

ELENA FALLETTI

Carta di Nizza
(Carta europea dei diritti
fondamentali)

Estratto da:

DIGESTO

delle Discipline Privatistiche

Sezione Civile

Aggiornamento

con la collaborazione di
Eva Rook Basile - Rodolfo Sacco - Angelo Scala

UTET
GIURIDICA

INDICE

Acquis comunitario di G. AJANI	<i>p.</i>	1
Affidamento condiviso di R. DE MEO	»	6
Affitto di fondi rustici di A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE	»	29
Agriturismo di L. FRANCIOSI e L. PAOLONI	»	58
Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali) di E. FALLETTI	»	73
Clausola «salvo approvazione della casa» di R. SACCO	»	96
Compendio unico di N. FERRUCCI	»	98
Condizione unilaterale di R. SACCO	»	107
Consensualismo di R. SACCO	»	109
Contratto (genotipi e fenotipi del) di R. SACCO	»	127
Contratto alieno di G. DE NOVA	»	140
Deterritorializzazione e territorio di G. BIANCO	»	147
Dichiarazione contrattuale di R. SACCO	»	156
Dichiarazione contrattuale (alterazione della) di R. SACCO	»	164
Dichiarazione contrattuale (arrivo e conoscenza della) di R. SACCO	»	173
Dichiarazione contrattuale (incarico di redigere o completare la) di R. SACCO	»	189
Dichiarazione contrattuale (spedizione della) di R. SACCO	»	193
Diritto muto di R. SACCO	»	196
Etichettatura degli alimenti di N. LUCIFERO	»	210
Fallimento (tutela giurisdizionale) di M. FABIANI	»	240
Impresa agricola di A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE	»	284
Interesse meritevole di tutela di R. SACCO	»	318
Law French di S. FERRERI	»	322
Nuovo procedimento disciplinare a carico dei notai di A. FERRARA	»	329

Politica agricola comunitaria di D. BIANCHI	p. 338
Pratiche negoziali sleali di A. GIANOLA	» 381
Procedimento antitrust (diritto comunitario) di V. CAPUANO	» 392
Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile) di L. QUERZOLA	» 414
Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario di M. S. SCARDIGNO	» 428
Responsabilità per danno da prodotto difettoso di M. GIUFFRIDA	» 453
Rimessione in termini nel processo civile di R. CAPONI	» 466
Sistema agroalimentare di F. ALBISINNI	» 479
Società in agricoltura di S. CARMIGNANI	» 501
Sorpresa di A. GIANOLA	» 510
Spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale (il reg. CE n. 44/2001) di S. M. CARBONE e C. TUO	» 517
Successione nel processo di D. DALFINO	» 533
Successioni agrarie di N. FERRUCCI	» 551
Terzo contratto di A. GIANOLA	» 570
Uniformità, diversità dei diritti di R. SACCO	» 585
Vendita diretta dei prodotti agricoli di S. BOLOGNINI	» 593

Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)

Bibliografia: AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Atti del XV Colloquio biennale dell'AIDC, Messina-Taormina, 31-5/2-6-2001, Milano, 2002; R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *Dir. UE*, 2000, 888; R. ALONSO GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *RiDPC*, 2002, 21; ALPA, *La professione forense tra diritto patrimoniale e diritti fondamentali*, *RF*, 2003, 719; ID., *La protezione della salute e il risarcimento del danno alla persona in una prospettiva europea*, *ivi*, 2005, 793-802; ID., *I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e il ruolo dell'Avvocatura*, *RF*, 2007, 67-75; ANDRINI, *La famiglia nella Costituzione europea*, in *Fam*, 2004, 551-567; APOSTOLI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea: il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Brescia, 2000; BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Charter? Reflection on Law and Political Mythology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008; BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, *Dir. UE*, 2002, 241; BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione Europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008; BASSANINI-TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008; BIFULCO, *Dignità umana ed integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Scritti in memoria di L. Paladini*, Napoli, 2004; BIFULCO-CARTABIA-CELOTTO, *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; BISOGNI-BRONZINI-PICONE (a cura di), *I giudici e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Taranto, 2006; ID. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; BRONZINI-PICONE, *La Corte di Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali*, *RCDL*, 2006, 979-986; ID. (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007; ID., *L'efficacia «anticipata» della Carta di Nizza: ius receptum?*, *DUCeB*, 2007, 12-22; BURGORGUE-LARSEN-A. LEVADEF. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2005; CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Milano, 2005; CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; CARTABIA-CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, *GQ*, 2002, 4477 ss.; CAVICCHI, *Preambolo e disposizioni generali della Carta dei diritti. Una riaffermazione della specificità dell'ordinamento comunitario*, *RIDC*, 2001, 599 ss.; CELOTTO-PISTORIO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Rassegna giurisprudenziale (2001-2004)*, *GI*, 2005; CHEREDNY-

CHENKO, *Fundamental Rights and Contract Law*, in *2 European Review of Contract Law*, 2006, 489; ID., *EU Fundamental Rights, EC Freedoms and Private Law*, in *14 European Review of Private Law*, 2006, 23; ID., *The Harmonisation of Contract Law in Europe by Means of The Horizontal Effect of Fundamental Rights?*, in *Erasmus Law Review*, 1, 1, 2007; CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, *RTDP*, 2002, 24 ss.; COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, in *European Review of Contract Law*, 2006, 167; COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, 2002; COMINATO, *Il diritto della persona a veder riconosciuto dall'ordinamento il proprio mutamento di sesso*, *RIDL*, 2004, 453-456; COMPORI, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005; CRUCIANI, *L'Europa dopo Lisbona: il modello liberista e il modello sociale*, *RCDP*, 2007, 144; DE CARO, *La Carta dei diritti dell'Unione europea: frutto, eventi, documento*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo, Europa e diritti*, 2002, 115 ss.; DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, *DPb*, 2001, 55 ss.; E. DEFEIS, *Dual System of Human Rights: The European Union*, in *14 Ilsa j. int'l & comp. l.*, 2007; DI TURÌ, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2002, 681; DIEZ-PICAZO, *Notes sur la nouvelle charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, *RIDC*, 2001, 665 ss.; P. ECKHOUT, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, *CMLR*, 2002, 945-994; FERRANDO, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione Europea*, *PD*, 2003, 347; FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo Nizza*, Milano, 2001; N. FERREIRA-P. O'CALLAGHAN, *Evaluating the «New Culture» of Human Rights in European Private Law*, *ERPL*, 2008; D. FERRI, *La costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008; D. FRIEDMANN-D. BARAK-EREZ (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland, 2001; J. GEBAUER, *Die Grundfreiheiten des EG-vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin, 2004; GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *DUE*, 2003, 325-356 ss.; ID., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, *QDLRI*, 2004, 9-35; GUARINO, *La Carta dei diritti: una nuova tappa nell'evoluzione della disciplina dei diritti fondamentali*, *NA*, 2003, 689 ss.; C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008; J. P. JACQUE, *Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2008; A. KNOOK, *The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers*, *CMLR*, 2005, 385; T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, 2004; J. F. LINDNER, *Zur grundsätzlichen Bedeutung des Protokolls über die Anwendung der Grundrechtcharta auf Polen und das Verei-*

nigte Königreich, *Europarecht*, 2008; MALTESI, «Principi comuni agli ordinamenti europei» e libertà di domicilio: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vista dalla Corte Costituzionale italiana, *GI* 2003, 1311 ss.; MANGIAMELI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *DPCE*, 2001; ID. (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006; MANZELLA-MELOGRANI-PACIOTTI-RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, *CP*, 2002, 1873 ss.; A. J. MENDÉNEZ, *Constituting rights on their own right. The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *RIDC*, 2002, 397 ss.; NAPOLI (a cura di), *La Carta di Nizza: i diritti fondamentali dell'Europa*, Milano, 2004; NASCIMBENE, *Dal Trattato di Nizza alla «Costituzione per l'Europa» e oltre?*, *QC*, 2005, 661; PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, *GC*, 2001, 193 ss.; PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, *RIDC* 2003, 1723 ss.; ID., *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, *RDPCe*, 2008, 94-101; PALMERI, *Il principio di non discriminazione*, in *Fam*, 2004, 515-532; PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001; ID., *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005; S. PEERS-A. WARD, (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004; PERFUMI, *Riflessioni per una chiave di lettura del fenomeno di costituzionalizzazione del diritto privato in Europa*, *RCDP*, 2008, 639; PETRANGELI, *Una Carta per l'Europa. Diritti fondamentali e mercato nel processo di integrazione*, Roma, 2001; POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 1178; POLLICINO-SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi tra «sdoganamento giurisprudenziale» e Trattato di Lisbona*, *DPCEE*, 2008, 101-124; RAIMONDI, *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa*, *CP*, 2002, 1885 ss.; *Relazione del Presidium*, *EDP*, 2001, 13; O. REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tübingen, 2003; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note in margine alla Carta dei diritti)*, *RDC*, 2002; RETORTILLO, *Due riflessioni sulla Carta. Relazione al convegno sul tema: «La Ecrucijada Constitucional de la Unión Europea»*, *RIDC*, 2002, 625 ss.; RIVOSECCHI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea fra codificazione sui generis e diritto previgente*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo, Europa e diritti*, 1/2, 2002, 63; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, 241 ss.; ID., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, *QC*, 3, 2002, 565 ss.; SCALA, *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *GI*, 2002, 254 ss.; M. SCHILLING, *The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, 285; SEAYZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in *Studi sull'Integrazione europea*, 2007, 377; SILVESTRI, *Verso uno Jus commune europeo dei diritti fondamentali*, *QC*, 2006; TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003; TONIATTI, *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Padova, 2002; TRIONE, *La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Dal silenzio dei trattati costitutivi alla Carta di Nizza*, Napoli, 2004; F. TURPIN, *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne*, *Rev. Trim. Droit Europ.*, 2003, 615 ss.; S. VAN ERP, *European and National*

Property Law: Osmosis or Growing Antagonism, Leuven, 2006; VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002; ID., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, *RDP*, 2004, 313-328; ID., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *RDC*, 2007, 701-720; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, *DUE*, 2004, 73-115; A. VON BOGDANY, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?*, *JZ*, 2001, 157; A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *RIDC*, 2002, 31 ss.; J. H. H. WEILER (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzioni nell'Unione Europea*, Bari, 2003; ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà d'espressione: una relazione ambigua*, *AIDA*, 2005, 151-160.

Legislazione: Carta Europea dei diritti fondamentali, firmata a Nizza, 7-12-2000; Trattato per una Costituzione europea, firmato a Roma, 29-10-2004 e ratif. con l. 7-4-2005, n. 57; Trattato di Riforma, firmato a Lisbona, 13-12-2007 e ratif. con l. 2-8-2008, n. 130.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo della Carta di Nizza nella protezione dei diritti umani di natura privatistica. – 3. Il concetto di dignità umana in ambito privatistico. – 4. La tutela della vita e dell'integrità personale. – 5. La tutela della riservatezza. – 6. La tutela della vita familiare. – 7. La tutela della proprietà. – 8. Le libertà economiche: esercizio della professione, dell'impresa e del diritto di lavorare. – 9. La protezione degli interessi diffusi: ambiente, salute pubblica e tutela dei consumatori. – 10. Il principio di non discriminazione e la tutela delle parti deboli. – 11. Il divieto di abuso del diritto.

1. Introduzione.

A circa dieci anni dalla promulgazione della Carta europea dei diritti fondamentali (1), comunemente conosciuta come Carta di Nizza, è possibile affermare che essa rappresenti un punto di arrivo rispetto ai percorsi di tutela dei diritti umani seguiti in Europa dal Secondo Dopoguerra (2) ed insieme un punto di partenza nel riconoscimento di nuove esigenze di protezione (3). Tuttavia il percorso non è stato immediato, né agevole.

Il Consiglio Europeo di Colonia del 3/4-6-1999 aveva ritenuto necessario rendere trasparente e visibile la scala dei valori europei irrinunciabili e diede mandato ad una Convenzione istituita appositamente (4) per la stesura di una comune Carta dei valori (5). Nel successivo Consiglio europeo di Tampere (15/16-10-1999) venne costituita la Commissione che scrisse il documento (6). Esso venne proclamato ufficialmente a Nizza in occasione del Consiglio europeo del 7-12-2000 da Parlamento Europeo, Consiglio Europeo e Commissione Europea. Il Mandato di Colonia stabiliva che la Carta non avrebbe dovuto innovare, ma compilare ed aggiornare organicamente il quadro dei diritti fondamentali già riconosciuti dalle istituzioni europee (7). Il ruolo puramente ricognitivo della Carta di Nizza, infatti, è stato ribadito con la sua non diretta applicabilità (8)

quale autonoma fonte del diritto (9). In seguito alla sua emanazione, i primi commentatori della Carta si sono chiesti se essa dovesse mantenere quel ruolo programmatico per la politica di integrazione e espansione dei diritti umani in Europa, ovvero assumere rilevanza nell'applicazione normativa da parte delle Corti (10). Con la successiva integrazione della Carta nel Trattato per una Costituzione Europea (11), il ruolo di questo documento parrebbe essere mutato, almeno nella sensibilità degli operatori del diritto, specie dei giudici (12). Da mero archivio di diritti già raggiunti e fruibili nell'Unione Europea, essa è diventata uno strumento interpretativo vivente per il riconoscimento di nuovi diritti ovvero di espansione degli esistenti a categorie di soggetti e a situazioni in precedenza escluse (13). Codesto passaggio è stato possibile con l'esplicito riconoscimento dato dalle fonti europee alla Carta di Nizza quale parte integrante dei principi comuni (14) e delle tradizioni costituzionali comuni europee (15), come dichiarato nel Preambolo della Carta stessa.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 14-1-2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea per il periodo 2004-2008 [2007/2145(INI)] (16) si riferisce alla Carta di Nizza come elemento essenziale della struttura europea di riconoscimento dei diritti fondamentali nei Considerando C, D ed E; mentre i Considerando F e G sottolineano il ruolo apportato dalla Carta quale fonte «d'ispirazione nella giurisprudenza delle giurisdizioni europee». In particolare, il Considerando G si collega ad una nuova e «vera cultura dei diritti fondamentali nell'Unione europea [la quale] richiede lo sviluppo di un sistema globale di controllo di tali diritti, che comprenda il Consiglio e le decisioni adottate nel quadro della cooperazione intergovernativa, giacché la tutela dei diritti fondamentali non consiste esclusivamente in un rispetto formale delle norme soprattutto nella loro attiva promozione e nell'intervento nei casi di violazione o di attuazione insoddisfacente da parte degli Stati membri».

Con il Trattato di Lisbona, proclamato il 13-12-2007, all'art. 6, par. 1, si stabilisce che la Carta europea dei diritti fondamentali acquisirà il medesimo valore giuridico dei trattati europei (17). Una volta entrata in vigore, essa rappresenterà l'apice della protezione multilivello dei diritti umani, perché potrà essere applicata dai giudici europei di vertice, quali la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti umani (18), nonché dal-

le giurisdizioni nazionali tanto di legittimità, quanto di merito (19).

(1) Anche se utilizzate tanto nel linguaggio tecnico quanto nel linguaggio comune quali sinonimi, «diritti fondamentali» e «diritti umani» sono due locuzioni che possiedono origini diverse, seppur connesse. L'espressione «diritti fondamentali» trae ispirazione dal termine tedesco Grundrechte creato nel primo Ottocento tedesco, mentre «diritti dell'uomo» deriva dai «droits de l'homme» di ispirazione rivoluzionaria francese (COSTA, «Diritti fondamentali (storia)», in *Enc. dir., Annali* II, 2, Milano, 2008, 365). Dal Secondo Dopoguerra, le due locuzioni iniziarono a sovrapporsi nell'uso comune, tuttavia grazie alla predominanza della lingua inglese il termine «human rights» ha assunto una pressoché definitiva prevalenza, anche in lingue diverse dall'inglese. In ogni caso si definiscono «diritti fondamentali» «tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire» (FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007).

(2) La prima istituzione deputata alla protezione dei diritti umani in Europa, il Consiglio d'Europa e le convenzioni ad esso collegati, come la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sono sorti a seguito del rinnovato spirito cooperativo nella costruzione della pace in Europa su ispirazione di Sir Winston Churchill (A. H. ROBERTSON, *The Council of Europe*, London, 1956, 1).

(3) È l'art. 53 (Livello di protezione) della Carta, infatti, ad assicurare la spinta propulsiva nella tutela dei diritti fondamentali. Nel citato articolo è stabilito che nessuna disposizione della Carta può essere interpretata in contrasto o in modo tale da diminuire la salvaguardia dei diritti dell'uomo. La interpretazione della Carta non può mai condurre ad una tutela inferiore di quella esistente. Gli interpreti e i legislatori possono solo mantenere ovvero proseguire nell'estensione della tutela.

(4) Tale progetto nacque su iniziativa della Commissione europea la quale, in ossequio al suo Piano d'azione sociale per gli anni 1998-2000, dapprima affidò ad un gruppo di esperti il compito di valutare l'opportunità e i limiti di un riconoscimento formale dei diritti fondamentali in un documento (AZZENA, *Catalogo dei diritti e Costituzione europea. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali (c.d. comitato Simitis)*, FI, 1999, V, 350; VIARENGO, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit., 202). Successivamente il Consiglio europeo di Colonia stabilì che fossero presi in considerazione i diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, considerando sia i diritti economici e sociali enunciati nella Carta Sociale europea del Consiglio d'Europa (firmata a Torino il 18-10-1961 e completata con un protocollo aggiuntivo firmato a Strasburgo il 9-11-1995) e sia la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata il 9-12-1989 in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9/10-12-1989. Al fine di definire la stesura della Carta europea dei diritti fondamentali venne nominata la Convenzione di 62 esperti e di rappresentanti politici di tutti gli Stati membri e presieduta dall'ex presidente della Repubblica Federale Tedesca Roman Herzog (VIARENGO, *op. cit.*, 202-203; H. C. KRÜGER, *The European Union*

Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights: An Overview, in *The European Union Charter of Fundamental Rights*, cit., XVII).

(5) BARBERA, *La Carta europea dei diritti. Una fonte di ricognizione?*, in *Il Trattato di Nizza*, cit., 14; RODOTÀ, *Nel silenzio*, cit., 27. La redigenda Carta era stata investita di assolvere compiti importanti in materia di politiche comunitarie: innanzitutto rafforzare il patrimonio comune dei diritti, contrastare tentazioni xenofobe e razziste, specie dopo l'ascesa al potere in alcuni Paesi di governi della destra ultranazionalista, rendere più agevole l'integrazione dei Paesi ex socialisti candidati all'ingresso nell'Unione Europea (non tutti con lo stesso standard di riconoscimento dei diritti), assicurare un fondamento al valore della politica estera comune, soprattutto dopo l'intervento militare di alcuni eserciti europei nell'ex Jugoslavia, in particolare in Kosovo, assicurare tanto una struttura garantista al rafforzamento progressivo della cooperazione giudiziaria, penale e di polizia quanto la tutela dei cittadini europei rispetto alle istituzioni comunitarie ed infine evitare attraverso i parametri comuni, il conflitto tra le Corti europee e quelle nazionali.

(6) Essa era composta da rappresentanti dei Capi di Stato o di governo degli Stati membri, della Commissione, del Parlamento Europeo e dei Parlamenti nazionali (*Relazione del Presidium*, in *Europa*, dir. priv., 2001, 13; VIARENGO, *op. cit.*, 203; ANSELMINI, *I tre tentativi di dare una Costituzione all'Europa*, in *Dalla Costituzione europea*, cit., 142; MARI, *La Carta di Nizza: contenuto e principi ispiratori*, in *La Carta di Nizza*, cit., 4).

(7) In giurisprudenza, T. Rovereto, 18-6-2008, in *www.europeanrights.eu*. In dottrina, RESTA, *Diritti della personalità: problemi e prospettive*, DII, 2007, 6, 1043.

(8) In giurisprudenza, Cour constitutionnelle (Belgio), 12-2-2009, n. 17, in <http://www.courconstitutionnelle.be>. In dottrina vi è chi la qualifica quale mero «documento politico» poiché non ancora inserita nei trattati, ma solo proclamata ovvero sottoscritta dal Parlamento, dal Consiglio europeo e dalla Commissione (BARBERA, *op. cit.*, 21). Aderisce a questa visione la medesima agenda politica relativa al «Futuro dell'unione», ovvero gli allegati al medesimo Trattato di Nizza infatti alla dichiarazione n. 23 si afferma che nel 2004 la questione del valore giuridico della Carta dovrebbe tornare all'esame della Conferenza intergovernativa, in vista di un successivo inserimento nei Trattati europei. Abortito questo tentativo a seguito della doppia bocciatura di Francia e Olanda nel 2005 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, si è nuovamente fatto riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel Trattato di Riforma di Lisbona, il 13-12-2007 (BARUFFI, *Il Trattato di Lisbona tra vecchio e nuovo*, in *Dalla Costituzione europea*, cit., 3; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; NASCIBENE-A. LANG, *Il trattato di Lisbona: l'Unione europea ad una svolta?*, *CorG*, 2008, 137-143). Relativamente al richiamo della Carta di Nizza da parte dei giudici europei perché espressiva di principi comuni agli ordinamenti europei, BRONZINI-PICCONI, *La giurisprudenza europea «in movimento»*, cit., 291. Esiste però un rischio di strumentalizzazione e di riduzione ad iconografia delle dichiarazioni dei diritti, che possono diventare un «mero cliché formale» (ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in *I diritti in azione*, cit., 513).

(9) Taluno, in giurisprudenza, afferma che la Carta di Nizza acquisterebbe di riflesso un valore cogente grazie al riferimento che ne fa un'altra fonte comunitaria, «qua-

le è il Regolamento Comunitario 2201/03 (in tema competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), ad un altro documento che avrebbe avuto altrimenti natura non cogente quale è la Carta europea dei diritti fondamentali del cittadino, firmata a Nizza nel 2000 (cfr. art. 24 dalla Rubrica «I diritti del bambino»)» (T. Genova, 23-1-2007, in *www.europeanrights.eu*).

(10) In giurisprudenza, Ústavní Soud (Corte costituzionale ceca), 26-11-2008, n. 19 in <http://www.concourt.cz>; Tribunal Supremo (Spagna), 26-6-2008, 6818/2003, in *www.europeanrights.eu*. Si esprime in termini di «fondamento in termini di interpretazione conforme», T. Bologna, 25-10-2007, *ivi*. In dottrina, J. H. H. WEILER, *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Diritti e confini*, cit., XXI.

(11) La ratifica e l'entrata in vigore del Trattato per una Costituzione europea non è mai stata completata per la bocciatura referendaria subita in Francia il 29-5-2005 e in Olanda tre giorni dopo. Dopo un certo periodo di incertezza a Lisbona, il 13-12-2007, i Paesi membri dell'Unione Europea hanno sottoscritto un nuovo Trattato di riforma. All'art. 6 del Trattato di Lisbona è previsto che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza, con lo stesso valore giuridico dei Trattati, e che l'Unione «aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, con la precisazione che né le disposizioni della Carta, né l'adesione alla Convenzione estendono le competenze dell'Unione o incidono sull'attribuzione delle sue istituzioni» (LICATA, *Il protocollo 7 al Trattato di Lisbona sull'applicazione della Carta di Nizza nel Regno Unito e in Polonia*, in *La Carta dei diritti*, cit., 27; BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DirUE*, 2008, 1, 21; F. TULKENS, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Domande e risposte*, relazione presentata al convegno di Roma del 3/4-10-2008, *La scommessa del Trattato di Lisbona. Istituzioni, diritti, politiche*. Atti in corso di pubblicazione; C. TOMUSCHAT, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008, 159; G. DE BÚRCA-J. B. ASCHENBRENNER, *European Constitutionalism and the Charter*, in *The European Union Charter of Fundamental Rights*, cit., 5; J. F. LINDNER, *Zur grundsätzlichen Bedeutung des Protokolls über die Anwendung der Grundrechtcharta auf Polen und das Vereinigte Königreich*, *Europarecht*, 2008, 7).

(12) C. Giust. CE, 3-9-2008, C-402/05 P, C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakat International Foundation, in *www.curia.europa.eu*; Cass., 3-7-2008, n. 18203, in *Bancadati Dejure*; A. Roma, 11-4-2002, *GI*, 2002, 2238.

(13) A. Firenze, 9-6-2007, in *Bancadati Dejure*; T. Ravenna, 12-12-2007, in *www.europeanrights.eu*. Nello stesso senso, A. Firenze, 3-4-2007, *RIDL*, 2008, 1, 106; T. Venezia, 4-4-2009, riprende le parole del giudice delle leggi, che attribuisce alla Carta di Nizza un «Carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei» (C. Cost. n. 135/2002).

(14) Sul significato e sulla rappresentatività dei «valori comunitari»: B. MARKESINIS-J. FEDKE, *Giudici e diritto straniero*, Bologna, 2009, 80 ss.

(15) Cass., 9-7-2008, n. 18849, in *Bancadati Dejure*; Conseil constitutionnel (Francia), 20-12-2007, n. 2007-560, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

(16) Il testo approvato P6_TA(2009)0019 è consultabile sul sito web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/>

getDoc.do?-pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//IT.

(17) Sotto un profilo di gerarchia delle fonti europee, la Carta europea dei diritti fondamentali rivestirà un rango superiore rispetto a quello occupato dai diritti fondamentali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Questi ultimi saranno collocati in posizione intermedia tra il diritto primario e quello derivato ed i diritti della Carta di Nizza avranno la medesima forza giuridica dei trattati istitutivi (TOMASI, *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dalla Costituzione*, cit., 165). Per le posizioni di opt out del Regno Unito di Gran Bretagna e della Polonia si v. *supra*, nt. 11.

(18) In qualità di testo di riferimento, come ad esempio è avvenuto nelle decisioni della C. Dir. Uomo, 11-7-2002, I c. Regno Unito di Gran Bretagna; C. Dir. Uomo, 19-4-2007, Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia; C. Dir. Uomo, 30-6-2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda; C. Dir. Uomo, 11-7-2002, Christine Goodwin c. Regno Unito di Gran Bretagna.

(19) Paventa il rischio di una uniformazione eccessiva delle giurisprudenze e di una dilatazione abnorme del concetto di diritto fondamentale, CARTABIA, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, relazione tenuta al Convegno della Accademia dei Lincei su *La Costituzione italiana 60 anni dopo* (Roma, 28/29-2-2008); ID., *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, I, 2008, 399 ss.

2. Il ruolo della Carta di Nizza nella protezione dei diritti umani di natura privatistica.

Caduta l'ipotesi di approvazione di una vera e propria Costituzione europea, a seguito delle bocciature francese e irlandese del 2005, l'idea di una tavola dei diritti comune a tutti i cittadini e le istituzioni europee è rimasta un progetto condiviso. In questo senso, la Carta di Nizza non ha assunto il valore dell'espressione di una volontà legislativa, in quanto alla sua base non esiste una decisione politica, la sua formulazione è piuttosto il risultato di una raccolta sistematica in un unico documento dei principi espressi dalla giurisprudenza europea connessa con le tradizioni costituzionali comuni (20) degli Stati membri e della giurisprudenza che si è formata sulla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (21). Con detto documento, l'Unione Europea si è liberata dalla costrizione dei confini dell'esclusiva ed originaria dimensione economica (22), e virando verso il difficile tentativo di raggiungere una integrità politica, realizzava una Grundrechtsgemeinschaft (23), una comunità di diritti fondamentali necessari e condivisi. In altri termini, essa ha realizzato il determinante passaggio da marked oriented ad una nuova essenza right based (24) della tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Infat-

ti, il ruolo principale in codesta tutela era ed è di competenza delle costituzioni nazionali e dei rispettivi giudici: la dottrina afferma che il vuoto dei trattati non significava assenza di tutela in quanto il silenzio comunitario rimandava alla robusta struttura degli ordinamenti costituzionali statali (25). Il valore innovativo ed il compito della Carta di Nizza è quello di orientare gli interpreti, soprattutto i giudici (26), nella complessità del pluralismo multilivello di tutela dei diritti umani. Essa consiste in uno strumento più moderno e conforme alla società attuale di quanto non sia la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo (27), nonostante la sua temporanea inefficacia giuridica (28). Questa apparente contraddizione si risolve osservando che la Carta ha assunto il ruolo di *Bill of Rights* europeo spesso riconosciuto come tale dalla stessa giurisprudenza nazionale (29), comunitaria (30) e dei diritti umani (31).

(20) Sulla difficoltà di elaborazione e condivisione di queste tradizioni costituzionali comuni, se non attraverso un approccio di tipo dogmatico, tuttavia difficilmente realizzabile si è espresso G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 202.

(21) LOBELLO, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali nell'UE: evoluzione storico-giuridica*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di Mangiameli, Milano, 2006, 141.

(22) CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit., 13.

(23) A. VON BOGDANY, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?*, in *JZ*, 2001, 157; in lingua italiana, *I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, DP, 2001, 849.

(24) PERFUMI, *Riflessioni per una chiave di lettura del fenomeno di costituzionalizzazione del diritto privato in Europa*, RCDP, 2008, 639.

(25) CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, cit., 17; VIARENGO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 198.

(26) La C. Giust. CE, con la decisione nella causa C-530/03, Parlamento contro Consiglio, 27-6-2006 (in *Racc.*, 2006, I-5769) ha assunto la Carta come un elenco dove sono specificati i diritti protetti dal principio di tutela dei fundamental rights. In dottrina, RODOTÀ, *Nel silenzio della politica, i giudici fanno l'Europa*, in *La Carta e le corti*, cit., 23; CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, *ivi*, 29; BRONZINI-PICCONI, *La giurisprudenza «in movimento»: luci ed ombre nel processo di costruzione di un ius comune*, *ivi*, 281; PINELLI, *Il difficile coordinamento tra le Corti nella tutela multilivello europea*, *ivi*, 303; DIOTALLEVI, *La Carta dei diritti e l'attività di interpretazione dei giudici*, *ivi*, 367.

(27) GENNUSA, *La Cedu e l'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit., 125. Esempio ne sia la stesura dell'art. 9 della Carta di Nizza, il quale riconosce che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti

secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Tale disposto si allontana chiaramente dal tenore del testo dell'art. 12 CEDU, rispetto al quale è stato eliminato l'esplicito riferimento a «uomini» e «donne».

(28) PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo*, cit., 95.

(29) In Italia: C. Cost., 24-2-2002, n. 135 (www.cortecostituzionale.it), in materia di tutela della riservatezza del domicilio; T. Roma, 11-4-2002 (www.associazionedeicostituzionalisti.it), in materia di gratuito patrocinio; Cass., 22-9-2008, n. 23934, *DeG*, in materia di trasmissione del cognome nella famiglia legittima.

(30) C. Giust. CE, Grande Sezione, 3-9-2008, C-402/05 P e C-415/05 P, Kadir; C. Giust. CE, 11-7-2008, C-195/08 PPU, Inga Rinau; C. Giust. CE, Grande Sezione, 29-1-2008, C-275/06, Productores de Música de España (*Promusicae*); C. Giust. CE, 27-6-2006, C-540/03, Parlamento c. Consiglio; C. Giust. CE, 13-3-2007, C-432/05, Unibet; C. Giust. CE, 18-12-2007, C-341/05, Laval; C. Giust. CE, 11-12-2007, C-438/05, Viking; C. Giust. CE, 3-5-2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*; C. Giust. CE, 14-2-2008, C-244/06, *Dynamic Medien vertiebs gmbH*; C. Giust. CE, 14-2-2008, C-450/06, *Varec*.

(31) *Supra*, nt. 17.

3. Il concetto di dignità umana in ambito privatistico.

I redattori della Carta si sono prefissati uno scopo molto ambizioso: l'intenzione è di costituire una comunità di cittadini, quelli europei, provenienti da culture diverse, ma uniti da valori universali (32). In questo senso sono da interpretarsi i lavori preparatori del Presidium, dove si legge che la dignità «costituisce la base stessa dei diritti fondamentali» (33), essendone essa il «presupposto assiologico» (34), mentre nel Preambolo della Carta stessa si legge che l'Unione Europea «pone la persona al centro della sua attenzione» (35). La Carta di Nizza protegge la dignità umana (36) nel suo senso più ampio intitolando il primo titolo e il primo articolo alla «Dignità» (37) né il capo, né l'articolo contengono definizioni circostanziate del concetto di dignità, ma esso si può ricavare dalla lettura degli articoli contenuti nel capo, dedicati alla protezione della dignità (art. 1), al diritto alla vita (art. 2), al diritto dell'integrità della persona (art. 3), alla proibizione della tortura o delle pene inumane o degradanti (art. 4), alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5).

Per quanto concerne il diritto privato, la protezione della dignità trova nella sfera personale spazio per la tutela della manifestazione del consenso informato relativamente a trattamenti medici, tanto clinici quanto sperimentali, ovvero nella determinazione delle volontà anticipate per la fase terminale della vita (38), nonché in tema di

riconoscimento e liquidazione dei danni alla persona (39).

La dottrina ha affermato che la dignità umana deve essere «rispettata e protetta» (40), al di là dello stato di libertà o di detenzione (41) cui potrebbe venire sottoposto l'individuo, essendo la dignità una qualità intrinseca della medesima (42) e prodromica alla esistenza stessa degli altri diritti fondamentali (43).

Se da un lato l'introduzione dell'obbligo positivo di rispettare e proteggere la dignità umana è posto a carico delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri (44), dall'altro lato l'adempimento del medesimo non è di facile individuazione e attuazione. La dignità umana consiste in un concetto indeterminato, il cui significato non può essere predeterminato in via assoluta ex ante, ma solo dopo la sua contestualizzazione in un certo periodo storico, entro un determinato territorio e riferito a precisi soggetti concreti (45). Spetta soprattutto alla giurisprudenza il compito di riempire di contenuti il concetto vago di dignità (46). Il panorama giurisprudenziale risulta eterogeneo e complesso: sia per quanto riguarda il riconoscimento formale alla forza persuasiva della Carta, sia per quanto è inerente al riconoscimento effettivo del principio nelle fattispecie trattate.

Concordemente con la dottrina (47), è possibile affermare che la dignità viene lesa ogni volta che la personalità umana è strumentalizzata, anche ideologicamente, per l'ottenimento di uno scopo ovvero di un vantaggio. Questa circostanza si realizza attraverso la violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (diritto all'integrità della persona), 4 (proibizione della tortura e delle pene o trattamenti umani o degradanti) e 5 (proibizione della schiavitù e del lavoro forzato) della Carta stessa. Per questo il panorama giurisprudenziale in materia risulta alquanto eterogeneo (48), poiché la dignità è coinvolta in modo diretto e autonomo nella protezione di altri diritti, mentre in occasioni differenti essa è tutelata in via mediata attraverso l'inestricabile connessione che la lega a nuove fattispecie meritevoli di tutela.

Per quanto attiene al diritto privato, l'art. 1 della Carta di Nizza manifesta la sua influenza soprattutto sul rispetto del principio di autodeterminazione in ambito medico e dell'orientamento sessuale nella tutela della riservatezza, della onorabilità e della reputazione, della tutela del lavoro, del risarcimento del danno alla persona.

In tema di autodeterminazione della volontà, attraverso la manifestazione del consenso infor-

mato (49) il paziente può scegliere di accettare o rifiutarsi di sottoporsi a cure mediche, ovvero di manifestare anticipatamente le direttive alla cessazione di trattamenti terapeutici (50), anche a rischio della vita stessa. Si tratta di una questione nuova, sconosciuta in precedenza, legata al fatto che la scienza medica è ora in grado di prolungare artificialmente la vita attraverso l'uso di tecnologie di sostegno o di sostituzione delle parti vitali del corpo umano lesionate, come nel caso di respirazione, idratazione, alimentazione artificiale. Sul punto relativo al rispetto della dignità della persona umana, la Carta di Nizza è stata interpretata dalla giurisprudenza (51) in combinato disposto con gli artt. 2 e 32 della Costituzione, nonché con l'art. 5 della Convenzione di Oviedo (52).

La dignità umana, intesa ai sensi del Capo I e dell'art. 1 della Carta di Nizza, assume rilievo anche nei casi di sperimentazioni farmaceutiche, cliniche e mediche, ove sia necessaria la manifestazione del consenso informato (53).

Vi è uno stretto legame tra il rispetto della dignità della persona umana e il pregiudizio arrecato all'onorabilità e alla reputazione, anche professionale di persone fisiche (54) e giuridiche (55); mentre la libertà di espressione non può essere considerata un ostacolo al rispetto della dignità, entro i limiti in cui essa rappresenta un elemento ragionevole (56).

La violazione della dignità umana è spesso collegata con la lesione dei principi di uguaglianza e di non discriminazione. Ad essa si fa riferimento nelle questioni legate alla discriminazione di lavoratori fondate sull'orientamento sessuale, nello specifico sul cambiamento di sesso (57). Il concetto di dignità umana è considerato essenziale anche nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione (58).

In materia di risarcimento del danno alla persona, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che la sottostima del danno biologico configura lesione del diritto inviolabile della dignità umana poiché essa deve essere intesa come «massima espressione della sua integrità morale e biologica» (59).

(32) GILIBERTI, *Introduzione*, in GILIBERTI-MORISCO-MORONDI TARAMUNDI (a cura di), *Il concetto di dignità nella cultura occidentale*, Fano, 2006, 18. Secondo certa dottrina di lingua inglese, occorre distinguere tra diritti umani e dignità umana, in quanto i primi sono relazionabili esclusivamente alla tradizione giuridica occidentale, e necessitano di regime liberale per la loro implementazione,

mentre la dignità umana è un valore universale (M. GOODHART, *Origins and Universality in the Human Rights Debates: Cultural Essentialism and the Challenge of Globalization*, in *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, 943. Più in generale, sul concetto di cultura nella Carta di Nizza, D. FERRI, *La costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008, 95.

(33) Presidium, *Relazione*, cit.

(34) SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1°-10-2007, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(35) RESTA, *Diritti della personalità*, cit.

(36) Il modello di tutela della inviolabilità della dignità umana è stata mutato dall'art. 1.1 della Grund Gesetz tedesca, B. MATHIEU, *Sub Art. II-61, Dignité humaine, in Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, a cura di L. Burgorgue-Larsen-A. Levade-F. Picod, Bruxelles, 2005, 36 ss.; RESTA, *op. cit.*

(37) BELLOCCI-PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, Palazzo della Consulta, 30 settembre-1° ottobre 2007, 3.

(38) Cass., 16-10-2007, n. 21748, in *Bancadati De Jure*; T. Sassari, 14-7-2007. Nella giurisprudenza dei diritti umani, si ricorda *Pretty c. Regno Unito di Gran Bretagna*, 29-4-2002. In dottrina, FORTUNA, *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria di Stati Uniti, Europa e Italia*, *RIML*, 2008, 4-5, 991.

(39) Cass., 12-12-2008, n. 29191, in www.ilquotidianogiuridico.it.

(40) Art. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

(41) PISTORIO, *op. cit.*, 42; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 41.

(42) PISTORIO, *op. loc. ult. cit.*; SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, *PD*, 1991, 344.

(43) PISTORIO, *Art. 1*, cit.; SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, cit.

(44) D. CHALMERS-R. IDA, *On the International Aspects of Human Dignity*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *The Idea of Human Dignity*, Dordrecht, 2007, 163 ss.

(45) BIFULCO, *Dignità umana ed integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 91; PISTORIO, *op. cit.*, 25.

(46) PISTORIO, *op. cit.*, 43.

(47) PISTORIO, *op. loc. ult. cit.*

(48) Si fa riferimento soprattutto a Cass., 16-10-2007, n. 21748, cit.; A. Firenze, 1-7-2008, *RCP*, 2008, 11, 2344; T. Venezia, 4-4-2009, in www.ilquotidianogiuridico.it.

(49) La dottrina definisce il consenso informato come «facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche (il suo "risvolto negativo") di eventualmente rifiutare la terapia ovvero di decidere di interromperla» (SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, *GC*, 2008, 7-8, 1727B).

(50) RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 8 ss.; FERRARA, *La Costituzione e il Caso Englaro*, relazione tenuta in occasione del seminario

ASTRID del 5-3-2009, *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, in www.astrid-online.it; FORTUNA, *Il consenso informato*, cit.

(51) Cass., 16-10-2007, n. 21748, cit.; T. Sassari, 14-7-2007, cit. In dottrina, ANDORNO, *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2, 2005, 133.

(52) Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina firmata a Oviedo il 4-4-1997 e ratificata dall'Italia con la l. 28-3-2001, n. 145. L'art. 5, rubricato «Regola generale», stabilisce che: (1) «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. (2) Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. (3) La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso».

(53) Anche se vi è dibattuto sulla primogenitura dell'iniziativa, il primo codice di disciplina del consenso informato il c.d. Codice di Norimberga, del 1947, «che, sotto il profilo storico, dopo l'emergere dei crimini nazisti compiuti sui pazienti internati nei campi di concentramento, richiama la necessità del consenso informato del paziente prima di qualsiasi intervento medico, soprattutto se di carattere sperimentale» [CEMBRANI, *Ancora in tema di informazione e di consenso all'atto medico*, in *Ragiusan*, 2004, 216-229; J. KATZ, *The Consent of the Nuremberg Code: Its Significance Then and Now*, in G. J. ANNAS-M. A. GRODIN (eds), *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code: Human Rights in Human Experimentation*, Oxford, 1995, 227-239].

(54) T. Venezia, 13-1-2009, in *Banca Dati De Jure*.

(55) T. I grado, 5-4-2006, T-279/02, Degussa AG. v. Commissione.

(56) PISTORIO, *op. cit.*, 44. Nella giurisprudenza della C. Giust. CE, seppur precedente all'emanazione della Carta di Nizza, si legge che «... il dipendente è tenuto, in linea generale, ad astenersi da comportamenti lesivi della dignità e del rispetto dovuto all'istituzione e alle sue autorità» (C. Giust. CE, 16-12-1999, C-150/98, Comitato economico e sociale delle Comunità Europee).

(57) Si fa riferimento alle conclusioni dell'Avvocato Generale D. Ruiz-Jarabo Coroner, presentate successivamente alla stesura della Carta di Nizza, nella causa C-117/01, K. B. dove è stato affermato che, ulteriormente al principio di parità in ambito lavorativo è fondamentale «l'esigenza di garantire il rispetto della dignità e della libertà cui i transessuali hanno diritto». In precedenza alla stesura della Carta di Nizza, la C. Giust. CE si è pronunciata nella causa C-13/94 del 30-4-1996, P. vs S., dove la Corte del Lussemburgo ha pronunciato per la prima volta l'illegittimità del licenziamento di un transessuale per i motivi connessi al mutamento di sesso, in quanto «il tollerare una discriminazione del genere equivarrebbe a porre, nei confronti di siffatta persona, il rispetto della dignità e della libertà alle quali essa ha diritto».

(58) C. Giust. CE, C-257/99, Bardoci e Malik. Questa giurisprudenza si fa a decisioni più risalenti, tra le quali, la più importante è C. Giust. CE, 13-7-1983, C-152/82, Forcheri vs Belgio, ove si afferma che «il diritto di libera circolazione esige, per poter essere esercitato in una si-

tuazione obiettiva di libertà e di dignità che sia garantita, in fatto ed in diritto, la parità di trattamento per tutto ciò che si riferisce allo stesso esercizio di un'attività indipendente e all'accesso all'abitazione, come pure che siano eliminati gli ostacoli alla mobilità dei lavoratori, in particolare per quanto riguarda il diritto per il lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia, e le modalità d'integrazione di questa famiglia nell'ambiente del paese ospitante». In dottrina, PISTORIO, *op. cit.*, 44.

(59) Cass., 12-12-2001, n. 29191, in www.ilquotidianoigiuridico.it. Il contributo innovativo di questa decisione riguarda l'esplicita attinenza in materia di risarcimento del danno alla salute (nella fattispecie conseguente ad un gravissimo incidente stradale) del risarcimento alla violazione della dignità umana, alla quale fanno riferimento tanto il Capo I quanto l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in relazione con l'art. 2 Cost. Si tratta del riconoscimento di un diritto che non può subire né pregiudizio né limitazione, poiché la dignità umana rappresenta «il punto di vista prospettico dei singoli diritti umani, in vista del quale questi devono essere compresi ed interpretati» (si v. le conclusioni presentate il 18-3-2004 nella causa C-36-02, Omega, dall'Avvocato Generale C. Stix-Hackl, PISTORIO, *op. cit.*, 42).

4. La tutela della vita e dell'integrità personale.

La tutela della vita è prevista all'art. 2 della Carta di Nizza, mentre della protezione dell'integrità personale si occupa l'art. 3. In materia di protezione del diritto alla vita, i redattori della Carta europea dei diritti fondamentali hanno consolidato la tradizione proveniente dall'art. 2 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo formata su di esso per quanto concerne il divieto della pena di morte. La protezione del diritto alla vita ha una indubbia valenza costituzionale (60), tuttavia esso ha assunto interesse privatistico a seguito della nuova capacità medica e tecnologica di influire sui suoi confini iniziali e finali consegnando, in determinate circostanze, all'individuo la scelta di autodeterminarsi. Questo diritto è stato riconosciuto con una certa fatica da parte delle istituzioni ed è stato formalizzato soltanto nelle disposizioni della Convenzione di Oviedo. L'art. 2 della Carta europea dei diritti fondamentali afferma genericamente che «ogni persona ha diritto alla vita».

Sul punto, la dottrina (61) ha delineato tre pretese ad esso riconducibili: la pretesa della conservazione della vita, ovvero ai trattamenti terapeutici in grado di salvaguardarla; la pretesa della acquisizione della vita (62), ovvero il diritto del feto a nascere, bilanciato con il diritto della madre alla salute e alla autodeterminazione (63); la pretesa di rinunciare alla vita, ovvero la difesa della propria scelta individuale di morire (64).

Per quanto concerne la pretesa di conservazione della vita, non solo la Carta di Nizza prescrive

agli Stati l'astensione dalla somministrazione della pena capitale in un processo giudiziario, ma detta altresì l'obbligo positivo di prevedere quale reato penale l'uccisione volontaria di una o più persone (65). Parimenti impone l'obbligo positivo a carico degli Stati di somministrare sostentamenti, siano essi di natura alimentare, finanziaria o intesi come cure mediche di base, alle persone non in grado di provvedere per se stesse. In tal senso le tutele previste dalla Carta di Nizza si combinano con quelle previste dalla Convenzione di New York del 13-12-2008 sui diritti delle persone con disabilità (66). Sempre riguardo all'ambito del diritto alla conservazione della vita va annoverato il diritto dei pazienti a vedersi somministrare le cure mediche più efficienti senza discriminazione basate sulla razza, sul sesso ovvero orientamento sessuale, di censo, dietro prestazione del consenso informato.

Per ciò che concerne la protezione del diritto di nascere, la Carta di Nizza nulla stabilisce per ciò che concerne la rilevanza del concepimento ovvero della nascita (67). Come è noto, non vi è accordo sul momento iniziale della vita (68) e le diverse legislazioni nazionali sull'aborto disciplinano variamente il periodo di tempo entro il quale è possibile per la madre interrompere la gravidanza (69). La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani si è occupata del dibattuto tema della possibile qualificazione dell'embrione come persona (70), senza tuttavia giungere ad una soluzione condivisa. Infatti, nel caso Vo contro Francia (71) la Corte ha dato atto del disaccordo europeo generalizzato sullo status giuridico dell'embrione e sul fatto che non vi sono al momento riscontri scientifici che consentano di orientare la questione. In conseguenza di ciò al momento non vi è una convergenza sostanziale di opinioni, scientifiche e giuridiche, sui due punti centrali della questione: *a)* sull'esclusione dell'embrione quale soggetto del diritto alla vita; *b)* se il diritto alla vita dell'embrione è collegato a quello della madre, quindi che il diritto alla sua salute sia subordinato alla cura della salute materna (72). Nel successivo caso Evans contro Regno Unito di Gran Bretagna (73) la Corte non ha mutato la propria posizione rinviando la soluzione della questione agli Stati aderenti e valorizzando al massimo il principio del margine di apprezzamento.

In materia di protezione dei confini estremi della vita, la giurisprudenza europea che si è formata sulla sospensione delle cure mediche non sempre

ha fatto espresso riferimento all'art. 2 della Carta, tuttavia ha contribuito ad affermare, sulla base della lettura dell'art. 2 CEDU, che esso non possa essere interpretato in senso negativo, fondando così il diritto al rifiuto della vita (74). Ciò nonostante, la Corte europea dei diritti umani ha sottolineato che le nuove frontiere della medicina sono in grado di spostare la vita oltre confini mai raggiunti prima, senza occuparsi delle deliberazioni del paziente sulla sua qualità del vivere (75). Si è aperto così, ed è tuttora in corso, il dibattito sul testamento biologico (76), documento redatto dalla persona che intende manifestare le proprie direttive, attraverso la «dichiarazione anticipata di volontà» in previsione di una sua futura indisposizione irreparabile (77).

Per quanto concerne la tutela dell'integrità personale (78) il testo dell'art. 3 della Carta europea dei diritti fondamentali riconosce egualmente il diritto tanto a quella fisica quanto a quella psichica. Tale disposizione si presta all'interpretazione in combinato disposto con altri diritti di «nuova generazione» enunciati dalla Carta, ad esempio quali quelli alla protezione dei dati personali (art. 8), all'inserimento delle persone con disabilità (art. 26), alla salvaguardia dell'ambiente (art. 35), alla protezione dei consumatori (art. 36), alla tutela dei minori (art. 24).

In giurisprudenza l'art. 3 della Carta di Nizza ha fondato le motivazioni di un tribunale spagnolo nel rifiutare l'espulsione di una minorenni a causa del rischio che costei potesse subire mutilazioni genitali femminili (79).

Una siffatta formulazione valorizza il diritto di ciascuna persona alla autodeterminazione, sul proprio corpo ovvero sulla propria psiche, intesa come realizzazione personale in senso pieno ed assoluto, indipendentemente dalle circostanze fattuali che la possono ostacolare (80). Questa visione è valorizzata dalla lettura di tale disposizione nel contesto generale della Carta di Nizza, in particolare con l'art. 8 relativo alla protezione dei dati personali, l'art. 13 in materia di libertà della ricerca scientifica, l'art. 21 sulla non discriminazione, fondata anche su caratteristiche genetiche e l'art. 35 in materia di protezione della salute.

Il 2° co. dell'art. 3 si occupa del rapporto tra diritto e biotecnologie e riguarda contenuti già disciplinati dalla Convenzione di Oviedo. Esso evidenzia con particolare enfasi la necessità del consenso «libero ed informato» della persona interessata a trattamenti terapeutici e non, comun-

que invasivi dell'integrità psico-fisica (81). La giurisprudenza di legittimità italiana ha asserito che il consenso informato rappresenta un diritto fondamentale del cittadino, rispettoso sia della sua dignità, sia della sua integrità personale (82). Di pari tenore è la nettezza con cui alla lett. b), art. 3, 2° co., si stabilisce il divieto delle pratiche eugenetiche, specialmente quelli aventi come fine la selezione su base genetica delle persone. A questo divieto è collegato quello, altrettanto forte, previsto dalla lett. d) del medesimo comma sulla clonazione degli esseri umani per fini riproduttivi (83). La stesura delle norme lascia aperto lo spazio in merito alla clonazione terapeutica ovvero per scopi scientifici (84), pratica unanimemente condannata (85) e proibita dalla quasi totalità dei legislatori nazionali, ma ammessa in alcuni ordinamenti giuridici (86). Il testo della lett. c), art. 3, 2° co., vieta di utilizzare il corpo umano e delle sue parti quale «fonte di lucro». Si tratta di un limite all'autonomia privata della persona che dietro accordi ovvero contratti intenda cedere dietro compenso i propri organi a scopo di trapianto, affittare l'utero ovvero sottoporsi a sperimentazioni farmacologiche dietro compenso.

(60) Anche se l'esplicita protezione del diritto alla vita è stato inserito nella maggioranza delle costituzioni statali, successivamente alla emanazione delle dichiarazioni universali dei diritti. Il modello di costituzione liberale non tutelava la vita in sé, ma unitamente alla libertà e alla proprietà, infatti il modello di riferimento è la Dichiarazione di indipendenza delle colonie inglesi del Nord America del 4-7-1776 che si esprimeva in termini di «life, liberty and pursuit of happiness». La vita, infatti, veniva considerata sopprimibile dallo Stato nella presenza di particolari circostanze, determinate dalla legge penale. La abolizione della pena di morte, ovvero della soppressione della vita per determinazione del potere statale dietro l'espletamento di una specifica procedura, è tuttora conosciuta anche da sistemi liberali e democratici occidentali. L'esigenza di una tutela propria del diritto alla vita si è sviluppato in tempi recenti a seguito dei movimenti di opinione pubblica internazionali concentrati sull'abolizione della pena di morte ed insieme a questa circostanza ha acquisito un ulteriore significato in relazione alla determinazione dei confini della vita nelle fasi iniziali e terminali di essa (MEOLI, *Art. 2, Diritto alla vita*, cit., 51).

(61) MEOLI, *op. cit.*; VIOLINI-OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in CARTABIA, *I diritti in azione*, cit., 186 ss.; GAUDINO, *L'integrità della persona in campo medico e biologico*, in *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 137 ss.; R. L. WALKER, *Medical Ethics Needs a New View of Autonomy*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 594 ss.; A. A. HOWSEPIAN, *Four Queries Concerning the Metaphysics of Early Human Embryogenesis*, *ivi*, 2008, 140 ss.; P. S. BENNER-R. T. HULL, *The Beginning of Individual Human Personhood*, *ivi*, 174 ss.

(62) GEMMA, «Vita (diritto alla)», in *Digesto/pubbl.*, XV, Torino, 2000, 670.

(63) FOUCAULT, *Storia della sessualità. La cura di sé*, III, Milano, 2009, 148 ss.; T. PITCH, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Torino, 2004, 142.

(64) M. FORD, *The Personhood Paradox and the «Right to Die»*, in *Medical Law Review*, 2005, 80 e ss.; S. MORATTI, *Italy*, in J. GRIFFITHS-H. WEYERS (eds.) *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford-Portland, 2008, 339 ss.; PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e «progetto di vita»*, 2009, Relazione preparata per il Seminario di studio su «Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e il caso Englaro», organizzato da ASTRID, Roma, 5-3-2009, disponibile su www.astrid-online.it.

(65) MEOLI, *op. cit.*

(66) Recepita nell'ordinamento italiano con la l. 3-3-2009, n. 18.

(67) Analogamente, si registra una obiettiva difficoltà nell'accordare un significato condiviso ai termini contenuti nella Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina. Sul punto, il par. 18 dell'Explanatory Report si esprime «18. The Convention does not define the term "everyone" (in French "toute personne"). These two terms are equivalent and found in the English and French versions of the European Convention on Human Rights, which however does not define them. In the absence of a unanimous agreement on the definition of these terms among member States of the Council of Europe, it was decided to allow domestic law to define them for the purposes of the application of the present Convention». In dottrina, I. J. PATRONE, *op. cit.* Nella giurisprudenza di legittimità italiana è stato riconosciuto il diritto a nascere sani a «ogni individuo», e quindi anche al nascituro, sulla base dell'art. 2 della Carta europea dei diritti fondamentali (Cass., 11-5-2009, n. 10741).

(68) VIOLINI-OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in *I diritti in azione*, cit., 203; ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, NGCC, 2001, 149 ss.; M. T. MEULDERS-KLEIN, *Biomedicine, the Family and Human Rights: The same ethics for all?*, in M. T. MEULDERS-KLEIN-R. DEECH-P. VLAARDINGERBOEK (eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag, 2002, 11; BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, RDC, 2004, 550 ss.; M. T. BROWN, *The Potential of the Human Embryo*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2007, 585 ss.

(69) B. MATHIEU, *The right to life*, Strasbourg, 2006, 26 ss.

(70) Nell'ordinamento italiano, seppure la capacità giuridica si acquista secondo la tradizionale e condivisa regola, al momento della nascita, l'art. 1 della l. 19-2-2004, n. 40, relativa alle «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». In dottrina, ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti: l'art. 1 cod. civ. e la vita prenatale*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di Alpa e Roppo, Napoli, 2005, 373 ss.

(71) C. Dir. Uomo, 8-7-2004. L'episodio sotteso a questa decisione riguarda una giovane francese di origine vietnamita, Mme Thi-Nho Vo che, recatasi in ospedale per una visita di controllo in corso di gravidanza, rispose erroneamente alla chiamata di un ginecologo destinata invece a Mme Thi Thanh Van Vo. Il medico, invece di controllare il decorso della sua gravidanza, la sottopose ad una operazione di rimozione del contraccettivo, pro-

vocando la rottura della sacca amniotica e il conseguente aborto. La donna denunciò in giudizio il medico per omicidio colposo. La vicenda processuale giunse fin davanti ai giudici della Cour de Cassation i quali rovesciarono la decisione dei giudici di merito e stabilirono che al feto non può riconoscersi la qualifica di persona e che quindi non è ipotizzabile la fattispecie di omicidio (Cour de Cassation, chambre criminelle, 30-6-1999, n. 97-82.351, in <http://www.genethique.org/>).

(72) La decisione della C. Dir. Uomo di non violazione dell'art. 2 ha contato quattordici voti a favore, contro tre, insieme alla stesura di due opinioni concorrenti della maggioranza di due dissidenti della minoranza, alle quali hanno aderito altri giudici (PATRONE, *Commento all'art. 3*, in *La Carta dei diritti*, cit., 68).

(73) Questo caso è stato oggetto di due distinte decisioni conformi tra loro: quella della Quarta sezione del 7-3-2006 e quella della Grande Camera del 10-4-2007. La fattispecie riguardava la vicenda di una donna, Ms Evans, che aveva prestato il suo consenso a un procedura di procreazione assistita e si era opposta alla richiesta del suo ex compagno che, una volta cessata la relazione, aveva chiesto la distruzione degli embrioni fecondati. Le Corti inglesi, in ossequio al chiaro dettato dello Human Fertilisation and Embryology Act del 1990 avevano negato alla donna l'autorizzazione all'impianto degli embrioni crioconservati. In dottrina, M. FORD, *Evans v United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 171 ss.; PATRONE, *op. loc. ult. cit.*; VIOLINI-OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in *I diritti in azione*, cit., 216 ss.

(74) C. Dir. Uomo, 29-4-2002, Pretty c. Regno Unito di Gran Bretagna, cit.

(75) *The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance. In an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity* (C. Dir. Uomo, 29-4-2002, cit.).

(76) La locuzione «testamento biologico» rappresenta la traduzione inesatta dell'espressione inglese: living will. Essa riguarda le direttive sul termine della vita che ogni persona in pieno possesso delle proprie capacità fisiche e mentali dovrebbe predisporre in previsione del momento in cui non sia più in grado di esprimersi a causa di intervenuto infortunio ovvero malattia gravemente invalidante. Il dibattito sul punto in Italia si è fatto incandescente a seguito della triste nota vicenda di E. E., giovane donna che poco prima di compiere i 22 anni di età è stata coinvolta in un incidente d'auto. Il trauma subito le ha impedito di riprendere conoscenza e il suo stato vegetativo permanente, senza quindi possibilità di interloquire, è durato per ben 17 anni. Durante questo tempo il padre B. E., suo tutore, ha iniziato una lunga procedura di volontaria giurisdizione al fine di ricostruire attraverso testimonianze la presunta volontà della figlia di non voler essere mantenuta in vita, qualora si fosse ridotta «in quello stato». La vicenda, oltre a un considerevole numero di contributi della dottrina, ha prodotto diverse decisioni giudiziarie, tra tutte si ricordano: Cass., 16-10-2007, n. 21748, più volte cit.; C. Cost., 8-10-2008, n. 384 e

A. Milano, 9-7-2008, nonché C. Dir. Uomo, 22-12-2008, Ada Rossi e altri contro Italia. I punti focali del dibattito sono stati principalmente due: la validità della ricostruzione delle intenzioni in via presuntiva, non essendoci stata una dichiarazione formalmente raccolta della E. E. e la questione se alimentazione e idratazione forzata siano da considerarsi trattamento terapeutico. Al momento è in discussione presso il Parlamento italiano un disegno di legge sul punto S/1368, c.d. «disegno di legge Calabrò». In dottrina, BONACCORSI, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*, *DResp*, 2008, 432 ss.; GUERRA, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*, *ivi*, 438 ss.

(77) ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate nelle cure mediche*, in VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 25 ss.; RESCIGNO, *La scelta del testamento biologico*, *ivi*, 15 ss.; per una rassegna sulla regolazione della materia in altri ordinamenti stranieri, CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008; FRANZONI, *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, *RC*, 2008, 581 ss.

(78) FERRANDO, *Diritto e scienze della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, *Fam*, 2005, 1157; PAESANO, *Clonazione umana e diritto all'identità*, *DFP*, 2004, 546.

(79) Sul tema delle mutilazioni genitali femminili, L. FAVALI-R. PATEMAN, *Blood, Land and Sex*, Bloomington, 2003, 194 ss.; LOMBARDO, «Infibulazione», in *Digesto/pen.*, *Agg.*, Torino, 2008, 564 ss.; GENTILOMO-KUSTERMANN-PIGA, *Mutilazioni genitali femminili: la risposta giudiziaria*, *RIML*, 2008, 13 ss.; CASSANO-PATRINO, *Mutilazioni genitali femminili*, *VN*, 2006, 1551 ss.; SCAFFARDI, *Conflitti culturali e bioetica: il caso delle mutilazioni genitali femminili in alcuni orientamenti giurisprudenziali*, in D'ALIOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 517 ss. Nella giurisprudenza europea, Juzgado de Instruccion de Girona (Spagna), 20-6-2007, in www.europeanrights.eu, dove si riconosceva il diritto d'asilo in Spagna ad una minore che, qualora rimpatriata, si sarebbe trovata in pericolo di subire l'invasiva pratica.

(80) PATRONE, *Art. 3. Diritto all'integrità della persona*, in *La Carta dei diritti*, cit., 65; ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, *NGCC*, 2008, 403 ss.

(81) CENDON-ROSSI, *I diritti dei pazienti oncologici*, *DFP*, 2008, 922 ss.

(82) Infatti «senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quanto è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi» (Cass., 16-10-2007, n. 21748, cit.).

(83) Sul dibattito svoltosi in bioetica in materia di clonazione, si v., tra gli altri, S. MARTYN, *Human Cloning: The Role of Law*, in *31 U. Tol. L. Rev.*, 375, 2001; R. CHESTER, *Cloning Embryo from Adult Human Beings: The Relative Merits of Reproductive, Research and Therapeutic Uses*, in *New England Law Review*, 2005, 583; R. SPARROW, *Therapeutic Cloning and Reproductive Liberty*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009, 102-118.

(84) Il «Considerando H» della Risoluzione del Parlamento Europeo sulla clonazione umana del 7-9-2000 (PE 293.798) critica la distinzione concettuale e semantica tra «clonazione a scopo riproduttivo» e «clonazione a scopo terapeutico» in quanto: «non vi è alcuna differenza tra clonazione a fini terapeutici e clonazione a fini di ripro-

duzione e che qualsiasi allentamento del divieto attuale creerà pressioni per ulteriori sviluppi nella produzione e nell'utilizzo di embrioni».

(85) D'AGOSTINO-PALAZZANI, *Bioetica*, Brescia, 2007, 103 ss.

(86) Nel Regno Unito la clonazione terapeutica è ammessa a certe condizioni e sotto stretto controllo dallo Human Fertilisation and Embryology Act 1990; in dottrina, sulla proibizione della clonazione umana a fini scientifici: T. CAULFIELD, *Scientific freedom and research cloning: can a ban be justified?*, in *The Lancet*, 2004 Jul, 10-16; 364(9429): 124-6; TALLACCHINI-TERRAGNI, *Le biotecnologie, aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, 2004, 110 ss.; fortemente contrari alla ammissibilità di questa pratica, DI PIETRO-SGRECCIA, *Bioteχνologie e futuro dell'uomo*, Milano, 2003, 125.

5. La tutela della riservatezza.

A differenza della CEDU, la Carta europea dei diritti fondamentali dedica alla tutela della riservatezza due distinti articoli: l'art. 7 relativo al «rispetto della vita privata e della vita familiare» (che risente nella formulazione della rubrica dell'esperienza costruita sull'interpretazione dell'art. 8.1 CEDU) e l'art. 8 relativo alla protezione dei dati di carattere personale (87).

Anche in questa sede l'evoluzione tecnologica e sociale ha inciso profondamente sulla stesura delle disposizioni della Carta di Nizza, infatti il testo dell'art. 7 è più preciso rispetto a quello dell'art. 8.1. CEDU, con il riferimento esplicito alla riservatezza delle comunicazioni personali. Il ricorso ad una terminologia adeguata, secondo la dottrina (88), innalza il livello di tutela già garantito dalla CEDU, in particolare per quanto concerne l'aspetto «familiare» della vita, escludendo quindi ogni riferimento al rispetto dell'onore e al carattere di segretezza delle comunicazioni.

L'approccio dell'art. 7 della Carta di Nizza ha consentito il recepimento del patrimonio ultradecennale di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo adattandolo ad una società mutata ininterrottamente sotto i profili sociale, economico, culturale dagli anni Cinquanta del Novecento ad oggi (89) grazie alla flessibilità delle nozioni astratte e sintetiche (90) di «vita privata» e «vita familiare» di amplissimo ambito applicativo (91).

La nozione di privacy è insieme vaga e complessa (92) ed è collegata alla realtà sociale di riferimento in un certo periodo storico e trova applicazione negli ambiti più svariati. Infatti, il riconoscimento del principio della riservatezza quale diritto fondamentale consente alla persona di esercitare il proprio diritto dei singoli a definire la propria esistenza (93), perciò l'applicazione del-

l'art. 7 interviene in diversi settori quale fattore di bilanciamento di esigenze contrapposte. È il caso, ad esempio, del bilanciamento degli interessi dei detentori di diritti di proprietà intellettuale opposti a quelli di tutela della riservatezza della vita privata e dei dati personali degli utenti della Rete Internet. In tal senso la giurisprudenza della Corte di giustizia, chiamata a risolvere, con domanda pregiudiziale la questione della tutela dei diritti di proprietà intellettuale ex artt. 17 e 47 della Carta (94). Il punto centrale della causa riguardava il presunto obbligo dei fornitori di connessioni Internet (Internet Service Providers) di rivelare gli indirizzi Internet Protocol, da più parti considerati dati personali, dei loro clienti che fruissero illegalmente, attraverso i sistemi di condivisione di documenti (file sharing) materiali protetti dal diritto d'autore, quali file contenenti musica, film, videogiochi. Si trattava quindi di bilanciare gli interessi proprietari, in particolare del diritto d'autore, con la riservatezza dei dati personali degli utenti di Internet. Precisamente se l'interpretazione delle direttive fatte valere [CE/2000/31, CE/2001/29, CE/2002/58 e CE/2004/48 (95)] non comporti una violazione dei diritti fondamentali di proprietà e di una tutela giurisdizionale effettiva. Alla luce degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, la Corte invece ha ribadito la primaria importanza del diritto fondamentale alla riservatezza della vita privata e dei dati personali nel bilanciamento degli interessi in gioco. Ne consegue quindi che le citate dir. 2000/31, 2001/29, 2004/48 e 2002/58 non impongono agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile. Qualora la divulgazione di codesti dati si riveli essere necessaria, deve essere garantito che la medesima non rechi pregiudizio agli interessi legittimi delle persone interessate (96).

Di particolare sensibilità sono anche i dati personali biometrici raccolti in strumentazioni elettroniche o in banche dati poiché consentono la ricostruzione della personalità e delle attività di un determinato soggetto consentendo il collegamento con la sua identità (97).

La tutela della vita privata e dei dati personali organizzata dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza consentono il diritto ad essere se stessi per mezzo del controllo dei dati che riguardano la persona (98), attraverso la realizzazione concreta di quello che certa dottrina definisce «diritto all'oblio» (99).

L'esercizio del controllo sui dati concernenti la propria vita privata si realizza con la predisposizione di uno strumento efficiente nel caso in cui la persona sia posta in falsa luce attraverso la divulgazione di informazioni che potenzialmente potrebbero danneggiarne la reputazione e quindi la sua vita di relazione. Come si realizza questo strumento? La rettificazione ex post del dato erroneo ovvero diffamatorio è efficiente al fine di ripristinare la situazione antecedente la lesione? Se in via astratta queste domande sembrerebbero di facile soluzione, concretamente la questione pone problemi complessi e sotto alcuni aspetti le conseguenze sembrerebbero avere effetti irreparabili. Esempio ne sia la vicenda che ha coinvolto una importante istituzione, l'Agenzia delle Entrate e tutti i contribuenti italiani. In data 30-4-2008, l'Agenzia delle Entrate pubblicò sul proprio sito web i file contenenti gli elenchi dei contribuenti italiani per l'anno 2005 (100). Seppure al momento della pubblicazione il diritto allora vigente prevedesse che gli elenchi dei contribuenti venissero diffusi «anche con strumenti telematici» (come recitava l'allora vigente art. 69 del d.p.r. n. 600/1973) presso le sedi dei comuni di residenza, i suddetti elenchi vennero divulgati secondo modalità da più parti considerate non ortodosse (101), ovvero senza rispettare la procedura relativa al parere preventivo dell'Autorità Garante della Privacy. In questa vicenda Internet ha dimostrato pienamente il suo carattere sovversivo di fronte al quale l'Autorità Garante si trovò, suo malgrado, senza strumenti realmente efficienti per contrastare la visione collettiva e morbosa degli italiani dei dati sensibili degli altri contribuenti: il danno era stato provocato a monte e la tutela degli artt. 7 e 8 rischiava di essere solo virtuale. Dapprima l'Autorità per la tutela della riservatezza dei dati personali «consigliò» la rimozione dei dati dal sito web, prendendosi il tempo per effettuare ulteriori approfondimenti, poi il 7-5-2008 emanò un provvedimento definitivo che proibiva la diffusione ulteriore dei medesimi dati in quanto pubblicati in violazione del Codice della Privacy (102). Ecco che quindi le tutele predisposte dalla Carta di Nizza si sono rivelate non solo inefficienti, ma meramente ipotetiche poiché allora, come ora, non è concretamente possibile bloccare la diffusione dei suddetti dati in quanto essi sono entrati nelle reti di condivisione (file sharing), né è possibile controllare la loro genuinità (103). Il rimedio predispo-

sto dal legislatore italiano è valido solo per il futuro e riguarda la modifica di accesso ai dati medesimi, realizzabile esclusivamente da parte degli interessati dietro richiesta scritta ai sensi della legge n. 241/1990 (104).

Tuttavia, il bilanciamento tra esigenze di trasparenza e tutela della riservatezza sembra attuabile come dimostra una vicenda analoga di pubblicazione e diffusione di dati fiscali di contribuenti finlandesi. In questa circostanza la Corte di giustizia ha deciso che il bilanciamento degli interessi nel trattamento dei dati personali da parte delle autorità fiscali per l'esercizio di un servizio di SMS volto a permettere agli utenti di telefoni cellulari di ricevere dati fiscali di altre persone fisiche può rappresentare una deroga alla protezione dei dati se è esercitato ai soli fini giornalistici (105). Infatti, la giurisprudenza della Corte stabilisce che per conciliare la protezione della vita privata e la libertà di espressione, gli Stati membri sono chiamati a prevedere alcune deroghe o limitazioni alla protezione dei dati, e quindi al diritto fondamentale alla vita privata. Queste deroghe sono ammesse solo per fini giornalistici e di espressione artistica o letteraria, che rientrano nel diritto fondamentale alla libertà di espressione, nella misura in cui risultino necessarie.

La tutela della riservatezza predisposta dagli artt. 7 e 8 concerne altresì il diritto della persona di autodeterminare la propria esistenza soprattutto in un ambito sensibile come la definizione del proprio orientamento sessuale. In questo senso, l'art. 7 può diventare strumento di realizzazione concreta del diritto alla riservatezza nelle questioni più personali e intime come nel caso del transessualismo, ovvero di mutamento di sesso, in quanto non sembra giustificata l'interferenza statale ovvero istituzionale in questo ambito.

Il principio di tutela della riservatezza ha importanti influenze anche in tema di autodeterminazione delle direttive relative al cosiddetto testamento biologico ovvero alla decisione di sottoporsi o meno a determinati trattamenti sanitari. Si tratta di questioni personalissime inerenti i diritti morali dell'individuo, perciò intangibili da parte dei poteri statali.

(87) Tribunal Supremo (Spagna), 10-7-2007, 209/2003.

(88) CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione Europea*, cit., 188.

(89) M. T. OPshal, *La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs*

familiaux dans l'éducation des enfants, in *Vie privée et droits de l'homme*, 1973, 250.

(90) S. PRADUROUX, *The European Convention of Human Rights and Environmental Nuisances*, ERPL, 2008, 272.

(91) PILLITU, *La tutela della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, RDI, 1989, 795.

(92) Come è noto, il concetto di privacy è stato elaborato in common law a partire da un famoso saggio di S. D. WARREN-L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in 4 *Har. L. Review*, 193, 1890. Si v., sul punto, A. F. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, 1968; BALDASSARRE, *Privacy e costituzione*, Roma, 1974; RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; E. BARENDT (ed.), *Privacy*, Aldershot, 2001; ALPA, *Il sogno americano e la disciplina della privacy*, RTDPC, 2004, 1532; UBERTAZZI, *Il diritto alla privacy: natura e funzione giuridiche*, Padova, 2004; MATHIEU, *Privacy e dignità della persona*, Torino, 2004; NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006; MANTELERO, *Il costo della privacy tra il valore della persona e la ragione dell'impresa*, Milano, 2007; K. Z. ZIEGLER, *Human rights and private law: privacy as autonomy*, Oxford, 2007; SARTORETTI, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale: riflessioni sul modello francese*, Torino, 2008; FIORIGLIO, *Il diritto alla privacy: nuove frontiere nell'era di Internet*, Bologna, 2008; PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Milano, 2008.

(93) Tale visione del principio della riservatezza è di origine statunitense ed è debitrice dell'apporto giurisprudenziale della Corte Suprema che ha elaborato la dottrina della personhood: BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale*, Torino, 2005, 81. In lingua inglese: J. RUBENFELD, *The Right of Privacy*, in 102 *Harv. L. Rev.*, 737, 1989, 739; F. S. CHLAPOWSKI, *The Constitutional Protection of Informational Privacy*, in 71 *B.U. L. Rev.*, 133, 1991, 150; D. J. SOLOVE, *Conceptualizing Privacy*, in 90 *Cal. L. Rev.*, 1087, 2002, 1117 ss.; J. GRIFFIN, *The Human Right to Privacy*, in 44 *San Diego L. Rev.*, 697, 200, 700.

(94) C. Giust. CE, 29-1-2008, C-275/06, Promomusicae.

(95) Secondo le quali gli Stati membri non sono tenuti ad istituire, per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, un obbligo di comunicare dati personali nel contesto di un procedimento civile (Caso, *Il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali: appunti dal fronte euro-italiano*, *Dir. Internet*, 2008, 466 ss).

(96) T. di Prima Istanza delle Comunità Europee, 8-11-2007, causa T-194/04, The Bavarian Lager Co. Ltd c/ Commissione europea.

(97) Tribunal Supremo (Spagna), 2-7-2007 (5200/2007), in www.europeanrights.eu.

(98) La dottrina che si è occupata di queste questioni si è divisa in due correnti dando forma a due modelli profondamente diversi tra loro. Il primo fa riferimento alla giurisprudenza dell'habeas data e segue il percorso ricostruttivo promosso da Westin (A. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1970) e Rodotà (RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, PD, 1974; ID., *Privacy, libertà, dignità*, discorso conclusivo della 26ª Conferenza Internazionale sulla Privacy e sulla Protezione dei Dati Personali Wroclaw (PL), 14/16-9-2004, in www.privacy.it), il quale assegna all'intangibilità della propria identità digitale il diritto personale di ciascun individuo di controllare i dati sparsi mediante il suo agire quotidiano ed eventualmente a chiederne la cancellazione. Tale è

la linea sposata dall'Autorità Garante della Privacy con effetti spesso discutibili. Il secondo modello proposto dalla dottrina, in particolare da Posner (R. POSNER, *Orwell versus Huxley: Economics, Technology, Privacy, and Satire*, University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 89, 1999; ID., *Privacy, Surveillance and Law*, 2007, draft disponibile su www.law.uchicago.edu/Lawecon/events/posner.pdf) concerne il diritto della persona di non essere posta in cattiva luce con pubblicazione di dati falsi o diffamatori. Ne conseguirebbe quindi il diritto non di controllare tutti i dati, ma esclusivamente quelli che possono essere nocivi per la persona, impedirne la diffusione e la manipolazione mediante interpretazione fuorviante.

(99) La dottrina collega il diritto all'oblio quale diretta espressione degli effetti dello scorrere del tempo in diritto penale, come nel caso della prescrizione del reato. Il ruolo del diritto all'oblio è quello di tutelare le scelte di vita contro l'esercizio del potere pubblico di controllo e la riprovazione sociale (MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, 119).

(100) Da www.repubblica.it: «Fisco, online i redditi degli italiani. Poi lo stop del Garante: via le liste», 30-4-2008.

(101) In dottrina si registrano diverse opinioni, tra le altre CASSANO, *Redditi online in Diritto dell'Internet*, 2008, 329 ss.; CLARIZIA, *La pubblicazione on-line delle dichiarazioni dei redditi*, *ivi*, 333 ss.

(102) Garante per la protezione dei dati personali, 6-5-2008, pubblicato in *GU*, n. 107 dell'8-5-2008 e disponibile sul sito web www.garanteprivacy.it.

(103) Anche il controllo della genuinità e veridicità dei dati era ormai impossibile essendo i dati stessi diffusi con un formato .txt o .doc, probabilmente per un'ingenuità dell'Agenzia delle Entrate, quindi modificabili. Questo ha comportato situazioni dove alcuni burloni, se in buona fede, o altrimenti peggio, avevano scaricato i dati dal file sharing per modificarli con commenti o direttamente modificando gli importi dei redditi, senza che ormai si possa avere la certezza che i dati rimasti comunque visibili in Rete siano genuini o falsi.

(104) Ora modificato dall'art. 42, Accesso agli elenchi dei contribuenti, del d.l. n. 112/2008, avente ad oggetto Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, pubblicato in *GU*, 25-6-2008, n. 147 e convertito in l. 6-8-2008, n. 133 pubblicata in *GU*, 21-8-2008, n. 195, impedendo così la consultazione non più da parte di «chiunque», ma la visione e l'estrazione di copia diventa possibile solo secondo quanto previsto dalle norme vigenti in materia di accesso agli atti amministrativi, ai sensi dell'art. 22 ss. della l. n. 241/1990. Va altresì segnalata l'introduzione di un ulteriore comma, il 6 bis, il quale stabilisce che: «fuori dai casi sopra previsti, la comunicazione o diffusione totale o parziale, con qualsiasi mezzo, degli elenchi o di dati personali ivi contenuti, ove il fatto non costituisca reato, è punita con la amministrativa del pagamento di una somma da cinquemila euro a trentamila euro. La somma può essere aumentata sino al triplo quando risultata inefficace in ragione delle condizioni economiche del contravventore».

(105) C. Giust. CE, 16-12-2008, C-73/07, Tietosuojavaluuttettu contro Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy.

6. *La tutela della vita familiare.*

Rispetto alla CEDU che dedica alla vita familiare due articoli (l'art. 12 concernente il diritto al matrimonio e l'art. 8 relativo al rispetto della vita familiare), la Carta di Nizza riunisce entrambe le idee contenute in essi e sancisce, all'art. 9, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, mentre all'art. 33 afferma la garanzia della protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. Tale protezione è orientata alla conciliazione della vita familiare con la vita professionale, affinché ogni persona (donna o uomo, quindi madre o padre) sia tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità, ed afferma il diritto ad un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita ovvero l'adozione di un figlio.

Ambidue le Carte europee dei diritti delegano alle leggi nazionali la disciplina concreta dell'esercizio di tale diritti in modo tale da permettere il normale sviluppo dei rapporti tra genitori e figli, tuttavia nella Carta di Nizza è previsto il riconoscimento di diritti minimi risultanti dalle tradizioni giuridiche e giurisprudenziali europee. Tra queste va senz'altro ricordata la giurisprudenza della Corte dei diritti umani di Strasburgo, la quale ritiene stabilmente che il diritto di fondare una famiglia vada esteso anche alle famiglie di fatto, come la tutela della vita familiare, in quanto risulterebbe «difficile immaginare» (106) che il diritto di fondare una famiglia non possa comprendere il diritto di vivere insieme (107).

L'interesse suscitato dalla stesura dell'art. 9 della Carta di Nizza si concentra nella definizione di famiglia e di vita familiare, alla luce della circostanza che l'art. 9 non fa riferimento all'«uomo o alla donna, ma utilizzi una formula impersonale» (108). Sotto questo aspetto, l'art. 9 della Carta di Nizza sta diventando un parametro molto utilizzato dalla giurisprudenza per aprire (109) ovvero chiudere il riconoscimento (110) di forme alternative di famiglia o di modelli familiari originarie di culture diverse.

La giurisprudenza di legittimità italiana sottolinea come l'assenza della richiesta di diversità di sesso quale requisito necessario nelle relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio non supera il rinvio alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni dell'esercizio del diritto, escludendo così il riconoscimento automatico di unioni di tipo familiare diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni (111). Anche la giurisprudenza di

legittimità francese (112) aderisce a questa linea interpretativa, rimarcando che l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non abbia (ancora) assunto valore vincolante in Francia. Questo tipo di affermazioni, di natura strettamente positivista, dovrebbero venire agilmente superate nel momento in cui l'impianto normativo del Trattato di Lisbona entrerà in vigore. La Corte europea dei diritti umani ha infatti riconosciuto l'importante ruolo di policy operato dall'art. 9 della Carta il quale, grazie alla esclusione dell'esplicito riferimento all'uomo e alla donna, ha consentito ai giudici di Strasburgo di pronunciarsi sul coordinamento tra art. 12 CEDU e art. 9 della Carta (113). La corte osserva che nell'art. 12 (CEDU) trova garanzia il diritto fondamentale per un uomo e una donna di sposarsi e fondarsi una famiglia. Tuttavia, il secondo aspetto non è una condizione del primo, e l'incapacità per una coppia di concepire o allevare un figlio non giustifica la privazione del primo presupposto del diritto» (114).

Se la Carta di Nizza sembra dare per scontato che ciascun individuo possa sposare una persona singola, e prima di sposarne una seconda debba prima ottenere il divorzio dal coniuge precedente, e solo successivamente celebrare le seconde nozze, secondo la dottrina è il diritto al divorzio ad essere essenziale onde evitare situazioni di bigamia di fatto (115); mentre la Corte europea dei diritti umani ha affermato che la mancata menzione del divorzio fu una deliberata omissione, essendo quella europea una società ispirata alla monogamia. Ne conseguirebbe che questa omissione non inciderebbe sulla sostanza del diritto a sposarsi (116). Va rilevato che un riferimento implicito al divorzio è contenuto nell'art. 24 della Carta di Nizza, quando al 3° co. sancisce che «Ogni bambino ha diritto a intrattenere relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Proprio in relazione al confronto con realtà culturali diverse da quella di origine europea, l'art. 9 della Carta di Nizza manifesta la limitatezza nella stesura del testo. Nonostante esso possa essere letto in combinato disposto con l'art. 1 relativo all'invulnerabilità della dignità umana e all'art. 21 concernente il divieto di discriminazione, la giurisprudenza di merito francese ha pronunciato la nullità di un matrimonio perché la sposa non era più vergine e il marito considerava tale condizione quale qualità essenziale della donna promessa in matrimonio (117).

In materia di incesto, nonostante il silenzio dell'art. 9 della Carta di Nizza, è da segnalare quella sentenza del Bundesverfassungsgericht (118) tedesco, dove è stato affermato che la sanzione penale di siffatto comportamento non è contraria alle norme della Grund Gesetz, nonostante i due coniugi al momento del matrimonio ignorassero la loro situazione di consanguinei. La lunga motivazione dei giudici costituzionali tedeschi si fonda tanto sui motivi antropologici e biologici quanto sul fatto che una decisione abrogativa della disciplina incriminatrice dell'incesto spetterebbe solo al legislatore.

Come in precedenza accennato, la Carta di Nizza riserva alla tutela dei minori l'apposito art. 24, rubricato «diritto del bambino». La dottrina sottolinea che la Carta di Nizza regola le relazioni tra persone dotate di diversi livelli di capacità di agire (119): i minorenni e gli adulti. La Carta è confermativa dei diritti civili di prima e seconda generazione a favore dei minori, ovvero relativamente alla prevenzione di discriminazioni e della tutela dell'integrità e della previsione di tutele speciali e del diritto all'audizione dei minore nei procedimenti che li riguardano. La portata innovativa della Carta si concentra sull'affermazione del diritto dei bambini alla qualità delle loro relazioni affettive. Esso è una conseguenza specifica del diritto, già riconosciuto nell'art. 2 del Regolamento comunitario 2001/2003, del diritto di affidamento e del diritto di visita da parte del genitore. L'art. 24 ribalta la prospettiva e la pone dal punto di vista del minore, in ossequio alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo che all'art. 3 e all'art. 9 assicura al minore la stabilità del rapporto con i suoi genitori e con i suoi familiari. Tale valore è preso in grande considerazione anche dalla giurisprudenza della Corte dei diritti umani (120) e di quella della Corte di giustizia delle Comunità Europee (121). Lo sviluppo di questi vincoli è risaltato anche dall'art. 14, 3° co., della Carta di Nizza dove si prevede che le istituzioni comunitarie rispettino il diritto dei genitori di provvedere all'istruzione e all'educazione dei figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, in quanto sancito dal diritto interno dello Stato membro, nell'ambito della sua competenza (122).

La Carta tace sul tema dell'adozione. Si potrebbe leggere un riferimento indiretto a questo istituto nel testo dell'art. 24, 2° co., dove si stabilisce che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni priva-

te, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. Siffatta preminenza va ottemperata in ogni passaggio delle diverse fasi della procedura adottiva regolata secondo le leggi statali, anche quindi per quanto concerne gli aspetti relativi alla conoscenza da parte del minore adottando ovvero adottato delle proprie origini (123).

(106) C. Dir. Uomo, 18-12-1986, Johnston v. Irlanda, in www.echr.coe.int.

(107) C. Dir. Uomo, 28-5-1985, Abdulaziz, Cabales e Balkandali v. Regno Unito di Gran Bretagna, in www.echr.coe.int.

(108) L. M. DIEZ-PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *I diritti in azione*, cit., 327; CAROLLO, *Progetto YELP 2006. La coppia di fatto alla luce della giurisprudenza comunitaria: normativa nazionale spagnola e italiana*, in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2008, 79 ss. In giurisprudenza, T. Venezia, 4-4-2009, in www.ilquotidianogiuridico.it.

(109) T. Venezia, 4-4-2009, cit.

(110) A. Firenze, 27-6-2008, RCP, 2008, 2344 ss. con commento di FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*; Cass., 17-3-2009, cit.

(111) Cass., 17-3-2009, n. 6441, in *Bancadati De Jure*.

(112) Cour de Cassation (Francia), 13-7-2007 n. 511. A differenza del vuoto legislativo italiano in materia, si evidenzia come la legge francese sul *Pacte Civile de Solidarité* (PACS) del 15-11-1999, n. 99/944 abbia coperto un vuoto di tutela per le coppie di fatto, tanto di diverso orientamento sessuale, quanto del medesimo, consentendo loro di regolare giuridicamente la riunione attraverso un atto formale registrato, differente dal matrimonio, ma di sempre maggiore rilevanza sociale (CARRASCO, *Le pacte civil de solidarité: une forme d'union qui se banalise*, in *Infostat Justice*, 97, Paris, 2007).

(113) Ci si riferisce alla decisione I. v. Regno Unito di Gran Bretagna, dell'11-7-2002, quindi dopo la proclamazione della Carta di Nizza, in un caso relativo al mutamento di sesso di uno dei coniugi, del quale l'autorità di stato civile inglese rifiutava il riconoscimento.

(114) C. Dir. Uomo, I. v. Regno Unito di Gran Bretagna, 11-7-2002, cit.

(115) ZENO ZENCOVICH, *Commento all'art. 12*, in *Commentario CEDU*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, 374.

(116) C. Dir. Uomo, Johnston v. Irlanda, cit.

(117) Tribunal de Grande Instance de Lille, 1-4-2008.

(118) Bundesverfassungsgericht, 26-2-2008, - 2BvR 302/07, in www.bundesverfassungsgericht.de.

(119) MARTINELLI-MAZZA GALANTI, *Commento all'art. 24. Diritto del bambino*, in *La Carta europea*, cit., 303; H. CULLEN, *Children's Rights*, in *The European Union Charter of Fundamental Rights*, cit., 329.

(120) C. Dir. Uomo, 16-12-2003, Palau-Martinez c. Francia; C. Dir. Uomo, 17-1-2006, Maria Isabel Aristimuño c. Francia; in dottrina, CARDONA ALBINI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la tutela della famiglia: gli artt. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi nell'ordinamento interno*, GM, 2008, 3354 ss.

(121) C. Giust. CE, 27-6-2006; C. Giust. CE, 19-10-2004; C. Giust. CE, 17-9-2002.

(122) C. Dir. Uomo, 29-6-2007, Folgerø c. Norvegia, in *www.echr.coe.int*. In dottrina, Demuro, *Art. 14 Diritto all'istruzione*, in *Commento alla Carta dei diritti fondamentali*, cit.; SCERBO, *Art. 14. Diritto all'istruzione*, in *La Carta dei diritti*, cit., 184.

(123) C. Dir. Uomo, 13-2-2003, Odièvre c. Francia, in dottrina, Lamarque, *I diritti dei figli*, in *I diritti in azione*, cit., 286.

7. La tutela della proprietà.

L'art. 17 della Carta di Nizza formula la tutela della proprietà ricalcando quasi completamente le linee fondamentali dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU. Le principali innovazioni dell'art. 17 rispetto all'art. 1 si riscontrano in prospettiva della tutela del proprietario (124) e concernono innanzitutto l'esplicito riferimento del diritto di questi all'indennizzo qualora colpito da un provvedimento ablatorio, dalla necessità che il suddetto ristoro venga corrisposto «in tempo utile», nonché l'introduzione della protezione della proprietà intellettuale al 2° co. dell'art. 17 della Carta di Nizza. È del tutto assente, invece, il riferimento alla funzione sociale della proprietà (125) nonostante sia stata riconosciuta nel diritto comunitario dal Tribunale di primo grado del Lussemburgo nella sentenza *Hauer vs. Consiglio e Commissione* (126) su ispirazione tratta da alcuni ordinamenti interni (127). Secondo questo orientamento, tuttavia, le limitazioni del diritto di proprietà non devono costituire, tenuto conto dello scopo perseguito dall'autorità che le prescrive (128), «un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti nelle prerogative del proprietario, tale da ledere addirittura la sostanza del diritto di proprietà» (129). Sulla base di questa esperienza, la Carta sembra aver addirittura scavalcato (130) la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti umani in tema di indennizzo a favore dei titolari espropriati dei loro diritti reali (131). Come è stato evidenziato dalla dottrina (132) si tratta dell'accentuazione dei profili di protezione del contenuto del diritto di proprietà rispetto ai profili di natura solidaristica ovvero pubblicistica, nella prosecuzione del percorso di tipo giusnaturalistico inaugurato dall'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU. La Carta di Nizza stabilisce il diritto al pagamento «in tempo utile di una giusta indennità» e riconosce al proprietario espropriato il diritto ad essere indennizzato con il valore pieno del bene, senza possibilità di ricorso a bilanciamenti ovvero flessibilità nel computo dell'indennità di espropriazione (133).

L'art. 17 sancisce che ogni persona, oltre a disporre della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli e di disporne, può lasciarli in eredità. Questo inciso sembra quasi superfluo, tuttavia esso è importante sotto un duplice aspetto: da un lato rispetto alla libertà del testatore di disporre dei suoi beni, dall'altro rispetto all'interesse dei suoi discendenti a subentrare nella titolarità di tali beni a titolo successorio. Se la prima posizione appare ormai indiscutibile, seppure in considerazione dei limiti che ciascun ordinamento nazionale può apporre alla libertà del testatore in favore di certe categorie di successibili, la seconda posizione ha conosciuto difficoltà di affermazione, soprattutto in considerazione del riconoscimento dello status di figlio, naturale ovvero legittimo, e quindi di erede dei beni del testatore. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha trattato questo argomento in due importanti decisioni: *Marckx contro Belgio* (134) e *Mazurek contro Francia* (135). Nel primo caso, la Corte di Strasburgo affermò che il legame di filiazione naturale tra la madre e il figlio si instaura al momento della nascita, senza necessità di alcuna dichiarazione giudiziale di riconoscimento della maternità, e con esso si costituiscono le aspettative di successione del figlio nei confronti della madre e dei suoi ascendenti. Nel secondo caso, la Corte di Strasburgo ha affermato che esiste violazione dell'art. 1 Protocollo 1 CEDU qualora la legge nazionale non riconoscesse pari diritti successori tanto ai figli legittimi quanto a quelli naturali rispetto ai loro genitori, indipendentemente dalla celebrazione del matrimonio.

Il testo laconico dell'art. 17, 2° co., relativo alla protezione della proprietà intellettuale sembrerebbe garantire ai titolari di diritti d'autore, marchi, brevetti una tutela di una certa forza insita nella lapidarietà del disposto medesimo tendente a soffocare gli interessi di altro genere (136). Invece, una lettura critica della Carta nel suo complesso suggerisce la disponibilità di ampi spazi a favore dei portatori di interessi diversi attraverso l'utilizzo della tecnica del bilanciamento. Da un lato, dunque si avrebbe la protezione della proprietà intellettuale, mentre dall'altro si dovrebbe valutare l'eccezione ovvero il contemperamento della medesima in presenza di interessi di portata pari o superiori quali la tutela del diritto alla vita, alla salute e all'integrità fisica (artt. 1, 2 e 3), alla libertà (art. 6), alla tutela della vita privata e dei dati di carattere personale (artt. 7 e 8), alla libertà di pensiero, di espressione e di informazio-

ne (art. 10 e 11), alla libertà delle arti, delle scienze e del diritto di istruzione (art. 14), al principio di non discriminazione (art. 21), alla diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22), alla protezione della salute pubblica (art. 35), dell'ambiente (art. 37), dei consumatori (art. 38).

In dottrina e in giurisprudenza nonché nell'opinione pubblica è molto vivace il dibattito relativo alla natura monopolistica stessa della proprietà intellettuale, specie per quanto concerne i diritti di sfruttamento e sviluppo di beni immateriali digitali. Non si può prescindere dall'osservazione che lo sviluppo della cosiddetta «economia della conoscenza», nonché la possibilità di riprodurre infinitamente i prodotti informativi che rivestano la forma di beni digitali (quali software, file audio, video, film e così via) rende necessaria una ridiscussione sul modello di trasmissione economica del denaro e della conoscenza finora sperimentato e conseguentemente anche della regolazione giuridica degli interessi contrapposti. Questi sono: da un lato il diritto del creatore del bene digitale al suo sfruttamento in regime monopolistico, con la possibilità comunque di concedere licenze a terzi, dall'altro lato l'interesse collettivo allo sfruttamento delle informazioni innovative al fine di sviluppare e potenziare nuove tecnologie. Questa situazione è caratterizzata da due distinti aspetti che radicalizzano il confronto tra le parti coinvolte: la velocità di sviluppo dell'evoluzione tecnologica, la quale si scontra con la durata ventennale dei brevetti o settantennale del diritto d'autore e la crisi delle figure intermedie superate dalla capacità di Internet di mettere a diretto contatto autori e fruitori dei beni immateriali. Sul questo scontro epocale tra i diversi soggetti, ciascuno portatore di contrapposti diritti fondamentali la Carta di Nizza nulla può disporre: spetta agli interpreti e ai portatori di interessi in causa trovare un nuovo equilibrio.

(124) R. CONTI, *Commento all'art. 17*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea*, cit., 211.

(125) COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, RDC, 2008, 189 ss.

(126) T. I g. CE, 14-7-1998, Hauer v. Consiglio e Commissione, Hauer c. Consiglio e Commissione, T-119/95, dove, al punto 39, si afferma che: «Il diritto di proprietà (...) è garantito dall'ordinamento giuridico comunitario». Tuttavia tale diritto non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale. Di conseguenza la Comunità, nel perseguimento dei suoi scopi di interesse generale, può apportare restrizioni al diritto di proprietà, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché risponda-

no effettivamente a tali obiettivi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile.

(127) Nella citata sentenza sono richiamate le tradizioni costituzionali e i sistemi di tutela italiano, tedesco ed irlandese (R. CONTI, *Art. 17*, cit., 208, n. 6; FRIGO, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, 207).

(128) R. CONTI, *ult. op. loc. cit.*

(129) Hauer c. Commissione e consiglio, cit., punto n. 23.

(130) R. CONTI, *op. cit.*, 211.

(131) CANDIAN, *I diritti fondamentali in Europa*, in *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Messina-Taormina, 31/5-2/6-2001, Milano, 2002, 64; MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, *DAmM*, 2008, 379 ss.; R. CONTI, *Proprietà e diritto comunitario*, in *La proprietà e i diritti reali minori*, a cura di Conti, Milano, 2009.

(132) R. CONTI, *Art. 17*, cit., 211.

(133) Come invece era stato affermato dalla C. Dir. Uomo con la nota sent. del 29-3-2006, Scordino contro Italia.

(134) C. Dir. Uomo, 13-6-1979, Marckx contro Belgio,

(135) C. Dir. Uomo, 1-2-2002, Mazurek contro Francia.

(136) M. BROSIGER-O. FISCHER-A. FRÜH-T. JAEGER-M. POSTL, *Der Reformvertrag von Lissabon*, München, 2008, 20, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1340861>

8. *Le libertà economiche: esercizio della professione, dell'impresa e del diritto di lavorare.*

Il riconoscimento delle libertà economiche nella Carta europea dei diritti fondamentali, quali l'esercizio della libera professione ovvero dell'impresa, e del diritto di lavorare, hanno un'origine prettamente comunitaria essendo esse sconosciute alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Questa genesi è sottolineata dalla natura tripartita dell'art. 15 della Carta di Nizza, il quale al 1° co. del medesimo articolo contiene un'affermazione di natura universalistica, ovvero che ogni persona ha due diritti fondamentali quello di lavorare, ovvero di esercitare una professione liberalmente scelta (137) o accettata. Al 2° co. richiama esplicitamente le libertà garantite a ogni cittadino ovvero, la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro. Infine, il 3° co. esplicita il profilo sociale della circolazione dei lavoratori cristallizzando il principio, recepito dalla Carta Sociale Europea, che equipara le condizioni di lavoro tra cittadini comunitari e «cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione» (138).

La contrapposizione tra i diritti del 1° co. e le libertà del 2° co. dell'art. 115 della Carta supera il dato meramente terminologico per rivelarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia dove il

giudice comunitario ha utilizzato la Carta di Nizza nel bilanciamento tra diritti e libertà. La Corte ha evidenziato che la lettera dell'art. 15 contiene una versione dinamica della libertà di circolazione del lavoratore in quanto il diritto di lavorare (ovvero di esercitare una professione liberamente) è un diritto soggettivo preesistente all'intervento statale e comunitario, ma che tuttavia non può trovare attuazione senza l'intervento dello Stato (139). Questa circostanza si manifesta sulla convergenza tra diritto al lavoro e alla libertà di circolazione, in relazione soprattutto al principio di non discriminazione. Infatti, la libertà di circolazione dei lavoratori nell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia comprende tre elementi: 1) la libertà di spostarsi da uno Stato membro all'altro e di stabilirvi la propria residenza; 2) il diritto di accesso diretto al mercato del lavoro nello Stato ospitante a parità di condizioni dei lavoratori e dei professionisti nazionali; 3) i diritti che assicurino al lavoratore migrato, nonché ai suoi famigliari (140), una integrazione completa negli Stati membri (141). La Corte di giustizia si è occupata di questi aspetti, in realtà di natura più sociale che privatistica, riferendosi alla Carta di Nizza, in occasione di due importanti decisioni: Viking (142) e Laval (143) per cercare di stabilire dove dovesse fermarsi l'ago della bilancia nello scontro tra libertà economiche e libertà di carattere sociale attraverso l'impiego del principio di proporzionalità, valutando caso per caso, quale sia il nucleo inviolabile dei diritti fondamentali e dei principi stabiliti dalle libertà economiche (144).

L'art. 16 concerne propriamente la libertà d'impresa, riconosciuta conformemente al diritto comunitario, nonché alle legislazioni e prassi nazionali. Essa, nonostante sia l'essenza stessa dei trattati europei e del mercato unico, trova per la prima volta riconoscimento quale diritto fondamentale nella Carta di Nizza. Infatti, nella CEDU non era espressamente previsto un diritto analogo, seppure lo si potesse ricostruire ricavandolo con l'interpretazione coordinata dell'art. 1, Protocollo 1 della CEDU con i principi attinenti al libero esercizio di attività economiche (145). La nozione di impresa costruita dalla giurisprudenza della Corte, e recepita dalla Carta, è molto ampia e comprende «qualsiasi entità che esercita una attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e della sue modalità di finanziamento» (146); mentre la nozione di attività economica si applica a qualsiasi attività che con-

sentia l'offerta di beni ovvero servizi su di un determinato mercato da parte di un operatore privato a fini di lucro (147). La giurisprudenza della Corte di giustizia, custode del diritto comunitario, ha assimilato una nozione estesa di libertà di impresa inclusiva di ogni attività economica lecita individuale e collettiva; quantunque occorre verificare quali siano, anche a livello nazionale, garanzie e limiti all'esercizio di tale libertà. Questi principalmente concernono la disciplina della concorrenza, dell'esercizio della libertà contrattuale e della libertà di stabilimento.

Come è noto, lo sviluppo delle regole in materia di concorrenza hanno quale primario scopo quello di incoraggiare le attività economiche massimizzando l'efficienza con la concreta realizzazione delle libertà di circolazione di persone, servizi e beni tra gli Stati membri (148). Così operando si otterrebbero almeno due vantaggi: da un lato il rafforzamento della posizione economica ed industriale europea sul mercato mondiale, dall'altro la creazione di benefici per il consumatore europeo in termini di qualità e prezzi di beni e servizi.

L'attuazione di questo scenario sembrerebbe non poter prescindere dalla tutela della proprietà intellettuale, la quale, come già accennato, rappresenta una deroga rispetto alla libertà di circolazione dei beni e dei servizi, in quanto garantisce diritti di monopolio al titolare dei brevetti ovvero dei diritti, e allo stesso tempo si contrappone alla libertà di ricerca scientifica e tecnologica. Il costo delle licenze brevettuali rappresenta una barriera d'ingresso così forte, specie in ambito dello sviluppo di nuove tecnologie, che sembrerebbe soffocare l'iniziativa privata. Anche in questo ambito, quindi, sembrerebbe opportuno una nuova disciplina che contemperasse gli interessi dei detentori dei diritti con gli interessi degli innovatori.

In materia di libertà contrattuale, la Corte di giustizia ha richiamato i giudici nazionali a valutare tutti gli elementi del contesto entro il quale il contratto si è formato e l'eventuale posizione di inferiorità, anche grave, di una parte nei confronti dell'altra, tale da compromettere ovvero annullare la libertà di negoziazione delle clausole del contratto (149).

La libertà di stabilimento, dell'impresa individuale ovvero societaria, è acquisita la giurisprudenza della Corte di giustizia che afferma il principio secondo cui contrasta con essa l'azione dello Stato membro che impedisca a individui ovvero a enti collettivi appartenenti ad uno Stato di costi-

tuire secondo il diritto di uno Stato diverso una società destinata ad operare interamente nel territorio ovvero nell'ordinamento del primo Stato membro (150).

Nel contesto della libertà d'impresa mancano tuttavia riferimenti espressi ai limiti della stessa che contemperino l'esercizio delle libertà economiche con i diritti fondamentali e i valori sociali. La libertà d'impresa è il motore delle iniziative di crescita e sviluppo tanto dell'Unione quanto dei singoli Paesi membri e potenzialmente può venire in contrasto con i diritti fondamentali protetti dalla Carta di Nizza e dalle costituzioni nazionali (151). La Corte di giustizia si è pronunciata sul punto in diversi casi, tra questi si ricordano la decisione *Omega*, dove il giudice europeo ha contemperato la libertà di impresa con il rispetto del diritto fondamentale della dignità umana (152) e la decisione *Schmidberger* (153). In questa decisione il giudice ha ricomposto la diversità dei sistemi sociali degli Stati membri con il conflitto tra diritti fondamentali utilizzando la tecnica del bilanciamento e sottoponendo poi gli esiti alla verifica di proporzionalità (154).

(137) Sui requisiti del reciproco riconoscimento dei titoli professionali, High Court of Ireland, 20-1-2009, *Khashaba v. Medical Council*, [2009] IEHC 12, <http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2009/H12.html>.

(138) PERILLI, *Libertà professionale e diritto di lavorare*, in *La Carta dei diritti*, cit., 187.

(139) PERILLI, *op. cit.*, 191.

(140) C. Giust. CE, 23-9-2003, C-109/01, *Akrich*; C. Giust. CE, 9-1-2007, C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket*; C. Giust. CE, 25-1-2007, C-329/05, *Finanzamt Dinslaken c. Gerold Meindl*.

(141) PERILLI, *op. cit.*, 192.

(142) C. Giust. CE, Grande Sezione, 11-12-2007, C- 438/05. Il caso sotteso a questa decisione riguarda la libertà di stabilimento di una compagnia di navigazione, il cui armatore finlandese aveva scelto una «bandiera di convenienza» estone per il traghetto in servizio tra le due coste. Il caso dell'armatore accusato di dumping sociale (ovvero della massimizzazione dei profitti a scapito dei diritti dei lavoratori) è giunto di fronte alla C. Giust. CE perché il sindacato finlandese proclamava scioperi di solidarietà per indurre l'armatore a continuare a rispettare gli standard economici e normativi finlandesi (*SCIARRA, Viking e Laval, sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo*, 2008, in www.europeanrights.eu).

(143) C. Giust. CE, 18-12-2007, C- 341/05. Anche questo caso concerne la libera prestazione di servizi. Un'impresa lettone intendeva eseguire i lavori di un appalto in Svezia utilizzando però lavoratori lettoni distaccati. Venne proclamato uno sciopero di solidarietà dai lavoratori del settore affinché *Laval* applicasse il contratto collettivo locale (PERILLI, *op. cit.*, 193).

(144) BRONZINI-PICCONE, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, *RCDL*, 2007, 619 ss.

(145) PERILLI, *Art. 16 Libertà d'impresa*, in *La Carta dei diritti*, cit., 197.

(146) Conclusioni dell'Avvocato generale Leger nella Causa C-35/99; PERILLI, *Art. 16*, cit.

(147) Conclusioni dell'Avvocato generale Leger nella Causa C-35/99; PERILLI, *Art. 16*, cit.

(148) VETTORI, *Circolazione dei beni e ordinamento comunitario*, *RDP*, 2008, 285 ss.

(149) C. Giust. CE, 20-9-2001, caso C-453/99.

(150) Si tratta delle note decisioni della C. Giust. CE *Centros* (del 9-3-1999, C-212/97), *Überseering* (del 5-11-2002, C- 212/97), *Inspire Art* (del 30-9-2003, C-167/01). In dottrina, PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento, alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso «Centros»*, in *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 149 ss.

(151) PERILLI, *Art. 16*, cit., 200; P. RODIER, *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2008, 47; RONCHETTI, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Ruffert della Corte di Giustizia*, *GI*, 2009, 564 ss.

(152) C. Giust. CE, 14-10-2004, C-36/02.

(153) C. Giust. CE, 12-6-2003, C-112/00.

(154) Per l'applicazione in ambito nazionale del principio di proporzionalità, House of Lords, 12-11-2008, *Zalewska v. Department for Social Development (Northern Ireland)* [2008] UKHL 67 Opinion di Lord Hope of Craighead, Perilli, *Art. 16*, cit., 201.

9. La protezione degli interessi diffusi: ambiente, salute pubblica e tutela dei consumatori.

Vi sono situazioni nelle quali la tutela degli interessi diffusi può rivelare aspetti tangenti la protezione dei diritti umani sia il diritto privato. Si è maggiormente sensibili a queste tematiche dopo che la maturazione del fenomeno della globalizzazione ha dimostrato essere inutili le azioni puramente individuali nel contrasto della crisi economica e finanziaria in atto. Nel Titolo IV della Carta di Nizza, dedicato alla solidarietà, si conferma il passaggio strutturale e concettuale dei diritti fondamentali riferiti all'individuo in quanto cittadino di un'entità statale che riconosce i suddetti diritti ai suoi consociati, alla concezione di responsabilità da parte di una collettività di persone che li reclama nei confronti dell'entità statale o comunitaria. Si tratta, dunque, della trasformazione del diritto in scopo poiché la realizzazione del diritto medesimo può essere vista come un fine politico ovvero un obiettivo da perseguire (155). In questa prospettiva, i diritti devono essere considerati come parte di un sistema complesso di mete sociali. Essi devono venire ricompresi tra i fini pubblici qualora si tratti di diritti fondamentali (156). In codesti fini menzione par-

ticolare rilevano gli interessi diffusi quali la protezione della salute (prevista dall'art. 35 della Carta di Nizza), la tutela dell'ambiente (art. 37) e la protezione dei consumatori (art. 38).

In materia di protezione del diritto alla salute, la dottrina osserva che la Carta di Nizza ha inteso distinguere la protezione del bene vita e del bene integrità psichica e fisica della salute, privilegiando così il profilo di diritto sociale della salute (157). Esso è tutelato dalla Carta sotto due diversi aspetti: da un lato l'accesso alle cure mediche, nel rispetto della parità di trattamento dei cittadini europei in virtù della libertà comunitaria di circolazione di persone e servizi; dall'altro lato dalla programmazione e attuazione di politiche di prevenzione sanitaria.

In materia di tutela dell'ambiente, la dottrina ha evidenziato la novità rispetto al panorama comunitario precedente relativamente alla norma programmatica prevista dall'art. 37 della Carta di Nizza (158). Infatti, i principi di tutela dell'ambiente, quali il rispetto dello sviluppo sostenibile, del principio di precauzione e dell'azione preventiva, il principio di correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché il principio «chi inquina paga», vedono rinforzata la loro importanza non solo giuridica, ma soprattutto politica e culturale, quali «guida e strumento di altre norme e valori facenti parte dell'acquis comunitario» (159).

Analoghe garanzie di elevato livello di qualità e tutela sono previste dall'art. 38 della Carta in materia di protezione dei consumatori. La politica consumeristica europea ha vissuto almeno due distinte fasi: la prima si è sviluppata negli anni Settanta su stimolo del Consiglio d'Europa che ha approvato la Carta europea di protezione dei consumatori (160), mentre la seconda fase partita dalla fine degli anni Ottanta con l'introduzione delle politiche di tutela dei consumatori negli obiettivi prioritari dell'Unione. Questo passaggio ha permesso la creazione di un rilevante acquis consumeristico comunitario (161). Il diritto dei consumatori è stato «costituzionalizzato» tanto nella fase di riscrittura dei trattati quanto nell'opera della Corte di giustizia che ha progressivamente spostato il riconoscimento dei diritti fondamentali anche in ambito economico e sociale. In questo modo ai diritti dei consumatori è stato riconosciuto un peso preponderante rispetto a quello del mercato. La portata innovativa della Carta di Nizza, nell'ambito consumeristico più che altrove, riguarda la lettura in combinato

disposto della disposizione dedicata alla protezione dei consumatori con l'art. 53 relativo al livello di protezione che non deve essere limitativa o lesiva dei diritti acquisiti nell'ambito dell'interpretazione e applicazione della tutela multilivello dei diritti umani nella Comunità e negli Stati membri. Infatti nell'ambito della tutela dei consumatori, gli Stati membri hanno generalmente implementato le normative di provenienza comunitaria allo standard minimo, creando così un quadro alquanto frammentato che causa costi significativi tanto sul versante delle imprese che operano in ambito transfrontaliero, quanto sul versante dei consumatori spesso ostacolati nell'accesso di servizi competitivi. Infine, l'elevato livello di protezione del consumatore si realizza anche attraverso l'analisi dell'influenza che disposizioni della Carta di Nizza hanno sulla struttura del contratto. Infatti, il contratto è lo strumento di diritto privato principale attraverso il quale il consumatore effettua le sue scelte di beni e servizi. La questione finora ha ricevuto più attenzione dalla dottrina (162), impegnata nel dibattito sull'armonizzazione del diritto privato dei contratti (163), che dalla giurisprudenza. Sul punto, la questione centrale dibattuta concerne il contributo apportato dalla Carta di Nizza rispetto al dibattito tra livello di protezione sostanziale e livello uniforme.

(155) ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali, in I diritti in azione*, cit., 542.

(156) A. K. SEN, *Rights as Goals*, in S. GUEST-A. MILNE (eds), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*, Wiesbaden, 1985, 11-25.

(157) S. MICHALOWSKI, *Health Care Law*, in *The European Union Charter of Fundamental Rights*, cit., 287 ss.

(158) Pozzo, *L'art. 37 e la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale*, in *I diritti fondamentali in europa*, cit., 171 ss.; Id., *Le politiche ambientali dell'Unione Europea, relazione tenuta al citato Convegno di Roma, 3/4-10-2008, «Il Trattato di Lisbona. Istituzioni, diritti, politiche», atti in corso di pubblicazione.*

(159) Pozzo, *Le politiche ambientali dell'Unione Europea*, cit.

(160) Risoluzione n. 543, del 17-5-1973; in dottrina, Bisogni, *Art. 38, Protezione dei consumatori*, in *La Carta dei diritti*, cit., 462; A. KISS, *Environmental and Consumer Protection*, in *The European Union Charter of Fundamental Rights*, cit., 253.

(161) Si veda tanto il Libro verde dell'8-2-2007 COM (2006) 744 nonché il *Common Frame of Reference del diritto contrattuale dei consumatori: Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of References (DCFR)*, München, 2008. ALPA, *Il diritto dei consumatori: un laboratorio per i giuristi*, EDT, 2008, 7 ss.

(162) VETTORI, *Il diritto dei contratti, fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 271; O. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party: a comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions*, Berlin, 2007, 191 ss.; O. LANDO-H. BEALE-E. CLIVE-A. PRUM-R. ZIMMERMANN, *Principles of European contract law*, III, The Hague, London, New York, 2003, 211 ss.
 (163) BUSSANI, «Diritto privato europeo», in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 417-446.

10. Il principio di non discriminazione e la tutela delle parti deboli.

Il principio di non discriminazione è regolato dall'art. 21, esso è direttamente collegato con il principio di uguaglianza previsto dall'art. 20. Completa la serie di previsioni della Carta dedicate all'eguaglianza l'art. 23 relativo alla parità tra uomini e donne (164). Tutti i citati articoli hanno recepito la tradizione europea in materia antidiscriminatoria sia di origine comunitaria, sia prodotta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (165).

La valenza del rapporto tra principio di uguaglianza e di non discriminazione si esprime su tre livelli: a) come diritto; b) come criterio di giudizio sulle leggi; c) come livello del sindacato di ragionevolezza. Esso dunque non interferisce direttamente con il diritto privato se non qualora il diritto fondamentale della persona debba essere applicato nei confronti dei privati (166), come affermato nelle conclusioni dell'Avvocato generale nel caso Mangold (167). Infatti, esso deve essere invocato dai privati perché direttamente efficace sia verso lo Stato, sia nei confronti di altri privati (168).

L'efficacia del principio di uguaglianza va tuttavia distinta, anche se correlata, da quella del divieto di discriminazione. In questo è più forte l'influenza della giurisprudenza dei diritti umani dalla quale riceve lo scopo di vietare qualsiasi forma di discriminazione: infatti l'art. 21 costituisce una estensione in senso universalistico della tutela antidiscriminatoria (169). Secondo certa dottrina, l'operatività dei principi della Carta in materia antidiscriminatoria superano le aree di competenza dei Trattati poiché il tema della uguaglianza e della parità di trattamento «non è una competenza, ma un principio generale, la cui operatività taglia trasversalmente tutto l'ordinamento comunitario, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali» (170). Infatti, il principio di non discriminazione è stato, ed è

tuttora, uno dei principali strumenti argomentativi e giuridici che hanno permesso la costruzione delle istituzioni europee. Nella storia europea, infatti, esso ha avuto un ruolo essenziale dapprima nel riconoscimento di diritti di natura economica, come la parità di retribuzione della manodopera (171), successivamente costituendo uno dei principi cardine del sistema comunitario, recepito in molte disposizioni dei trattati, quali l'art. 39 sulla libera circolazione dei lavoratori subordinati. Esso può trovare applicazione in ogni ambito giuridico che riguardi la dettagliata esposizione delle condizioni personali di un individuo effettuata dall'art. 21 della Carta.

Il principio di parità tra uomini e donne ha superato l'iniziale ed esclusiva applicazione nel solo ambito della retribuzione (172) con il passaggio a principio di attribuzione di pari opportunità, oltre le scelte neutrali relative al rispetto formale del principio di non discriminazione, attraverso la realizzazione di azioni positive, cioè interventi concreti, volti a rimuovere gli ostacoli ad una effettiva possibilità di pari accesso alle condizioni di lavoro, alla formazione professionale (173).

Il principio di non discriminazione opera anche a favore dei soggetti deboli. Tra questi vanno senz'altro ricordati gli anziani e i disabili, mentre oggetto di dibattito, sotto il profilo della non discriminazione, sono i diritti delle persone di orientamento omosessuale.

L'art. 25 della Carta dedicato alla protezione dei diritti degli anziani, in particolare alla conduzione di una vita dignitosa ed indipendente nella partecipazione alla vita sociale e culturale (174). Sotto il profilo privatistico, questa disposizione assume importanza qualora letta in combinato disposto con le disposizioni della Carta in tutela del principio di autodeterminazione e di integrità fisica, considerate la particolare fragilità, sensibilità e spesso incapacità dell'anziano di manifestare la propria volontà liberamente da impedimenti psichici ovvero fisici conseguenti alla senescenza. La protezione dei disabili è prevista dall'art. 26 della Carta. Essa si concentra su un nuovo approccio focalizzato a realizzare l'obiettivo dell'annullamento dell'handicap (175) attraverso la realizzazione della persona umana quale valore assoluto. Sotto un profilo privatistico, l'importanza di questa disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 3 relativo alla protezione dell'integrità fisica e psichica dell'individuo nonché alla luce della già citata Convenzione di New York del 13-12-2006 relativa ai diritti delle per-

sone portatrici di handicap. La sfera dove la tutela delle persone si può pienamente realizzare alla luce di questo impianto normativo è quella familiare (176). Soltanto secondariamente, in assenza di figure famigliari o assimilabili, verrebbe consentito l'intervento di istituzioni estranee alla famiglia.

Come già accennato, per quanto concerne la tutela delle persone di orientamento omosessuale, il principio di non discriminazione si combina con la tutela della riservatezza delle scelte individuali. Sul punto, l'art. 21 della Carta di Nizza assimila i precedenti statuiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di divieto di discriminazione fondata sul sesso ovvero sull'orientamento sessuale (177). Trovano applicazione in combinato disposto tra loro il principio di tutela della riservatezza con il principio affermato nell'art. 21 della Carta di Nizza inteso quale diritto alla non discriminazione nella autodeterminazione. L'art. 21 specifica nettamente il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale ovvero del sesso degli individui, tracciando una via, seppure difficile, all'equiparazione completa delle persone dello stesso orientamento sessuale e di quelle che hanno mutato sesso nel godimento dei diritti e dei benefici previsti dalle norme di natura almeno comunitaria (178). Ne consegue che la Carta di Nizza può diventare strumento di realizzazione concreta delle pari opportunità nei confronti delle persone che decidono di manifestare apertamente la propria sessualità secondo l'intimo sentire, in via indipendente dall'intervento chirurgico di mutamento di sesso.

(164) In riferimento al principio di parità tra uomini e donne nella trasmissione del cognome al figlio legittimo in costanza di matrimonio tra i genitori, si veda Cass., 22-9-2008, n. 23934, con nota di R. CONTI, *Il diritto comunitario e il doppio cognome: un primato in espansione*, *CorG*, 2009, 508.

(165) C. McCrudden-H. Kountouros, *Human Rights and European Equality Law*, in *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper N. 8/2006, April 2006, 6.

(166) Borelli, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea*, cit., 243.

(167) Le conclusioni dell'Avvocato generale A. Tizzano nel procedimento C-144/04 sono reperibili sul sito web www.curia.europa.eu.

(168) Scrive l'Avvocato generale: «Il ricorso al principio di eguaglianza – evocato, sia pure incidentalmente, anche dal giudice del rinvio – sarebbe forse preferibile poiché, proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato, esso spiega i propri effetti su tutti i consociati e, a differenza della

direttiva, potrebbe quindi essere invocato direttamente dal sig. Mangold nei confronti dell'avv. Helm e così applicato dall'Arbeitsgericht nel giudizio principale» (Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, procedimento C-144/04, cit.).

(169) CURCIO-GUARISO, *Art. 21, Non discriminazione*, in *La Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 257.

(170) BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007; CURCIO-GUARISO, *op. cit.*

(171) L'inserimento dell'art. 119 del Trattato CE (dal 1°-5-1999, art. 141), che afferma il principio di non discriminazione tra uomini e donne nel limitato ambito della parità di retribuzione, fu voluto nel 1957 dai francesi. In allora lo Stato francese era isolato nel riconoscimento del principio della parità salariale, in assenza di un equivalente riconoscimento da parte degli altri Stati membri, i francesi paventavano alterazioni della concorrenza nel mercato del lavoro (e quindi più in generale sui costi di produzione di beni e servizi) tutelandosi così nei confronti degli altri Stati membri.

(172) PISTORIO, *Art. 23. Parità tra uomini e donne*, in *La Carta dei diritti*, cit., 283.

(173) PISTORIO, *Art. 23*, cit., 285; VERONELLI, *Le azioni positive nell'ordinamento giuridico comunitario*, *RiDPC*, 2004, 63 ss.

(174) L'art. 25 della Carta di Nizza ha quale principale antecedente l'art. 23 della Carta sociale europea, mentre in altre disposizioni, come l'art. 25 CEDU, veniva sottolineata principalmente la necessità di tutelare l'anziano sotto un profilo sociale o in difesa da discriminazioni (BISOGNI, *Art. 25. Diritti degli anziani*, in *La Carta europea*, cit., 321; LOTITO, *Art. 25. Diritti degli anziani*, in *La Carta dei diritti*, cit., 195).

(175) VENCHIARUTTI, *Carta europea e tutela dei soggetti deboli*, in *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 365 ss.

(176) Quale esempio si v. la l. 9-1-2004, n. 6 sull'amministrazione di sostegno.

(177) In tema di discriminazione sessuale nelle forze armate, si veda la giurisprudenza della C. Dir. Uomo, 22-10-1981, *Dudgeon v. Regno Unito di Gran Bretagna*; M. D. Goldhaber, *A People's History of the European Court of Human Rights*, New Brunswick, 2009, 42. Sullo stesso tema, in applicazione dell'art. 21 della Carta europea dei diritti fondamentali, Tribunal Supremo (Spagna), 19-6-2007 (10227/2003).

(178) BGH, 14-2-2007, IV, ZR, 276/04; BvFG, 20-9-2007, 855/06, C. Giust. CE, 1-4-2008, C-267/06, Maruko.

11. Il divieto di abuso del diritto.

La tematica è bene inquadrata dalle affermazioni scritte dall'Avv. Generale Tizzano nella causa C-367/96, *Kefalas*, dove si afferma che «ogni ordinamento che aspiri ad un minimo di completezza deve contenere delle misure (...) di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso attribuiti siano esercitati in maniera abusiva, eccessiva o distorta». La Carta europea dei diritti fondamentali fa propria questa esigenza e predispone il suo articolo conclusivo alla prevenzione dell'abuso del diritto. L'art. 54 trova la sua fonte nell'art. 17 della CEDU, nell'organizzazione della quale il divieto di abuso del diritto funge da impedimento

alla distruzione degli altri diritti riconosciuti nella Convenzione (179). Considerato che non vi sono ancora espressi riferimenti giurisprudenziali alla Carta di Nizza in materia, occorre riferire alla Giurisprudenza della Corte di giustizia. Nell'ambito comunitario il divieto di abuso del diritto non è quasi mai stato esplicitamente adottato dalla Corte di giustizia (180). In senso privatistico, l'abuso del diritto è da considerarsi illecito e riguarda l'esercizio del diritto in un particolare contesto che lo rende tale, ad esempio come nel caso dei comportamenti abusivi degli operatori economici realizzati allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario (181). Allo stesso modo, il raggirò di una normativa di uno Stato membro mediante l'esercizio dei diritti fondamentali previsti dai

Trattati è inammissibile. Infatti nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sono stati censurati più volte comportamenti abusivi: si tratti di benefici abusivi a scapito della politica agricola (182), di abusi (183) o frodi tributarie (184) o di pratiche abusive di operatori economici (185).

ELENA FALLETTI

- (179) C. Dir. Uomo, 1-7-1961, *Lawless c. Irlanda*.
(180) R. CONTI, *Art. 53, Divieto di abuso del diritto*, in *La Carta dei diritti*, cit., 651.
(181) R. CONTI, *Art. 53*, cit.; in giurisprudenza, C. Giust. CE, 3-3-1993, C-8/92 *General Milk Products*.
(182) C. Giust. CE, 3-3-1993, cit.
(183) C. Giust. CE, 2-5-1996, C-206/94 *Palletta*.
(184) C. Giust. CE, 21-2-1996, C-255/05, *Halifax*.
(185) C. Giust. CE, 11-10-1977, C- 125/76, *Cremer*.