che una decisione della Commissione, fintantoché non sia dichiarata invalida dalla Corte di giustizia, organo a ciò competente, spiega effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri e dei rispettivi organi ²³. Ad avviso della Corte, però, l'esistenza di una simile decisione non può precludere le necessarie vie di ricorso per gli individui i cui dati sono trasferiti verso paesi terzi presso le competenti autorità di regolazione, come previsto dall'art. 28, par. 4, della direttiva. E qui viene in rilievo soprattutto l'art. 47 della Carta (norma che si occupa del diritto "tramite": al giusto processo), prima ancora che le norme sul contenuto della tutela (privacy e dati personali). Per altro verso, osserva la Corte ²⁴, nemmeno una decisione siffatta può ridurre i poteri conferiti alle autorità di regolazione nell'apprestare tutela ai diritti degli interessati.

Qui la manipolazione passa per il tramite di un parametro verrebbe da dire, impropriamente, "interposto": ossia attraverso lo scudo rappresentato dai poteri facenti capo alle autorità nazionali di regolazione nel conoscere eventuali domande da parte degli interessati. Secondo la Corte di giustizia, l'adozione di una decisione da parte della Commissione che accerti l'adeguatezza delle tutele previste dall'ordinamento statunitense non esclude dall'ambito di competenza delle autorità nazionali ²⁵ il controllo sul trasferimento di dati verso paesi terzi né crea alcuna eccezione al riguardo ²⁶.

E qui si giunge alla terza apparente forzatura interpretativa: laddove la Corte rileva che « sarebbe contrario al sistema predisposto dalla direttiva 95/46 [...] se una decisione della Commissione adottata in applicazione dell'articolo 25, paragrafo 6, di detta direttiva avesse come effetto di impedire a[d] un'autorità nazionale di controllo di esaminare la domanda di una persona relativa alla protezione dei suoi diritti e libertà con riguardo al trattamento dei suoi dati personali che sono stati o potrebbero essere trasferiti da uno Stato membro verso un paese interessato da tale decisione » ²⁷.

Questo ragionamento, che la Corte segue al fine di rendere esplicita l'amplificazione della tutela della privacy e dei dati personali, sembra sortire un esito paradossale, che ben si com-

²³ Cfr. il punto 51.

²⁴ Osserva la Corte al punto 52: « fintantoché la decisione della Commissione non sia stata dichiarata invalida dalla Corte, gli Stati membri e i loro organi, fra i quali figurano le loro autorità di controllo indipendenti, non possono certo adottare misure contrarie a tale decisione, come atti intesi a constatare con effetto vincolante che il paese terzo interessato da detta decisione non garantisce un livello di protezione ade-

guato. Infatti, gli atti delle istituzioni dell'Unione si presumono, in linea di principio, legittimi e producono pertanto effetti giuridici, finché non siano stati revocati o annullati nel contesto di un ricorso per annullamento ovvero dichiarati invalidi a seguito di un rinvio pregiudiziale o di un'eccezione di illegittimità ».

²⁵ Punto 54.

²⁶ Punto 55.

²⁷ Punto 56.

prende dando prosecuzione alla lettura della pronuncia. Se, da un lato, la Corte di giustizia ammette che l'adozione di una decisione sull'adeguatezza del *safe harbour* non presenta la capacità di paralizzare le tutele azionabili avanti alle autorità nazionali di regolazione, per altro verso i giudici del Lussemburgo, nel ricordare la natura vincolante di tale decisione per gli Stati membri e i rispettivi organi, sembrano incorrere in una contraddizione logica finendo con il negare, di fatto, quel monopolio interpretativo che la Corte si era auto-attribuita nel segnare il limite all'efficacia di una decisione.

Si apre così una breccia importante che, seppure passi direttamente per il canale dell'art. 47 della Carta, relativo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conduce indirettamente a un rafforzamento sostanziale delle garanzie previste dagli artt. 7 e 8, e in particolare, come si sottolinea al punto 58, dall'art. 8, par. 3. Riaffermando la facoltà per le autorità nazionali di conoscere eventuali ricorsi degli interessati, si apre una seconda via per mettere in discussione quel giudizio di adeguatezza incorporato nella decisione della Commissione oggetto di annullamento.

Per sfuggire alla contraddizione logica (almeno apparente) ora denunciata, i giudici si premurano subito di precisare che il sindacato sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione europea appartiene in via esclusiva alla Corte. Prospettando così un'alternativa secca, nell'ipotesi di ricorso avanti alle autorità nazionali: nel caso la domanda sia respinta, l'interessato potrà impugnare tale pronuncia in sede giurisdizionale, dove il giudice avrà facoltà, qualora dubiti dell'adeguatezza delle garanzie offerte dal paese terzo, di investire la Corte di giustizia di una questione pregiudiziale di validità della decisione²⁸; nel caso di accoglimento della domanda, invece, sarà la stessa autorità di regolazione a poter adire gli organi giurisdizionali, segnalando le criticità in ordine alla conformità della decisione all'ordinamento "costituzionale" europeo²⁹. Un doppio binario che sembra rivelare un margine di tutela più ampio possibile che passa attraverso la valorizzazione del ruolo delle autorità indipendenti e del diritto a un ricorso effettivo tutelato dall'art. 47 della Carta.

La manipolazione rispetto all'annullamento della decisione si apprezza dunque non solo con riferimento ai soli artt. 7 e 8 della Carta, ma anche grazie all'attenzione che la Corte dedica alla previsione affidata all'art. 47 che tutela il diritto a un ricorso effettivo innanzi a un giudice imparziale.

²⁸ Cfr. il punto 64.

²⁹ Così al punto 65.

3. DALL'ADEGUATEZZA ALLA SOSTANZIALE EQUIVALENZA. *DA MIHI DATA, CETERA TOLLE.*

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/CE 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, par. 2, si limita a stabilire che l'adeguatezza « è valutata con riguardo a tutte le circostanze relative a[d] 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.

La Corte al riguardo ammette che, al par. 6, l'art. 25 riferisce alla legislazione nazionale e agli eventuali impegni internazionali il giudizio di adeguatezza; e che, comunque, tale protezione deve essere valutata « ai fini della tutela della vita privata o delle libertà e dei diritti fondamentali della persona ». Proprio questo passaggio appare emblematico: sembra che lo stesso parametro di adeguatezza sia concepito come flessibile ed elastico, da interpretare alla luce dell'esigenza di tutela dei diritti fondamentali in gioco. La Corte, incorrendo in questo passaggio, sembra voler dare sostanza alla nozione di adeguatezza quando invece, nei fatti, finisce per svuotarla di un significato preciso.

Nel punto successivo³⁰, poi, i giudici paiono confermare indirettamente questo sbilanciamento della Corte a favore di una tutela dei dati personali secondo un canone di equivalenza anziché di mera adeguatezza: questa sfumatura sembra emergere

³⁰ Cfr. il punto 72.

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* »). Se certamente il ricorso terminologico alla nozione di continuità non può considerarsi dirimente rispetto alla pretesa differenza tra il significato di adeguatezza e quello di equivalenza, è tuttavia confessoria l'affermazione che denuncia l'obiettivo di un'ideale estensione territoriale extra-UE dell'applicazione delle garanzie previste dalla disciplina comunitaria.

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 Corte³¹, pur premurandosi di precisare che lo standard di adeguatezza non implica un livello di protezione identico a quello europeo, richiamando le argomentazioni dell'Avvocato generale³², 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'adequa-

³¹ Si v. il punto 73.

³² Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 23 settembre 2015, C-362/14, *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*. In particolare, al punto 141, richiamato dalla Corte, così si esprime l'Avvocato generale: « 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 quanto-

meno 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 [d] 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 ».

tezza della protezione in forza della direttiva. Siffatta verifica, aggiunge la Corte, è « in ogni caso obbligatoria quando taluni indizi facciano sorgere un dubbio al riguardo »³³. 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 spaziale³⁴.

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 per 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

³³ Cfr. il punto 78.

³⁴ Si coglie in questo atteggiamento l'influenza esercitata, ancora una volta, dal parere dell'Avvocato generale, che ai punti 146 e 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[d] 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 ».

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 di libertà economiche: con uno sguardo pragmatico e un'attenzione particolare per il soddisfacimento dell'obiettivo di tutela sotteso alle misure in questione. Proprio al punto 74, infatti, si rileva come, a dispetto della loro possibile diversità rispetto a quelli impiegati dagli Stati membri, tali strumenti devono rivelarsi efficaci « nella prassi » al fine di assicurare una protezione “sostanzialmente equivalente” (importante manipolazione del dato normativo) a quella garantita all'interno dell'Unione europea. E da questo rilievo prende avvio l'esame che la Corte successivamente svolge, con grande taglio pratico, sulle misure previste dall'ordinamento statunitense e segnatamente del sistema di *safe harbour*, al fine di verificare se queste ultime corrispondano al requisito di una protezione equivalente. In questo modo, l'indagine pragmaticamente condotta dai giudici sulle garanzie previste negli Stati Uniti permette di apprezzare, alla stregua di un parametro interposto, la sostanziale divergenza di questo ordinamento rispetto agli standard individuati dalla direttiva, divergenza che vale a invalidare la decisione della Commissione che, al contrario, ne aveva constatata l'adequazione. Ma è una verifica, quella svolta dalla Corte di giustizia, che per quanto formalmente risponda a un confronto tra il contenuto della decisione e i requisiti della direttiva, nella sua valenza pratica si risolve in uno scrutinio sulla conformità delle disposizioni rilevanti vigenti negli Stati Uniti alle norme della Carta che tutelano i diritti fondamentali interessati (tutela della vita privata e familiare, tutela dei dati personali, diritto a un giusto processo).

4. LIBERTÀ ECONOMICHE VS DIRITTI FONDAMENTALI. L'APPROCCIO EVOLUTIVO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DA UN *INTERMEDIATE* A UNO *STRICT SCRUTINY*.

Uno fattore che si è rivelato decisivo nell'economia della decisione della Corte di giustizia riposa certamente sul preorienta-

mento assiologico che si coglie nelle parole dei giudici laddove occorre procedere a bilanciare diritti fondamentali e libertà economiche. Un preorientamento di cui emergeva traccia evidente già nella decisione *Google Spain*, e in special modo in due frangenti ³⁵.

In primo luogo, laddove la Corte di giustizia espressamente aveva riconosciuto, al punto 97, che i diritti fondamentali derivanti dagli artt. 7 e 8 della Carta fossero destinati a prevalere, in linea di principio, sull'interesse economico, nella fattispecie, del gestore del motore di ricerca.

In secondo luogo, questo atteggiamento si coglieva nell'omissione di qualsiasi riferimento esplicito alla libertà di espressione, senz'altro attinta dall'esito della pronuncia della Corte di giustizia e interessata dall'opera di bilanciamento ivi condotta, sebbene uscitanne soccombente. Questo dato appare emblematico di un'opera di (s)bilanciamento svolta secondo un preciso orientamento, incline a riconoscere una portata estensiva e ampia ai diritti alla privacy e alla tutela dei dati personali.

Questa impostazione sembrerebbe tuttavia poco rispettosa dell'approccio che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea fa suo, collocando i diritti allo stesso livello, secondo un catalogo assiologico che non conosce differenziazioni e gerarchie ma che concepisce la possibilità di realizzare operazioni di bilanciamento, purché ne riesca tutelato il contenuto essenziale del diritto sottoposto a sacrificio ³⁶.

Di questa operazione, che recupera spazio ai diritti fondamentali della sfera della riservatezza con sacrificio delle libertà che riguardano la sfera economica, si trova piena conferma anche nell'impianto della pronuncia resa nel caso *Schrems*. Al punto 48, in particolare, la Corte osserva che la direttiva 95/46/CE, nel regolare il trasferimento di dati personali verso paesi terzi, ne riconosce la necessità ai fini degli scambi internazionali. Non è un richiamo puramente formale o simbolico, perché quella della Corte sembra una presa d'atto della natura strategica che i trasferimenti di dati fuori dall'Unione europea rivestono, con conseguenze che toccano anche le libertà fondamentali di natura economica sancite dai trattati.

Anzi, la successiva indagine compiuta dai giudici al fine di accertare il funzionamento del meccanismo del *safe harbour* rivela un'inedita capacità della Corte di "calarsi" nella dimensione empirica e di condurre una verifica circa il concreto operare

³⁵ Sia consentito richiamare, a proposito della manipolazione che la Corte di giustizia aveva compiuto nel caso *Google Spain*, O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di*

Lussemburgo?, cit. e *Id.*, *Interpretazione o manipolazione?*, cit.

³⁶ Cfr. l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

dei principi vigenti nell'ordinamento statunitense e le relative implicazioni non solo per la tutela dei dati personali ma anche per la libertà di impresa e di iniziativa economica che fa capo ai soggetti che nella maggior parte dei casi trasferiscono dati personali da/per l'Unione europea.

La Corte però, sempre al punto 48, pone un paletto molto chiaro: i trasferimenti in questione non possono avere luogo se non in presenza di un livello di protezione adeguato.

Così, le ragioni del commercio non possono mai prevalere su quelle della privacy, se non in presenza di requisiti particolari. Sembra confermata la linea già intrapresa nella sentenza *Google Spain*, dove i diritti "economici" soccombono rispetto alla privacy³⁷.

Che una simile impostazione, già emersa in *Google Spain*, sia confermata dall'argomentazione della Corte di giustizia nella pronuncia in commento appare un dato assai curioso, che parzialmente sembra rivelare un'eterogenesi dei fini. La Corte di giustizia, infatti, giudice di un ordinamento nato per la creazione di un mercato unico e avulso rispetto al tema dei diritti fondamentali, di cui il diritto dell'Unione europea faceva esperienza soltanto come possibili motivi legittimi di restrizione, da parte degli Stati membri, delle libertà economiche (e dunque come eccezioni a queste ultime), compie una netta inversione: diventando, di fatto, giudice delle ragioni dei diritti fondamentali davanti ai quali soccombono ora i diritti "economici" per la cui protezione quell'ordinamento era stato concepito.

In questo modo, però, la Corte introduce un criterio di differenziazione nelle operazioni di bilanciamento che non trova riscontro nel documento che è oggetto specifico di *enforcement*, vale a dire la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Come noto, infatti, tale atto non colloca i diritti in una scala gerarchica, né assicura alcuna prevalenza assiologica a beneficio di alcune categorie di diritti a scapito di altre³⁸.

³⁷ In questa pronuncia, diversi erano i profili dai quali emergeva la netta prevalenza, da un punto di vista assiologico, dei diritti fondamentali rispetto alle libertà economiche. La prima fondamentale anomalia argomentativa riguarda la mancanza di riferimenti espliciti all'art. 16 della Carta, che tutela la libertà di impresa, a dispetto delle numerosissime citazioni che hanno per protagonisti gli artt. 7 e 8 della Carta. Per vero, analogo destino accomuna la libertà di espressione, tutelata dall'art. 11, diritto fondamentale anch'esso attinto dalla sentenza *Google Spain* ma che trova scarso peso nell'argomentazione della Corte. Il secondo elemento su cui riposa la superiore conside-

razione che i giudici di Lussemburgo nutrono dei diritti alla privacy e alla protezione dei dati personali rispetto ai diritti della sfera economica corrisponde all'ammissione esplicita che la stessa Corte compie, al punto 97, dove ricorda che i diritti tutelati dagli artt. 7 e 8 « prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona ». In proposito, v. O. POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione?*, cit., 17 ss.

³⁸ Sulla sistematica della Carta e sui

Questo nuovo equilibrio, che però sembra negare per certi versi il disegno complessivo della Carta di Nizza, consente di rendere meno brusco e problematico il passaggio che conduce la Corte a innalzare il parametro di adeguatezza stabilito dalla direttiva in uno di sostanziale equivalenza.

Su questo terreno, rispetto all'operazione complessiva di innalzamento del livello interno di tutela dei diritti fondamentali, si deve però registrare l'intervento di due variabili a carattere dinamico che sembrerebbero condurre verso esiti opposti.

La prima variabile corrisponde a un elemento non nuovo, ossia la tendenza a compiere un'inversione temporale nell'interpretazione del rapporto tra disposizioni della Carta e disposizioni della direttiva 95/46/CE³⁹. Confermando un indirizzo già rintracciabile nella sentenza *Google Spain*, la Corte di giustizia⁴⁰ afferma che è l'art. 25, par. 6, della direttiva ad attuare l'obbligo esplicito di protezione dei dati personali previsto dall'art. 8, par. 1, della Carta. Nella sentenza del maggio 2014, invece⁴¹, la Corte del Lussemburgo aveva rilevato come fosse un gruppo di disposizioni racchiuse nella direttiva a recepire e attuare le prescrizioni contenute negli artt. 7 e 8 della Carta.

Non si può certo negare che, collocandosi la Carta e le disposizioni della direttiva in un diverso rango nel diritto dell'Unione europea, e rispettivamente a livello primario e derivato, sussista tra le medesime fonti un rapporto assimilabile a quello che intercorre tra norme di principio e norme prescrittive. Nondimeno, e l'anomalia del costruito ordinamentale comunitario insiste proprio qui, solo un'inversione di carattere temporale, come quella operata dalla Corte, consente di recuperare un siffatto rapporto nella fattispecie, a fronte di una normativa per così dire "di dettaglio" (quella appunto della direttiva) risalente a cinque anni prima dell'adozione (allora non ancora vincolante) della Carta.

Da questa aporia è possibile uscire soltanto ammettendo che la Corte abbia compiuto, come nel caso *Google Spain*, un'evidente forzatura, vicina a una manipolazione, volta a favorire l'espansione della tutela del diritto fondamentale alla privacy⁴²; e del resto, è chiaro che nella mente del legislatore della direttiva non potesse certo albergare alcuna *ratio* attuativa di principi che

problemi che essa racchiude, cfr. G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Milano, 2011, spec. 290 ss.

³⁹ Di questa attitudine a un capovolgimento temporale si era già parlato, a proposito della sentenza *Google Spain*, in O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, cit., 14 ss.

⁴⁰ Cfr. il punto 72.

⁴¹ Corte di giustizia UE, 13 maggio 2014, cit., punto 69.

⁴² Questa amplificazione del portato dei diritti tutelati dagli artt. 7 e 8 della Carta aveva però trovato un contrappeso nell'argomentazione della Corte di giustizia, che era stata costretta, con quella che non si è esitato a definire una *excusatio non petita*, a sposare un'interpretazione ampia della nozione di titolare del trattamento (cui ri-

ancora non erano stati enunciati, almeno formalmente, nell'ordinamento europeo. Vero è, naturalmente, che il rispetto della vita privata e familiare, valori sanciti dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ("CEDU"), già costituivano parte del patrimonio comunitario tramite il filtro delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e in quanto principi generali, secondo il disposto dell'art. 6, par. 2, del TUE⁴³. Nondimeno, se anche si volesse intendere le disposizioni della direttiva come attuative di prescrizioni allora contenute soltanto nella CEDU, e poi riprodotte dalle corrispondenti disposizioni della Carta, si dovrebbe comunque rispondere a due obiezioni.

La prima: questa lettura non supera il problema dell'inversione temporale, stante l'approccio formalistico della Corte di giustizia che fa espressamente riferimento alle disposizioni della direttiva come attuative delle previsioni della Carta.

La seconda: la Carta descrive — almeno da un punto di vista formale — una protezione assai più ampia e articolata rispetto agli enunciati della CEDU⁴⁴, declinando la tutela sia sul versante

condurre i relativi obblighi previsti dalla direttiva 95/46), nozione prevalentemente di carattere tecnico, giustificando tale scelta sull'assunto che una diversa interpretazione si sarebbe rivelata contraria alla lettera e alla finalità dell'art. 2 della direttiva, intesa ad assicurare una tutela efficace e completa delle persone interessate. Si v. il punto 34, e nuovamente, O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, cit., 17-18. Sia inoltre consentito rinviare anche a M. BASSINI-O. POLLICINO, *Bowling for Columbine. La Corte di giustizia sul caso Google Spain: l'obbligo (quasi) prima di tutto?*, in www.diritto24.ilsole24ore.it, 13 maggio 2014.

⁴³ Non è inutile rinviare, per i profili generali, agli scritti di A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in www.giurcost.org, 22 novembre 2014; ID., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in www.giurcost.org, 2015, 1, 34 ss.; A. GUZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 2011, 3 ss.; e, sul tema delle tradizioni costituzionali, *ex multis*, P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le "tradizioni costituzionali comuni" degli stati membri*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 163 ss.; S. NINATTI, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella*

giurisprudenza comunitaria, in G. D'ELIA-G. TIBERI-M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 533 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in www.forumcostituzionale.it, 8 novembre 2014; A. RUGGERI, *"Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *DPCE*, 2003, 1, 101 ss.; V. SCIARRABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008. G. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003, 3 ss. Sia consentito altresì rinviare a O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in www.giurcost.org, 2015, 1, 242 ss.

⁴⁴ Non solo, evidentemente, la tutela è declinata all'interno della Carta in due diverse disposizioni che fotografano l'aspetto negativo e quello positivo del diritto, rispettivamente, alla privacy e alla protezione dei dati personali: come nota T. GROPPI, *op. cit.*, il contenuto dell'art. 7 della Carta si differenzia dall'art. 8 CEDU per due aspetti. In *primis* la norma della Carta definisce il proprio ambito di applicazione con riferi-

della vita privata e familiare, sia su quello della protezione dei dati personali.

Vi è poi un'ulteriore variabile da prendere in considerazione, che emerge dal punto 76 della decisione, laddove la Corte esplicita — come si è ricordato — che è compito della Commissione condurre una verifica periodica sull'adeguatezza del livello di protezione assicurato in un paese terzo in funzione all'evoluzione cui esso può essere soggetto. Si introduce così un elemento di dinamizzazione della protezione dai dati personali, che osta a una visione statica.

Viene da domandarsi, a questo riguardo, se davvero la Corte di giustizia e la Commissione si trovino di fronte a un'evoluzione del livello di tutela previsto nel paese terzo interessato, vale a dire gli Stati Uniti, o piuttosto a un'involuzione “interna” all'Unione europea cui la Corte reagisce con fermezza, nel tentativo di recupero di un margine “adeguato” di tutela comunitario partendo proprio dal blocco del trasferimento verso paesi terzi. D'altro canto, il giudizio sul livello di tutela offerto da un paese terzo si riflette sulla sorte (e sul potenziale pregiudizio) cui risultano esposti i dati personali degli interessati all'interno dell'Unione europea. È quindi ragionevole immaginare un'intima connessione fra l'interna “involuzione” che, specie alla luce della più recente attualità, vede protagonista il diritto alla privacy e la connessa tutela dei dati personali, e il giudizio che la Commissione in prima battuta e, in sede di *review*, la Corte di giustizia sono chiamate a esprimere.

Se questa seconda variabile contribuisce all'affermazione di una concezione dinamica della tutela della privacy e dei dati personali, essa porta con sé due ricadute assai significative.

Per un verso, il novero dei fattori di cui la Commissione deve avere cognizione nell'esprimere una constatazione sull'adeguatezza della tutela offerta da un paese terzo è senz'altro ampio. Come detto, infatti, la Commissione non dovrà limitarsi a un accertamento iniziale ma, prendendo atto della possibile evoluzione del livello di protezione, sarà tenuta a verificare periodicamente il rispetto di quel parametro, rilevando eventuali scostamenti. Il che implica la capacità, da parte della Commissione, di riconoscere il mutamento di condizioni endogene ed esogene di sistema, fino alla possibilità di revocare, così revisionandola, una precedente valutazione di adeguatezza. Non solo: la pronuncia precisa che tale verifica è in ogni caso obbligatoria quando taluni

mento non già al rispetto della « corrispondenza », bensì più in generale alle « comunicazioni ». In secondo luogo, l'art. 8 CEDU regola anche i limiti e le ingerenze da parte delle autorità pubbliche nell'esercizio di tale

diritto, mentre l'art. 7 della Carta tace, non riproducendo il par. 2 dell'art. 8 CEDU, sulle possibili restrizioni, sulle quali si esprime comunque, in via generale e indifferenziata, l'art. 52.

indizi facciano sorgere un dubbio al riguardo. Sebbene questo inciso appaia tutt'altro che cristallino, lasciando sospesa la definizione delle condizioni che legittimano una doverosità all'azione della Commissione, esso rafforza l'idea di dinamicità e di ampio respiro della valutazione.

La Corte di giustizia, beninteso, riferisce la possibile evoluzione del livello di protezione al paese terzo verso il quale i trasferimenti di dati personali hanno luogo. Ciò non basta a escludere, tuttavia, che l'apprezzamento da parte della Commissione possa fondarsi anche su elementi endogeni, vale a dire sul livello di protezione all'interno dell'Unione europea⁴⁵. In questo senso, il potere della Commissione di valutare l'adeguatezza del livello di protezione, non estraneo anche da fattori di carattere politico, consentirebbe un innalzamento delle "difese immunitarie" dell'ordinamento europeo di fronte a circostanze interne che potrebbero incidere sulla protezione effettiva e secondo standard elevati della privacy e dei dati personali. A legittimare questa operazione pare essere la stessa Corte, che al punto 77 rievoca le parole dell'Avvocato generale sulla necessità di tenere conto anche delle circostanze intervenute successivamente all'adozione della decisione, così relativizzando al massimo grado ogni constatazione da parte della Commissione sull'adeguatezza della protezione offerta da un paese terzo⁴⁶.

Per altro verso, la dinamizzazione del giudizio di equivalenza apre a una riconsiderazione che non può che favorire l'innalzamento della tutela dei diritti in questione e passa attraverso

⁴⁵ D'altro canto, viene da chiedersi come potrebbe reagire la Corte di giustizia (e, dunque, come dovrebbe agire la Commissione) nell'ipotesi di un innalzamento "interno" all'Unione europea del livello di tutela della privacy e dei dati personali, con riguardo alla valutazione da compiere sull'adeguatezza delle tutele offerte dall'ordinamento statunitense. Per effetto della manipolazione portata a termine nella sentenza *Schrems*, infatti, il parametro, prima flessibile e malleabile dell'adeguatezza viene trasformato in un più rigido vincolo di sostanziale equivalenza. L'irrigidirsi del canone al quale informare la verifica di legittimità del trasferimento dei dati verso gli Stati Uniti interroga dunque sulle conseguenze di una simile opzione: l'esigenza di rispettare il criterio di sostanziale equivalenza impone un continuo adeguamento, con una possibile "corsa al rialzo", da parte dell'ordinamento statunitense? Quest'ultimo esito appare difficilmente realizzabile in termini empirici e rivela l'intento ideologico sotteso alla decisione della Corte di giustizia, che, nel tentativo di compiere un

avanzamento nella qualità della tutela della privacy e dai dati personali, sembra, non si capisce quanto volontariamente, poter legittimare, almeno formalmente, un risultato difficilmente accettabile.

⁴⁶ Così le Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., ai punti 137-138: « Tenuto conto della natura particolare della decisione di adeguatezza, quest'ultima deve essere oggetto di un riesame regolare da parte della Commissione. Se, a seguito di nuovi eventi verificatisi nel frattempo, la Commissione non modifica la propria decisione, essa conferma implicitamente, ma inevitabilmente, la valutazione effettuata all'inizio. Essa ribadisce pertanto la sua constatazione secondo la quale il paese terzo di cui trattasi assicura un livello di protezione adeguato ai dati personali trasferiti. Spetta alla Corte esaminare se tale constatazione continui ad essere valida malgrado le circostanze intervenute successivamente. Al fine di assicurare un controllo giurisdizionale effettivo su questo tipo di decisione, la valutazione della sua validità deve pertanto essere effettuata, a mio avviso, tenendo conto del contesto di fatto e di diritto attuale ».

l'affermazione per cui il margine di manovra della Commissione, chiamata ad apprezzare l'adeguatezza (*rectius*: sostanziale equivalenza) della tutela offerta da un paese terzo, diviene per forza di cose ridotto.

In questo frangente prende corpo l'idea di un processo di *judicial cross-fertilization* che potrebbe aver investito il ragionamento della Corte di giustizia nella ponderazione fra interessi di diverso peso, seppure di eguale forma e veste giuridica.

Sembra qui ritrovarsi, infatti, quell'atteggiamento della giurisprudenza della Corte suprema statunitense che aveva trovato la sua massima epifania nella celebre *footnote 4* alla sentenza *Carolene Products*⁴⁷. Questo approccio tende a discriminare la tipologia di scrutinio sulla costituzionalità delle leggi a seconda che si tratti di normativa in materia economica o meno. Nel caso di disposizioni che attengono alla materia economica opererebbe una *presumption of constitutionality*, sicché il test da adottare al fine di verificare la compatibilità della legge di volta in volta interessata corrisponde a una *rationale basis review* che si colloca su un livello meno severo rispetto alla *strict scrutiny* cui sono invece soggette le leggi che attingono la materia delle libertà fondamentali. Questa dinamica appare riprodursi nel percorso tracciato dalla Corte di giustizia, che da comparto normativo a vocazione mercantilistica è passata a considerare la direttiva 95/46/CE (*medio* la decisione 2000/520) come un atto che incide direttamente su libertà fondamentali; così convertendo il proprio standard di *review* da un controllo "intermedio", più simile al *rationale basis review* di stampo statunitense, a uno rigoroso, più vicino allo *strict scrutiny*. Questo mutamento di approccio vede come leva e protagonista assoluta la Carta, che permette, ma per altri versi obbliga a riconciliare con una cornice a tutela dei diritti fondamentali disposizioni introdotte quando l'ordinamento dell'Unione europea ne era di fatto ancora sguarnito.

Così, una legislazione basata sull'esigenza di favorire le libertà economiche (garantendo la circolazione dei dati personali, considerati un fondamentale *asset* a tale riguardo), il cui impatto sui diritti fondamentali non era dapprima apprezzato, appare ora annoverata nell'ambito della "*non-economic*" *legislation*, che incidendo direttamente su diritti fondamentali impone un controllo rigoroso sul loro rispetto. Ne deriva l'esigenza che la Commissione, in sede di prima valutazione, e la Corte di giustizia, in sede di eventuale sindacato, procedano alla ponderazione degli interessi coinvolti secondo uno *strict scrutiny*; questo è l'esito della sentenza della Corte, che al punto 78 precisa appunto la necessità

⁴⁷ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

di effettuare un « controllo stretto » dei requisiti risultanti dall'art. 25 della direttiva, letto alla luce della Carta: ecco l'influenza «manipolativa».

5. DA *DIGITAL RIGHTS IRELAND* A *SCHREMS*, OVVERO DALLA MANCANZA DI PROPORZIONALITÀ ALLA VIOLAZIONE DEL CONTENUTO ESSENZIALE.

Come è stato già sottolineato altrove ⁴⁸, è piuttosto infrequente che i giudici della Corte di Lussemburgo, nel valutare l'incisione di norme di diritto derivato sui diritti fondamentali tutelati dalla Carta, si concentrino separatamente sui due profili che emergono dall'art. 52, par. 1, vale a dire la violazione del contenuto essenziale e la proporzionalità delle limitazioni.

A questa attitudine consolidata ha fatto eccezione, non senza passare inosservata ⁴⁹, la pronuncia che la Corte ha restituito nel caso *Digital Rights Ireland* dell'aprile 2014, che ha inaugurato il trittico di decisioni relative al nuovo diritto alla privacy digitale.

In questa decisione, infatti, i giudici avevano distinto tra i due profili. Rilevando, da un lato, come la direttiva 2006/24/CE non importasse alcuna violazione del contenuto essenziale dei diritti sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta; e, dall'altro lato, come le misure dettate dalla medesima direttiva, tuttavia, non rispettassero il criterio di proporzionalità stabilito dall'art. 52, par. 1 ⁵⁰.

La sentenza *Schrems*, se letta in controluce con la tendenza ora descritta, restituisce invece uno spaccato diverso, nel quale l'argomentazione della Corte fa sì che nel pervenire a una declaratoria di annullamento della decisione 2000/520 della Commissione la violazione del contenuto essenziale dei diritti di cui agli artt. 7, 8 e 47 della Carta sia addebitata non tanto alla direttiva 95/46/CE, né alla decisione della Commissione che ha omologato gli standard di protezione di quel sistema, quanto piuttosto all'ordinamento statunitense.

Sullo sfondo di questa vicenda, e più in generale degli sforzi recenti della Corte di giustizia, si colloca indubbiamente la problematica della sorveglianza globale, destinata a tornare ciclicamente di prepotente attualità ⁵¹. Il tutto con le implicazioni di carattere politico che ciò comporta.

⁴⁸ Si v. ancora O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, cit. 13.

⁴⁹ *Ivi*.

⁵⁰ Giova richiamare il contenuto: « Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del prin-

cipio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui ».

⁵¹ Sul punto, v. in questo fascicolo G. RESTA, *La sorveglianza di massa e il conflitto regolatorio USA/UE*, p. 697.

Così, collegando la sentenza di ottobre con la pronuncia che aveva inaugurato il trittico di sentenze, vale a dire quella in materia di *data retention*, sembra potersi cogliere un *climax* di attenzione e di severità di giudizio da parte dei giudici di Lussemburgo, complici probabilmente anche i condizionamenti derivanti dallo scandalo NSA.

Questo atteggiamento emerge se si osserva il modo in cui la Corte di giustizia ha fatto applicazione, nei due casi, in modo opposto, dell'art. 52 della Carta al fine di verificare la legittimità delle limitazioni cui i diritti fondamentali in questione erano sottoposti.

In un primo momento, infatti, nel caso *Digital Rights Ireland*, la Corte di giustizia è stata chiamata a risolvere la questione su un piano meramente interno, valutando l'impatto della direttiva in materia di conservazione dei dati di traffico sui diritti fondamentali. E, nel tentativo di "lavare i panni sporchi in casa", la Corte si è concentrata sul profilo della proporzionalità, dato che il contenuto delle comunicazioni non era stato attinto dalle misure previste dalla direttiva e che quindi non poteva affermarsi una violazione del contenuto essenziale dei diritti di cui agli artt. 7 e 8 della Carta⁵². Quando invece si esercita sul sistema nordamericano del *safe harbour*, che costituisce il cuore della normativa e della prassi sulla protezione dei dati personali, la Corte di giustizia, agendo come se questo fosse l'oggetto del suo giudizio, perviene alla conclusione che lo stesso determina una violazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali racchiusi negli artt. 7, 8 e 47 della Carta. Traendo così dal precedente *Digital Rights Ireland* una giustificazione per un riscontro più invasivo rispetto a un sistema di sorveglianza che espone il diritto alla privacy a un equilibrio fragilissimo.

⁵² Cfr. Corte di giustizia UE, 8 aprile 2014, cit., ai punti 39-40: « [p]er quanto riguarda il contenuto essenziale del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e degli altri diritti sanciti all'articolo 7 della Carta, si deve rilevare che, sebbene la conservazione dei dati imposta dalla direttiva 2006/24 costituisca un'ingerenza particolarmente grave in tali diritti, essa non è tale da pregiudicare il suddetto contenuto poiché, come deriva dall'articolo 1, paragrafo 2, della stessa direttiva, quest'ultima non permette di venire a conoscenza del contenuto delle comunicazioni elettroniche in quanto tale. Tale conservazione dei dati non è neppure idonea a pregiudicare il contenuto essenziale del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, sancito all'articolo 8 della Carta, considerato che la direttiva 2006/24 prevede, all'articolo 7, una regola relativa alla protezione e alla sicurezza dei

dati ai sensi della quale, fatte salve le disposizioni adottate in conformità delle direttive 95/46 e 2002/58, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione sono tenuti a rispettare taluni principi di protezione e di sicurezza dei dati, principi in base ai quali gli Stati membri assicurano l'adozione di adeguate misure tecniche e organizzative contro la distruzione accidentale o illecita, la perdita o l'alterazione accidentale dei dati ». Come si nota, curiosamente nella sentenza *Digital Rights Ireland* la Corte di giustizia ha fatto oggetto gli artt. 7 e 8 di una considerazione non più unitaria, come era accaduto di sovente nella sua giurisprudenza, bensì distinta e separata, così da cogliere in modo maggiormente puntuale le implicazioni delle misure previste dalla direttiva, rispettivamente, sulla tutela della riservatezza e sulla protezione dei dati a carattere personale.

Questo giudizio, peraltro, sembra prescindere — almeno argomentativamente — dalla scelta, compiuta dalla Corte, di elevare il parametro di valutazione delle garanzie offerte dal sistema statunitense dalla mera adeguatezza alla sostanziale equivalenza. Secondo i giudici, in maniera molto netta, disposizioni come quelle vigenti nel sistema statunitense producono conseguenze per i dati personali trasferiti dall'Unione europea da cui deriva la violazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta. Naturalmente, una conclusione così netta preclude e assorbe alle origini ogni possibile velleità interpretativa legata al diverso (ma subordinato) profilo della mancanza di proporzionalità. Certo, rimane insoluto il quesito teorico per l'interprete sull'esito cui la Corte sarebbe potuta addivenire se il parametro di giudizio fosse stato mantenuto fedele alla lettera della direttiva, ossia in termini di "adeguatezza" e non già di sostanziale equivalenza.

Il tema della sorveglianza globale, e delle reazioni che sul fronte legislativo si registrano, pone tuttavia una serie di quesiti.

Il primo è un problema di comunicazione o, meglio, di comunicabilità, e riguarda in particolar modo gli Stati Uniti.

Il secondo è un problema di resistenza, o per meglio dire di differenziazione insanabile con gli ordinari strumenti di armonizzazione vigenti all'interno dell'Unione europea.

Per quanto riguarda il primo punto, occorre prendere atto che se è vero che la sentenza *Schrems*, per quanto silente, rappresenta la reazione sulla sponda europea allo scandalo NSA, è altresì vero che la portata delle intromissioni nella privacy da parte delle autorità statunitensi appare oggi doversi ridimensionare, e nella fattispecie è stata probabilmente sopravvalutata o comunque sovradimensionata.

Da Oltreoceano, infatti, si intravedono alcuni primi, timidi segnali di un'inversione di rotta nel rapporto tra tutela della sicurezza nazionale e protezione della privacy e dei dati personali, testimoniati da due importanti episodi di recente attualità.

Lo scorso maggio, con la sentenza *ACLU v. Clapper*⁵³, la Court of Appeals for the Second Circuit ha stabilito che la Section 215 del Patriot Act non autorizza la NSA a compiere una raccolta di blocco dei metadati relativi alle utenze telefoniche su scala globale, così privando l'agenzia di sicurezza del governo statunitense della base giuridica per un intervento assai invasivo.

La vicenda, che ha tratto origine dalle rivelazioni di Edward Snowden, vedeva contrapposti la American Civil Liberties Union e la NSA, in persona del suo direttore James Clapper. Da un lato,

⁵³ *ACLU v. Clapper*, No. 14-42 (2d Cir. 2015).

la ACLU lamentava che un'operazione di sorveglianza globale come quella condotta della NSA rappresentasse un'interferenza rispetto al diritto alla riservatezza, nonché alla libertà di espressione. Inoltre, le misure di sorveglianza avrebbero costituito delle restrizioni non assistite dalle garanzie previste dal Quarto Emendamento. Dall'altro, la NSA opponeva che tali operazioni fossero pienamente consentite in base al disposto del Section 215 del Patriot Act.

La norma contenuta nel Section 215 del Patriot Act, come modificata nel corso del tempo, attribuiva all'FBI il potere di richiedere un ordine di esibizione di qualsiasi supporto materiale per acquisire a fini investigativi informazioni di sicurezza non riguardanti cittadini statunitensi o per la protezione da attività di terrorismo internazionale o di *intelligence* clandestina.

Tale disposizione conteneva al proprio interno una sorta di "*expiration clause*", e ha pertanto formato oggetto di diverse proroghe susseguitesi nel tempo, dal 31 dicembre 2005 (la data di *expiration* originaria) fino alla scadenza del 1 giugno 2015, quando il Senato ha rinunciato a estenderne nuovamente l'efficacia. In particolare, il Senato ha approvato l'USA Freedom Act⁵⁴ che interviene su diversi punti del Patriot Act ma non riconosce un analogo potere di raccolta di metadati con portata globale: la NSA e gli altri organismi di sicurezza potranno ottenere queste informazioni secondo un iter che contempla ora l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Alla luce di questi sviluppi, bisogna forse interrogarsi se la frattura che in materia di tutela dei dati personali separa la sensibilità statunitense da quella europea sia ancora così ampia o se, invece, gli accadimenti più recenti non restituiscano uno spaccato in cui le due visioni appaiono conciliarsi, o comunque avvicinarsi⁵⁵.

Chiaramente, analizzando a posteriori la sentenza della Corte di giustizia, sorge anche l'ulteriore quesito se i giudici di Lussemburgo non abbiano assimilato nella propria disamina, che comunque appare — come già ricordato — assai pragmatica rispetto al sistema di *safe harbour*, i cambiamenti ora ricordati. C'è forse un problema di comunicazione o di comunicabilità tra le due sponde dell'Oceano? Probabilmente sì, guardando alla più recente attualità. Quella stessa attualità che sembra documentare un'inver-

⁵⁴ Cfr. A. YUHAS, *NSA reform: USA Freedom Act passes first surveillance reform in decade - as it happened*, in *The Guardian*, 3 giugno 2015; C. COHN-R. REITMAN, *USA Freedom Act Passes: What We Celebrate, What We Mourn, and Where We Go From Here*, 2 giugno 2015, in www.eff.org.

⁵⁵ Per un quadro generale di sistema a livello comparato, non è inutile rinviare a U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008.

sione dei ruoli, se si confrontano gli sviluppi descritti con la scelta della Francia, ad esempio, di sospendere la propria adesione alla CEDU ⁵⁶.

Il secondo tema che si pone riguarda la difficoltà di conciliare con l'esigenza di standard comuni di tutela le scelte intestine dei singoli Stati membri prive di un ancoraggio nel diritto dell'Unione europea. La tutela dell'ordine pubblico e la protezione della sicurezza nazionale appartengono infatti a quella sfera entro la quale gli Stati membri conservano un'irripetibile discrezionalità legislativa ed è evidente come, pur nel rispetto delle disposizioni fissate dalla direttiva 95/46/CE, è ben possibile che gli Stati descrivano al loro interno un equilibrio diverso tra queste esigenze e la protezione dei dati personali, specie in settori non direttamente regolati dal diritto dell'Unione. In tale contesto, la Corte di giustizia sarebbe priva di poteri di intervento che consentano di riequilibrare l'assetto degli interessi rilevanti negli Stati membri.

Ancora, per rientrare nel perimetro del diritto dell'Unione europea, la direttiva, che allo stato definisce la cornice regolamentare in materia si differenzia da altri strumenti, fra cui il regolamento, in quanto affida agli Stati un margine di discrezione nell'attuazione degli obblighi di risultato che in essa vengono stabiliti. È indubbio che in queste circostanze possano darsi modalità di attuazione degli obblighi comunitari anche non coincidenti, con esiti di detrimento rispetto all'obiettivo di una effettiva armonizzazione.

Rimangono dunque, nell'ambito non regolato dal diritto dell'Unione europea così come in quello regolato, sacche di resistenza che possono tradursi in scelte normative che conducono a un livello di protezione frammentario tra gli Stati membri e, in definitiva, a una tutela a geometrie e confini variabili da stato a stato.

Un rimedio a questo secondo problema può rinvenirsi all'interno della Carta e dei Trattati; laddove, da un lato, come già si è ricordato, l'art. 6, par. 2, del TUE richiama la CEDU, annoverandola tra i principi generali del diritto comunitario e, dall'altro, l'art. 52, par. 3 ⁵⁷, della Carta stabilisce che ai diritti enunciati dalla Carta medesima corrispondenti a quelli sanciti

⁵⁶ *France informs Secretary General of Article 15 Derogation of the European Convention on Human Rights*, in www.coe.int, 25 novembre 2015.

⁵⁷ Sul punto cfr. anche le sentenze della Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal* e 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. Per alcuni commenti, *ex multis* cfr. A. RUGGERI,

La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni), in *Il Dir. dell'Unione europea*, 2013, 2, 399 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Rivista AIC*, 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e deci-*

dalla CEDU debbano attribuirsi significato e portata identici a quelli conferiti dalla Convenzione.

Queste disposizioni consentono di istituire un ponte, aprendo a una possibile conformazione esterna da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto al sistema comunitario. E ciò sia perché è urgente la necessità, negli Stati membri, di provvedere a una rimodulazione della tutela dei valori in gioco, sia perché in parte le normative nazionali sfuggono all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

Non è inutile, a questo riguardo, richiamare una recentissima presa di posizione della Corte di Strasburgo, che è stata espressa nella sentenza *Zakharov c. Russia*⁵⁸. È tutt'altro che casuale che questa pronuncia sia stata definita il “*follow-up*” della Corte europea rispetto alla sentenza *Schrems* della Corte di giustizia⁵⁹. La sua rilevanza, peraltro, è autoevidente, trattandosi della prima decisione pronunciata dopo i nuovi attacchi terroristici che hanno colpito la Francia.

Il caso riguardava un giornalista ed editore che aveva agito in giudizio sostenendo che le sue comunicazioni telefoniche fossero state oggetto di intercettazioni per finalità di prevenzione di attività terroristiche. Per effetto di un ordine governativo, infatti, gli operatori di telecomunicazioni erano stati obbligati a installare dispositivi volti a consentire la captazione di comunicazioni da parte dell'agenzia di sicurezza nazionale in assenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

In entrambi i gradi di giudizio, tuttavia, l'editore era risultato soccombente dato che non era stato in grado di provare di aver effettivamente subito le conseguenze dell'implementazione di un sistema di sorveglianza di massa.

La *Grand Chamber*⁶⁰ ha ritenuto che nella fattispecie sussistesse una violazione del diritto sancito dall'art. 8 della CEDU.

Nel giungere alla sua decisione, la Corte di Strasburgo ha optato per la via che garantisse la tutela iù ampia ai diritti fondamentali del ricorrente. La Corte europea, infatti, ha accertato la violazione dell'art. 8 della CEDU pur ammettendo che nella fattispecie

sioni contumaciali: la Corte di giustizia e il “caso Melloni”, in www.forumcostituzionale.it, 5 maggio 2013; F. VECCHIO, *I casi Melloni e Akeberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 454 ss.; R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Akla-garen* (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), in www.diritto-comparati.it, 6 marzo 2013.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, n. 47143/06.

⁵⁹ P. DE HERT-P. CRISTOBAL BOCOS, *Case of Roman Zakharov v. Russia: The Strasbourg follow up to the Luxembourg Court's Schrems judgment*, in www.strasbourgobservers.com, 23 dicembre 2015.

⁶⁰ Per un commento, cfr. anche L. WOODS, *Zakharov v Russia: Mass Surveillance and the European Court of Human Rights*, in www.eulawanalysis.blogspot.it, 16 dicembre 2015.

non fosse stato provato che il ricorrente avesse subito un effettivo pregiudizio.

Prima ancora del merito della vicenda, dunque, era rilevante l'ammissibilità del ricorso, trattandosi di un caso nel quale non era contestata l'esistenza di un sistema di sorveglianza ma era indimostrato che il ricorrente ne avesse derivato detrimento alla propria riservatezza. Ancor più rilevante, a ben vedere, in considerazione della natura concreta del giudizio operato dai giudici di Strasburgo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha parzialmente rivisitato il suo approccio rispetto alla casistica inerente all'implementazione di sistemi di sorveglianza, oscillante tra le decisioni che avevano ritenuto necessaria una ragionevole probabilità (*"reasonable likelihood"*) che le comunicazioni fossero state oggetto di intercettazione e quelle che, al contrario, consideravano sufficiente ai fini dell'ammissibilità del ricorso l'esistenza di una minaccia costituita da un sistema di sorveglianza.

I giudici di Strasburgo hanno per un verso fatto proprio quest'ultimo orientamento, espresso soprattutto nella sentenza *Klass*⁶¹, così come reinterpretato nel caso *Kennedy*⁶², laddove la Corte aveva convalidato questo standard di ammissibilità subordinandolo a due condizioni: esigendo, in primo luogo, che il ricorrente fosse tra i potenziali destinatari del sistema di sorveglianza in questione; e, in secondo luogo, l'assenza (o comunque la precarietà) di rimedi a disposizione dell'interessato. Secondo la sentenza *Kennedy*, è sufficiente che il ricorrente sia potenzialmente a rischio (*"potentially at risk"*) affinché la sua domanda sia ammissibile davanti alla Corte. Questo standard supera così il test di *reasonable likelihood*, ampliando lo spazio di tutela dei ricorrenti vittime (effettive o non) di sistemi di sorveglianza di massa.

L'elemento dirimente della decisione nel caso *Zakharov*, dunque, è la prospettiva di una *individual justice* che la Corte di Strasburgo fa propria anche in assenza di un concreto, specifico pregiudizio per il ricorrente: l'esistenza di una minaccia di carattere massivo è sufficiente, nelle parole della Corte, per considerare violato il diritto alla riservatezza sancito dall'art. 8 della CEDU.

È muovendo da questa prospettiva, dunque, che la Corte di giustizia, e più in generale gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione europea, potranno provvedere a quella rimodulazione della tutela dei dati personali che si impone come condizione di sistema, prima ancora di ogni garanzia esterna sul trasferimento verso paesi terzi.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Klass e altri c. Germania*, 6 settembre 1978, n. 5029/71.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kennedy c. Regno Unito*, 18 maggio 2010, n. 26839/05.

Del resto, la pronuncia della Corte di Strasburgo sembra in consonanza con quella dell'omologa di Lussemburgo nel caso *Schrems*: in entrambi i casi, la valutazione della sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali è risultata prescindere dalla dimostrazione di uno specifico e concreto pregiudizio per il ricorrente, fondandosi unicamente sulla constatazione di condizioni strutturali tali da compromettere il contenuto essenziale dei diritti in gioco.

Se però, sotto questo fronte, si coglie un'ideale continuità tra l'attività delle due Corti, sotto altro fronte occorre considerare che la sentenza nel caso *Zakharov* è destinata ad aprire, verosimilmente, una serie di ricorsi da parte dei cittadini dei vari stati contraenti che abbiano fatto luogo all'adozione di sistemi di sorveglianza, sospinti anche dall'onda emotiva del momento.

Sarà allora così che, smantellata (e da ricostruire) la decisione sul trasferimento verso gli Stati Uniti, gli Stati membri, a prescindere al campo di applicazione del diritto dell'Unione, potranno provvedere a quella rimodulazione della tutela dei dati personali che appare quanto mai necessaria come prima tappa per attribuire al principio di adeguatezza ormai convertito in equivalenza un contenuto che possa fungere da *tertium comparationis*.

6. L'AMBITO DI APPLICAZIONE TERRITORIALE FORMALE E SOSTANZIALE.

L'operazione compiuta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Schrems* si segnala, peraltro, per una capacità di intervento che formalmente interessa soltanto il terreno dell'Unione europea ma sostanzialmente si rivela di portata globale.

I giudici di Lussemburgo, nella fattispecie, hanno sì dichiarato l'annullamento di una decisione adottata dalla Commissione europea sulla base delle disposizioni della direttiva 95/46/CE. Ma tale decisione, inerendo alle condizioni per la circolazione al di fuori dell'Unione europea dei dati personali, ha scatenato conseguenze ed effetti che non possono essere ridotti e non si esauriscono nel campo di azione del diritto dell'Unione.

Si tratta di una caratteristica non nuova, che descrive una dinamica di *cross-fertilization* già osservata nell'immediatezza della sentenza *Google Spain*. Anche in quel caso, infatti, la pronuncia della Corte aveva investito lo specifico contesto normativo della direttiva 95/46/CE, per evincerne l'esistenza di un diritto, per gli interessati, di ottenere dal gestore di motore di ricerca, in qualità di titolare del trattamento, la deindicizzazione dai risultati generati mediante l'uso di determinate parole chiave.

Come nel caso *Schrems*, però, le conseguenze che sono derivate dalla sentenza non sono rimaste circoscritte entro i confini europei, ma hanno investito lo scenario globale. Da un lato, non solo Google, diretto interessato, ma tutti i motori di ricerca hanno provveduto su scala globale (anche al di fuori dei confini europei)

a predisporre sistemi di *take down* per riscontrare le richieste degli interessati. Dall'altro lato, pochi mesi dopo la sentenza della Corte di Lussemburgo, due corti canadesi, la Supreme Court of British Columbia⁶³ e la Court of Appeal⁶⁴, sono state messe di fronte alla richiesta di estendere a tutte le versioni nazionali dei motori di ricerca la rimozione dai risultati di ricerca operata dalla versione nazionale del servizio⁶⁵.

Conseguenze non dissimili, con effetti di *spillover*, si sono verificate anche a ridosso della pronuncia della Corte di giustizia del 6 ottobre. A distanza di breve tempo, infatti, la *Israeli Law, Information and Technology Authority* (ILITA), autorità di regolazione israeliana ha provveduto a revocare l'autorizzazione generale al trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti. Dunque, uno stato che non aderisce all'Unione europea (e non è il solo⁶⁶), Israele, ha di fatto recepito la sentenza della Corte di giustizia⁶⁷. Le norme contenute nel *Privacy Protection Regulations, 2001* prevedono come eccezione al divieto di trasferimento di dati personali verso paesi terzi l'ipotesi in cui il paese di destinazione riceva dati personali dagli Stati membri dell'Unione europea in condizioni di equivalenza ("*under the same terms of acceptance*"). Le autorità israeliane hanno dichiarato di aver fatto affidamento, a questo proposito, alla valutazione di adeguatezza del sistema dei *safe harbour* consolidata nella decisione 2000/250 della Commissione. Ora però, a fronte dell'annullamento della decisione suddetta, le stesse autorità hanno dichiarato di non poter più fondare su questa eccezione la legittimità del trasferimento di dati personali da Israele verso imprese stabilite negli Stati Uniti.

Dunque, un vero e proprio effetto domino che fa sì (nuovamente) che una pronuncia circoscritta all'ambito comunitario, anziché risolversi in questo specifico contesto, investa un campo d'azione più ampio, potenzialmente inesteso, che travolge ogni steccato o confine nazionale e sovranazionale.

È inevitabile osservare, da un punto di vista strettamente giuridico, che un simile effetto non sia privo di conseguenze sotto il profilo dell'impatto che esso produce rispetto al sistema interessato, quello statunitense. Non più chiamato a dar prova soltanto all'Unione europea di un avanzamento nel livello di tutela

⁶³ *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063.

⁶⁴ *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.*, 2015 BCCA 265.

⁶⁵ Si rinvia nuovamente a O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, cit., 27.

⁶⁶ Anche la Svizzera, che aveva adottato un accordo sul modello comunitario, il

"US-Swiss Safe Harbor", ne ha sospeso l'attuazione fino a una nuova rinegoziazione con gli Stati Uniti. Si v. S. CRESPI, *La tutela dei dati personali UE a seguito della sentenza Schrems*, in www.eurojus.it, 2 novembre 2015.

⁶⁷ ISRAELI LAW, INFORMATION AND TECHNOLOGY AUTHORITY, comunicato del 19 ottobre 2015.

della privacy e dei dati personali, ma obbligato a compiere uno scatto più ampio, se non vorrà rimanere vittima di un isolamento che da madrepatria dei nuovi diritti e modello di democrazia moderna lo trasformi in territorio di frontiera per i diritti. Almeno per quelli in questione.

7. IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA NELLA NARRATIVA GIURISPRUDENZIALE DI LUSSEMBURGO.

Da ultimo, occorre cercare di comprendere come la pronuncia nel caso *Schrems* si possa riconciliare e riannodare alla narrativa, ormai ampia, della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali.

Non può sfuggire, in primo luogo, un importantissimo richiamo che nelle maglie della pronuncia la Corte compie, riallacciandosi alla sentenza, o per meglio dire, alla saga *Kadi* ⁶⁸.

Segnatamente, al punto 60 della sentenza, 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, par. 6, della direttiva 95/46/CE non possono sottrarsi a tale regola.

Leggendo la sentenza *Schrems* in controluce con la vicenda *Kadi* ⁶⁹ 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

⁶⁸ Sono quattro le pronunce che appartengono alla saga *Kadi*: Tribunale CE, 21 settembre 2005, T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*; Corte di giustizia UE, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*; Tribunale CE, 30 settembre 2010, T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea*; Corte di giustizia UE, 18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*.

⁶⁹ Per alcuni commenti, v. V. SCARABBA, *La Corte di giustizia, le misure anti-terrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 febbraio 2014; V. SCARABBA-O. POLLICINO, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un impor-*

tante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea, in *DPCE*, 2009, 1, 159; 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* (nota a CGCE 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05), 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 Dir. dell'Unione europea*, 2006, 1, 333; C. TOMUSCHAT, *Primacy of the United Nations Law. Innovation Features in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2006, 537; V. SCARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle*

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, una controlimite insuperabile di fronte al quale ogni norma o prassi di senso contrario riesce recessiva.

È un riappropriarsi di una sovranità, in fondo mai messa in discussione né ceduta, sul terreno ultimo dei diritti fondamentali, proprio quel terreno che l'Unione europea aveva conosciuto soltanto di riflesso nella sua prima stagione, scontando la vocazione prettamente mercantilistica della costruzione comunitaria. I diritti fondamentali, prima relegati — come già ricordato — a mere eccezioni in grado di giustificare, da parte degli Stati membri, restrizioni alle libertà economiche proclamate dai Trattati, divengono così perno del sistema e “valvola” che ne regola l'apertura verso l'esterno.

Non può quindi passare inosservato e, al contrario, non definirsi centrale il ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, già cruciale in *Kadi*.

Proprio richiamando questa saga, però, si deve evidenziare una differenza di grande momento che sembra poter marcare ancora di più l'autonomia dell'ordinamento comunitario.

Nella vicenda *Kadi*, infatti, la fonte “esterna” da cui era derivato un pregiudizio per i diritti fondamentali tutelati dalla Carta era rappresentata dagli obblighi imposti da un accordo internazionale, e più precisamente da una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Era dunque nei confronti dell'ordinamento delle Nazioni Unite che il sistema comunitario doveva prendere le distanze, interponendo la tutela dei diritti fondamentali come ostacolo a una piena e pedissequa attuazione di quanto previsto dalla fonte eteronoma sulla quale il regolamento del Consiglio poi oggetto di (parziale) annullamento si appoggiava.

Nel caso *Schrems*, invece, non è una norma di diritto internazionale o un atto proveniente da un'organizzazione internazionale ma sono piuttosto il sistema di *safe harbour* e, in definitiva, l'ordinamento degli Stati Uniti a condurre l'Unione europea a esporre a minaccia i diritti fondamentali. Quindi, è nei confronti dell'ordinamento di uno stato terzo che si aziona il “controlimite” che impone di munire di tutela gli artt. 7, 8 e 47 della Carta. Qui si apprezza a maggior ragione il valore della Carta, poiché il suo *enforcement* conduce a una rivisitazione, chiaramente *fundamental rights oriented*, di un atto racchiudeva una diversa valuta-

zione del livello di tutela offerto dall'ordinamento statunitense: non la sostanziale riproduzione del contenuto di una norma di diritto internazionale, ma una valutazione, consolidata nella decisione 2000/250, di adeguatezza della tutela (e quindi di "non pericolo" per i diritti fondamentali) viene riformata.

Sempre nel tentativo di allacciare la pronuncia *Schrems* con la narrativa europea in tema di diritti fondamentali, non si può non cogliere un collegamento importante tra un passaggio della sentenza e alcuni importanti precedenti della Corte costituzionale tedesca.

Al punto 73, infatti, si legge che non si può esigere « che un paese terzo assicuri un livello di protezione identico a quello garantito nell'ordinamento giuridico dell'Unione ». Questa affermazione della Corte di Lussemburgo rievoca il significato di due relevantissime sentenze del Tribunale federale costituzionale tedesco *Bundesverfassungsgericht*), conosciute sotto il nome di *Solange I*⁷⁰ e *Solange II*⁷¹.

La sentenza *Solange I*⁷², che risale al 1974, verte sull'interpretazione della clausola attributiva della sovranità a organizzazioni internazionali, racchiusa nell'art. 24. Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, alla luce dello stadio ancora parziale dell'integrazione europea — testimoniato dall'assenza di un documento che tutelasse i diritti fondamentali e da un più generale problema di *deficit* democratico della costruzione comunitaria, il diritto comunitario avrebbe dovuto formare oggetto di un'interpretazione restrittiva. Di conseguenza, nell'assenza di un catalogo dei diritti fondamentali, il Tribunale costituzionale si riservava il diritto di non applicare le disposizioni del diritto comunitario contrarie ai diritti protetti dalla Costituzione tedesca.

Questa impostazione è stata rivisitata nella successiva pronuncia *Solange II*, del 1986, in cui il Tribunale di Karlsruhe prendeva atto della capacità della Corte di giustizia di offrire — ed ecco qui la ridondanza con il punto 73 della sentenza *Schrems*⁷³ — un livello di tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quello della Legge fondamentale tedesca, in grado di preservarne il contenuto essenziale. In questo modo, il Tribunale costituzionale federale dichiarava che, fintantoché tali condizioni fossero perdurate, non avrebbe esercitato la propria giurisdizione

⁷⁰ BVerfGE 37, 271.

⁷¹ BVerfGE 73, 339.

⁷² Per alcuni commenti, si v. S. MANGIAMELLI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, 30; P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2014; P.L. GETI, *Il contributo della Giurisprudenza costituzionale tedesca nella de-*

terminazione dei rapporti con l'Unione Europea, relazione al convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello", Roma, 12-13 maggio 2015.

⁷³ Cfr. F.C. MAYER, *The Force awakens - The Schrems case from a German perspective*, in www.verfassungsblog.de, 19 ottobre 2015.

(pur non spogliandosi formalmente di tale potere) per sindacare l'applicabilità del diritto comunitario derivato secondo il parametro dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione. Il progresso nel percorso di integrazione europea verificatosi nel corso dei dodici anni che separano le due pronunce, evidentemente, deve aver convinto il giudice delle leggi tedesco sulla capacità di tenuta dell'ordinamento comunitario nel garantire il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, rispetto ai quali si è formata, nel diritto dell'Unione, una sensibilità crescente, come già rilevato.

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 c. Irlanda* del 30 giugno 2005⁷⁴, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in maniera storica sul tema della sindacabilità in base alla CEDU delle norme di diritto derivato dell'Unione, e segnatamente di norme contenute in regolamenti⁷⁵.

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 delle Convenzione, se agiscono in ossequio a norme direttamente applicabili dell'Unione europea. Tale presunzione,

⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Jollari Turizm ve Ticaret*, n. 45036/98.

⁷⁵ Si vv., tra gli altri, i commenti di G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non*

c'è mai fine?, in *Rivista AIC*, 2005; E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, 3, 762 ss.

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 recente parere ⁷⁶, sembra un disegno ancora lontano dal potersi concretizzare ⁷⁷. 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 fondamentali ⁷⁸.

All'esito di questo percorso, si devono articolare due importanti rilievi conclusivi.

Dapprima, è interessante notare come, comparando la sentenza *Schrems* con la narrativa europea in tema di equivalenza della protezione dei diritti fondamentali, balzi immediatamente all'attenzione del costituzionalista la peculiarità di questo caso. Mentre, infatti, nei tre casi ricordati, il tema dell'equivalenza veniva in rilievo nel rapporto tra la Corte di giustizia e un ordinamento nazionale (nei casi *Solange I e II*), ovvero tra la Corte di giustizia e un ordinamento globale (nella saga *Kadi*), ovvero ancora tra Corte europea dei diritto dell'uomo e un ordinamento regionale (nel caso *Bosphorus*), così non è nella fattispecie in esame. Laddove, invece, la Corte di giustizia si pronuncia sul rapporto di equivalenza che collega l'ordinamento comunitario a quello statunitense: per la prima volta, il protagonista è uno stato, non un ordinamento internazionale, regionale o globale che sia. Questo

⁷⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 18 dicembre 2014, parere n. 2/13. Per alcuni commenti, si v. F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015; I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, in www.eurojus.it, 22 dicembre 2014; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in www.eulawanalysis.blogspot.it, 18 dicembre 2014; L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, in www.verfassungsblog.de, 23 dicembre 2014; S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in www.ukconstitutionallaw.org, 24 dicembre 2014.

⁷⁷ Sui problemi di coordinamento tra i sistemi, v. E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 2011, 1.

⁷⁸ Cfr. in proposito 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 *DUDI*, 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.

singolare aspetto non appare immune dal generare possibili criticità, ponendo mente non solo al rischio di isolamento di cui si è detto, che potrebbe ingenerarsi come conseguenza di un effetto domino legato al reciproco intersecarsi di valutazioni che dipendono dalla constatazione formulata in origine dalla Commissione, e ora smentita dalla Corte di giustizia; ma anche ai profili di carattere “diplomatico” e di “comity” che riguarderanno i rapporti tra gli Stati Uniti e l’Unione europea nei mesi a venire. Un crinale, questo, già caldo alla luce della recentissima approvazione del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personale, che esaurite le ultime battute entrerà a breve in vigore ⁷⁹.

Il secondo rilievo è connesso al ruolo degli attori coinvolti nella vicenda. Negli altri casi in cui si è espressa, la Corte di giustizia disponeva degli strumenti non solo per affermare un principio ma anche per garantirne in concreto l’attuazione: il soggetto competente a valutare il canone di equivalenza era in altri termini lo stesso che aveva enunciato e costruito quel principio e quella clausola. Così non è, invece, nel caso *Schrems*, dove per un verso la Corte di giustizia demolisce l’impianto della decisione adottata dalla Commissione con cui era stata constatata l’adeguatezza del sistema di *safe harbour* statunitense. Ma, dopo aver manipolato e ricostruito in termini differenti il parametro rilevante, muovendo dall’adeguatezza alla sostanziale equivalenza, di fatto la Corte affida alle autorità nazionali il compito di condurre questo apprezzamento, avviando un importante moto di decentralizzazione: ciò che prima era definito a livello comunitario, ora trova sistemazione a livello dei singoli Stati membri.

Questo approccio, tuttavia, sembra iscriversi in una direzione opposta a quella auspicata, per esempio dall’Article 29 Working Party, che in uno *statement* ⁸⁰ reso a ridosso della sentenza ha ribadito l’esigenza di una « *robust, collective and common position on the implementation of the judgment* ». Al contrario, sembra che nell’approccio della Corte possa prevalere un processo di decentralizzazione e disomogeneizzazione di ciò che precedentemente era definito a livello europeo: una porta aperta verso una balcanizzazione della tutela ⁸¹, affidata alla sensibilità

⁷⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Protezione dei dati nell’UE: l’accordo sulla riforma proposta dalla Commissione stimolerà il mercato unico digitale*, Bruxelles, 15 dicembre 2015.

⁸⁰ ARTICLE 29 WORKING PARTY, *Statement on the implementation of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 6 October 2015*, cit.

⁸¹ E. MOROZOV, *The World Is Not Enough - How To Reinvent The Internet*, in

Sueddeutsche Zeitung, 20 gennaio 2014. Si v. anche S. ALVES JR., *Internet Governance 2.0.1.4: The internet balkanization fragmentation*, 20th ITS Biennial Conference, “The Net and the Internet - Emerging Markets and Policies”, Rio de Janeiro, 2014. Sia consentito altresì rinviare a O. POLLICINO, *UN digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo?*, cit., 26-27.

delle autorità nazionali e, così, sempre più a macchia di leopardo. Un rischio che sarebbe meglio evitare.

Abstract

The reasoning of the Court of Justice in the Schrems judgment places this decision in the wake of the judicial saga commenced with the Digital Rights Ireland and Google Spain cases. Also in this decision, in fact, the Court of Luxembourg has taken it seriously the right to privacy, in light of the threats and risks arising from the broader and broader circulation of personal data, especially through the Internet. When invalidating the decision of the Commission concerning the adequacy of the safe harbor principles, the Court of Justice has once again enforced in a very extensive manner the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and particularly Articles 7 and 8. This has led the Court, indeed, to convert the adequacy standard for personal data to be transferred to non-EU countries in the requirement of equivalent protection. This decision, however, this decision is likely to bring unprecedented consequences and global effects which cannot be limited to the European Union territory.