



EUROPEAN JUDICIAL COOPERATION AND FUNDAMENTAL RIGHTS: SOME PRACTICAL GUIDELINES

Multilingual version (EN, HR, IT, RO, ES, PO)



PREPARATION OF THE GUIDELINES HAS TAKEN PLACE IN THE FRAMEWORK OF THE PROJECT “EUROPEAN JUDICIAL COOPERATION IN FUNDAMENTAL RIGHTS PRACTICE OF NATIONAL COURTS” (JUST/2012/FRAC/AG/2755) – THE PROJECT FUNDED BY THE EUROPEAN COMMISSION FUNDAMENTAL RIGHTS&CITIZENSHIP PROGRAMME

Project Coordinator: EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, CENTRE FOR JUDICIAL COOPERATION

Project Partners: *Croatian Judicial Academy, Italian Consiglio Superiore della Magistratura, Polish Supreme Administrative Court, Romanian Superior Council of Magistracy, Romanian National Institute for Magistracy, Spanish Escuela Judicial del Consejo General and the Association of European Administrative Judges*

Project Expert Team:

Prof. Fabrizio Cafaggi – Project Director
Ms. Madalina Moraru, LL.M.
Dr. Federica Casarosa
Dr. Filippo Fontanelli
Dr. Nicole Lazzerini
Dr. Mislav Mataija
Dr. Giuseppe Martinico
Ms. Karolina Podstawa, LL.M.
Prof. Aida Torres Perez

© Centre for Judicial Cooperation, European University Institute, 2014

No part of this document may be copied, reproduced or transmitted without prior permission of the authors. The contents of this document are the sole responsibility of the authors and cannot be taken to reflect the views of the European Commission.

TABLE OF CONTENTS

English Version

European Judicial Cooperation and Fundamental Rights: Practical Guidelines3

Croatian Version

Uporaba tehnika sudske interakcije u predmetima koji se odnose na temeljna prava: neke praktične smjernice za nacionalne sudove.....25

Italian Version

Cooperazione giudiziaria europea e diritti fondamentali: Linee Guida Operative.....63

Polish Version

Stosowanie technik interakcji sądowej przez sądy krajowe w sprawach dotyczących praw podstawowych: wskazówki praktyczne.....102

Romanian Version

Cooperarea Judiciară în Materia Drepturile Fundamentale Europene: Ghid practic.....124

Spanish Version

Cooperación Judicial en el Espacio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales: Guía Práctica.....172

European Judicial Cooperation and Fundamental Rights: Practical Guidelines*

“[I]t is important, for each existing protection system, while maintaining its independence, to seek to understand how the other systems interpret and develop those same fundamental rights in order not only to minimise the risk of conflicts, but also to begin a process of informal construction of a European area of protection of fundamental rights. The European area thus created will, largely, be the product of the various individual contributions from the different protection systems existing at European level.”

AG Poiares Maduro, Opinion on Case C-465/07 *Elgafaji* [2008] ECR I-921, para. 22

Summary

I.	Introduction	4
II.	The logical path of adjudication in fundamental rights cases before national courts: an outline	6
A.	Does the case fall within the scope of EU law?	6
B.	Situations falling within the scope of EU law	8
	Question 1: Is the domestic provision compatible with EU law?	8
	Question 2: Is it possible to disapply the domestic provision conflicting with EU law?	10
C.	Situations falling outside the scope of EU law but within the scope of ECHR	10
	Question 1: Is the domestic provision compatible with the relevant provision of the ECHR, also in light of the case law of the ECtHR?	11
	Question 2: Is it possible to disapply the national norm conflicting with the ECHR?	12
III.	The process of adjudicating fundamental rights in national courts: a discussion	13
A.	First Scenario	13
	Question 1: Is the domestic provision compatible with EU law?	16
	Question 2: Is it possible to disapply the domestic provision conflicting with EU law?	20
B.	Second Scenario	22

I. Introduction

These guidelines refer to “judicial interaction”¹ as a set of techniques that *are* and *can* be used by European courts and judges in order to promote coherence and coordination (or at least minimize the risk of conflicts) in the field of fundamental rights protection. They constitute an integral part of the Final Handbook prepared in the framework of the Project “European Judicial Cooperation in Fundamental Rights Practice of National Courts”, but are also meant to be a standing-alone, ready-to-be-used document.

Judicial interaction techniques are particularly important when a case must be adjudicated by taking into account not only national law, but also one or more of the supranational sources. This is often the case when issues concerning the protection of fundamental rights arise before a court of an EU Member State. The existence of multiple supranational systems providing fundamental rights protection (ECHR and EU law), with partially overlapping spheres of application and different rules on normative interpretation and hierarchy, places a complex mandate on national judges. These are assigned the role of natural judges (*juges naturels*) of both EU law and the ECHR. Therefore, whenever they are called to adjudicate on fundamental rights, they need to: (i) understand whether supranational sources of fundamental rights protection apply to the case pending before them and, if so, which ones; (ii) determine the precise scope, meaning and level of protection of the relevant supranational fundamental right(s), taking into account the case law of at least one relevant supranational court (CJEU/ECtHR); (iii) ensure the effective application of the relevant supranational norm(s), which might require addressing conflicts between the European rule(s) and national law; (iv) carry out an operation of balancing between different fundamental rights and/or general interests. If the case falls under the scope of both EU law and the ECHR, the previous analysis is multiplied, and national judges must also engage with the complex issue of the relationships between the two systems (and their courts).

Through the use of judicial interaction techniques, national courts therefore seek to ensure a more effective and coherent level of protection of fundamental rights in Europe, while possibly reducing the length of judicial proceedings. If no supranational source applies, the case has to be solved under domestic law, but judicial interaction might still occur at the national level, with similar beneficial outputs.²

National judges may use different techniques to solve conflicts between domestic, European and international sources related to fundamental rights. The techniques available to national judges in a specific case and their order of use are conditioned by factors such as the *number of applicable sources*, and the *existence (or not) of a veritable conflict between a national provision and a supranational norm* (meaning, a conflict that cannot be solved by way of interpretation).

* These guidelines have been prepared by *Filippo Fontanelli*, *Nicole Lazzerini* and *Madalina Moraru*, and revised by the other legal experts of the Project Team.

¹ For the purpose of this Handbook, we have preferred the more neutral and wider concept “judicial interaction” to “judicial dialogue”. “Judicial interaction” embraces *all episodes of contacts (either intentional or casual)* between courts, whereas “judicial dialogue” mostly refers to episodes of intentional, formal contacts between courts. The single instances of interaction may differ in intensity, outcome, and typology. In a broader sense, “judicial interaction” can be understood as *a set of techniques used by courts and judges to promote coherence and coordination (or, at least, minimize the risk of conflicts) among different legal and judicial systems in the safeguard of some constitutional goods* – such as human rights – that are protected at different levels of governance (the national, international and supranational normative layers).

² On interaction between domestic courts, see *amplius* section 4.a of Part II of the Final Handbook. Note also that, according to established case law, the CJEU has jurisdiction to give preliminary rulings also in a limited set of situations falling outside the scope of Union law, notably when national law refers to the content of certain provisions of EU law, making them directly and unconditionally applicable to purely internal situations: cf., for instance, Case C-482/10 *Cicala* [2011] nyr., and Case C-313/12 *Romeo* [2013], nyr.

As regards the first factor (*number of applicable sources of law*), the present guidelines provide the logical path which a national judge would usually need to follow when adjudicating on fundamental rights cases, when at least one supranational source is applicable. In line with the general structure of the Final Handbook, they consider two supranational sources: the EU Charter of Fundamental Rights (CFR or Charter), and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The sequence then bifurcates depending on whether the case falls within the scope of Union law (***Scenario 1***) or not (***Scenario 2***). Since the Charter only applies to cases falling within the scope of EU law,³ Scenario 2 concerns situations where the ECHR applies, but the Charter does not.⁴ By contrast, both the Charter and the ECHR might apply to situations of Scenario 1. This is because the High Contracting Parties to the ECHR “shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined [in the Convention]” (Article 1 ECHR). In other words, the Convention does not suffer from the limitations *ratione materiae* that apply to the Charter.⁵

The decision to focus on cases where the Charter and/or the ECHR are applicable in addition to national law implies that the following Judicial Interaction Techniques will be usually available to national judges: **consistent interpretation, preliminary reference (only when EU law is applicable), the proportionality test, margin of appreciation, comparative reasoning, mutual recognition, disapplication, and deference.**⁶ As anticipated, their order of use is mostly conditioned by the *existence (or not) of a veritable conflict between a national provision and a supranational norm*. For instance, if the national judge does not doubt the meaning of the applicable EU law provision, s/he will consider whether the national provision is clearly compatible, or, in any event, there is room for consistent interpretation. If this were not the case, she might decide to refer a preliminary question to the CJEU (as a rule, national courts of last instance must make a reference)⁷. Conversely, a preliminary question will be the first option when the meaning of the EU law provision is unclear, thus making it difficult to assess the EU-lawfulness of the national provision. Accordingly, these guidelines single out alternative available courses of action (A, B, C, etc.) depending on whether: the domestic provision is clearly compatible with the supranational norm(s) involved, clearly incompatible therewith, or there exist doubts on its compatibility. A further distinction is made, where appropriate, depending on the nature of the national judge’s doubts.

The guidelines consist of two parts. Section 1 provides an outline of the process of adjudicating fundamental rights in national courts, which takes into account the two scenarios referred to above. Section 2 discusses the two scenarios in greater depth, providing additional insights and indications that should assist national judges when dealing with cases involving European fundamental rights.

³ See the blue-box “When do EU fundamental rights apply to national law?” in Section 1 below.

⁴ More precisely, the Charter does not apply as a matter of EU law. The Member States may nonetheless decide to extend the scope of application of the Charter, under domestic law, to situations that would in principle escape from its scope: see footnote 2 above; cf. also the judgment by the Austrian Constitutional Court in Cases U 466/1 and U 1836/11, 14 March 2012, where the Charter was regarded as a parameter in the context of the judicial review of constitutionality of domestic legislation.

⁵ Additionally, there are also some fundamental right-specific limitations. For more details on the specific scope of application of the ECHR compared to the EU and national law regarding the fundamental rights addressed by the Project, see the Final Handbook, Part I, b. i. “Overlapping fundamental rights sources”, at p.9 and ff.

⁶ For a discussion on the legal bases of these techniques, their function, strategic use and consequences of it see the Final Handbook, section 2 of Part II, “List of existent judicial interaction techniques as tool(s) for solving conflicts concerning FRs”, which also provides concrete examples of their application in the fields of non-discrimination, fair trial and freedom of expression.

⁷ Art. 267(3) TFEU.

II. The logical path of adjudication in fundamental rights cases before national courts: an outline

A. Does the case fall within the scope of EU law?

This question must be answered in the affirmative if there is a provision of EU law (primary or secondary) other than the Charter that applies to the facts of the case: cf. box below.

NO → The case might nonetheless fall within the scope of the ECHR. If so, see below, part C. Otherwise, the case must be solved under national law.

YES → The Charter is applicable to the case. In addition, the ECHR might also apply. See below, part B.

When do EU fundamental rights apply to national law?

According to Article 51, par. 1, of the EU Charter of fundamental rights, titled “Field of application”, the rights and principles therein are binding on the Member States “only when they are implementing Union law”. In its judgement of 26 February 2013 on Case C-617/10 *Åkerberg Fransson*, nyr., the CJEU interpreted this provision as meaning that “the fundamental rights granted by the Charter must (...) be complied with *where national legislation falls within the scope of European Union law*” (para. 21, emphasis added). In two more recent judgments (respectively, 6 March 2014, Case C-206/13, *Cruciano Siragusa* [2014], nyr., and 27 March 2014, Case C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos*, nyr.), the CJEU pointed out that “the concept of «implementation» in Article 51 of the Charter requires a certain degree of connection [with EU law]” (para. 24), and that, “[w]here a legal situation does not fall within the scope of Union law, the Court has no jurisdiction to rule on it and any Charter provisions relied upon cannot, of themselves, form the basis for such jurisdiction” (para. 30). It follows that the Charter applies *where a EU rule other than the Charter provision allegedly violated applies to the case pending before the national judge*. In the words of Allan Rosas,

“The Charter is only applicable if the case concerns not only a Charter provision but also another norm of Union law. There must be a provision or a principle of Union primary or secondary law that is directly relevant to the case. This, in fact, is the first conclusion to draw: the problem does not primarily concern the applicability of the Charter in its own right but rather the relevance of other Union law norms”.⁸

Below is a list of situations, drawn from the case law of the CJEU, where the Charter is applicable, because the case involves the application of a different EU rule (trigger):

- cases concerning national measures adopted in order to enforce a EU Regulation (e.g. Case

⁸ <https://www.mruni.eu/lt/mokslo.../st/.../dwn.php?...%E2%80%8E>

C-5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609; Case C-292/97 *Kjell Karlsson* [2000] ECR I-2737) or EU primary law (TEU/TEFU provisions);

- cases concerning national measures adopted in order to implement a Directive (e.g. Joined Cases C-20/00 and 64/00, *Booker Aquacultur and Hydro Seafood* [2003] ECR I-7411; Case C-176/12 *Association de médiation sociale* [2014], nyr, Case C-385/11, *Elbal Moreno*, [2012], nyr.), or national measures which substantially act as implementing measures, though not specifically adopted on that purpose (Member States do not need to pass specific measures in order to implement a Directive if the domestic legal order is already in conformity with that Directive), or national measures which in any event have the effect to implement an obligation of the Member States under EU law, even if adopted before the EU provision that places the specific obligation on Member States (e.g. the obligation to adopt sanctions aimed to ensure the effective collection of VAT: *Akerberg Fransson*, cit.);
- cases concerning national measures falling within the scope *ratione materiae* and *personae* of a Directive, before the expiry of the transposition period (but note that this is not yet an established case law: cf. Case C-1444/04 *Mangold*);
- cases concerning national measures which derogate from EU law provided by EU primary or secondary law based on reasons of public interest (e.g., Article 36 TFEU/mandatory requirements, Article 45(3) TFEU, Article 4 of the EAW Framework Decision, limits to free movement of EU citizens and their familiars laid down by Directive 2004/38/EC; cf. C-260/89 *Elliniki Tiléorassi AE (ERT)* [1991], ECR I-2925; Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010], ECR I-13693); when the national measure seeks to derogate from EU law in order to protect a fundamental right, then one needs to strike the balance between the EU fundamental freedom affected and the fundamental right in question (cf. Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659; Case C-36/02 *Omega Spielballen* [2004] ECR I-9609);
- cases concerning national provisions of procedural law that affect or govern the exercise of (ordinary) rights granted by EU law (such as the right to have the Member State making good damages caused to legal or natural person by not having implemented in time a Directive: see Case C-279/09 *DEB* [2010] ECR I-13849.

Note also that, according to established case law, the CJEU has jurisdiction to give preliminary rulings also in a limited set of situations falling outside the scope of Union law, notably when national law refers to the content of certain provisions of EU law, making them directly and

unconditionally applicable to purely internal situations: cf., for instance, Case C-482/10 *Cicala* [2011] nyr., and Case C-313/12 *Romeo* [2013], nyr.

B. Situations falling within the scope of EU law

This corresponds to Scenario 1 of Section 2 of these guidelines.

In order to answer Question 1 (***Is the domestic provision compatible with EU law?***) below, the national judge must take into account that:

- there are specific techniques for the interpretation of EU law, and the Charter in particular;
- If the Charter provision allegedly violated corresponds to a fundamental right granted by the ECHR, attention must be paid to Article 52, par. 3, CFR (duty of parallel interpretation with the ECHR/case law of the ECtHR);⁹
- The requirements for compatibility vary depending on the relationship between the domestic provision and the provision of EU law that brings the situation within the scope of EU law.

Some guidelines on how to address these points are provided in the first blue-box in Section 2 “Interpretation of the Charter and requirements for compatibility of the domestic provision with the Charter”.

Question 1: Is the domestic provision compatible with EU law?

YES: the judge can apply domestic law.

UNCLEAR:

i –Where the interpretation of the relevant EU law provision is unclear

The national judge may (last instance courts must – Art. 267(3) TFEU) refer a preliminary question to the CJEU, and ask for the interpretation of the EU law provision whose

meaning is unclear. Preliminary reference is unnecessary when the CJEU already clarified the meaning of the provision.¹⁰

⁹ Art. 52(3) EU Charter reads as follows: “Insofar as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.”

Preliminary reference

Once established the correct interpretation of the EU law provision, the national judge must verify whether the national provision is clearly compatible or, in any event, there exists the possibility to interpret it in conformity with EU law (see point ii below).

Consistent Interpretation

ii – Where the national provision is open to different meanings

Unlike what happens under i), here the judge has no doubts as regards the meaning of the applicable EU law provision. If there is a construction of the domestic provision that makes it compatible with EU law, also in light of the case law of the CJEU, this must be adopted.

Consistent Interpretation

If there is no such construction available, there is a conflict: see Question 2.

iii- Where the domestic measure restricts a fundamental right granted by the Charter

The domestic provision is compatible with EU law if the test of proportionality is satisfied. The domestic restriction must be: *provided for by law, respect the essence of the fundamental right restricted, pursue a legitimate aim, be suitable and necessary to achieve it.*

Proportionality

In order to assess the proportionality of the measure, it might be useful to take a look to:

- The case law of the CJEU
- The case law of other national courts

Vertical Cooperation

Comparative reasoning

¹⁰ For more details on how to establish whether a certain EU legal provision has been clarified by the CJEU, the steps to be followed as established by the CJEU in *CILFIT* (Case 283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415), please see the Final Handbook, Part II, section 2, “Exemption from the obligation to raise a preliminary reference”.

However, if the national judge cannot solve his/her doubt, he/she may refer a preliminary question to the CJEU, asking whether the relevant provision of the Charter does admit a restriction such as that at issue. A duty to make the reference only exists for national courts of last instance and only if the issue has not yet been clarified by the CJEU.

Preliminary reference

The CJEU might either provide the national judges with precise guidelines, or rather accord them a significant margin of manoeuvre in conducting the proportionality assessment.

Precise guidelines v Deference

NO: There is a clear conflict, see below Question 2.

Question 2: Is it possible to disapply the domestic provision conflicting with EU law?

The affirmative answer requires that the relevant provision of EU law has direct effect, i.e. the EU provision is clear, precise and unconditional

Disapplication

YES: The judge must apply EU law and set aside the domestic norm.

N.B: when the conflict is with an EU directive, disapplication is possible only if the case is brought against a public authority; (*for more info on horizontal effect of EU Fundamental Rights please see the second blue-box of Section 2 ("Direct effect of the provisions of EU law and of the provisions of the Charter in particular")*).

NO: under EU law, there might be room for an action for responsibility of the Member State for breach of EU law (according to the *Francovich* case law of the CJEU). However, if the case falls also within the scope of the ECHR, it might be necessary to consider the effects of the Convention under domestic law. If the domestic legal order admits the disapplication of national provision in conflict with the ECtHR, then the national norm can be set aside. See *amplius* under Question 2 of part C.

C. Situations falling outside the scope of EU law but within the scope of ECHR

This corresponds to Scenario 2 of Section 2 of these guidelines.

Question 1: Is the domestic provision compatible with the relevant provision of the ECHR, also in light of the case law of the ECtHR?

YES: the national judge can apply it.

NO: there is a conflict. See Question 2 below.

UNCLEAR:

i- Where the domestic provision restricts a fundamental right granted by the ECHR

If the fundamental right in question is among those that admit limitations, the domestic provision is compatible if it satisfies the test of proportionality, as shaped by the ECtHR. The domestic provision must: **be prescribed by law, pursue a legitimate aim, be necessary in a democratic society, be proportionate in the narrow sense.**



In order to assess the proportionality of the measure, it is particularly useful to take a look to the case law of the ECtHR. This because the room of manoeuvre that national courts might enjoy in conducting the proportionality test varies depends on whether there is a European consensus on the matter of the limitation of the fundamental right, on the basis of which the ECtHR determines the space for manoeuvre that it is willing to leave to the High Contracting Parties and their courts (for more details on proportionality, margin of appreciation and vertical cooperation between national courts and the ECtHR, see Scenario 2 in Section 2).



ii- Where the domestic provision is open to different meanings □

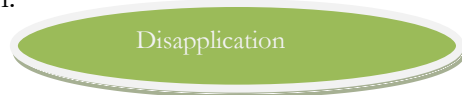
The national judge must opt for the construction(s) of national law ensuring conformity with the ECHR, also in light of the case law of the ECtHR, if there is any.



Question 2: Is it possible to disapply the national norm conflicting with the ECHR?

The national judge needs to verify whether his/her legal order admits the disapplication of national provisions conflicting with the ECHR.

YES: The national judge can set aside the domestic provision.



NO: Maybe it is possible to raise a question of constitutionality which will revolve around the breach of the ECHR (either directly, with the ECHR serving as standard of review or indirectly, with the Convention being used to interpret the relevant constitutional provision).



III. The process of adjudicating fundamental rights in national courts: a discussion

A. First Scenario

The case pending before a national court falls within the scope of Union law and involves a fundamental right granted by the Charter. In some cases, the dispute may also involve the application of the ECHR.

In order to understand whether the national measure is compatible with the Charter, a national judge needs to take into account two elements. Firstly, s/he has to determine the meaning of the Charter provision in question.¹¹ In order to do so, s/he should proceed in accordance with the rules of interpretation applicable to EU law (for instance, *effet utile* principle) and the Charter in particular (see Article 52 CFR). If the meaning of a provision of EU law (including the provisions of the Charter) is ambiguous, a national judge can ask the CJEU to clarify it through a **preliminary reference** (last instance courts must refer the question, unless the CJEU has already decided on the point, under Art. 267(3) TFEU). Secondly, the requirements for compatibility of national law with the Charter vary depending on the relationship between national law and EU law at stake. These two points, which are functional to establishing whether the national provision is compatible with EU law, are addressed in the following box, respectively under **a)** and **b)**.

¹¹ The national judge may have doubts on the interpretation of a provision of the Charter, but also on the meaning of another provision of EU law in light of the Charter. In both cases, the interpretation requested to the CJEU is functional to establishing the compatibility of the domestic provision with EU law. For instance, in Case C-279/09, *DEB* [2010] ECR I-13849, the national judge asked (in essence) an interpretation of Article 47 of the Charter. He/she doubted the compatibility with Article 47 of a domestic provision under which the pursuit of a *Franco*-type action for responsibility of the Member State was subject to the making of an advance payment of the costs of the proceedings, and legal persons were excluded from legal aid. By contrast, in Case C-149/10, *Chatzi* [2010], ECR I-8489, the national judge asked the CJEU to clarify the interpretation of Article 2(2) of the Framework Agreement on Parental Leave (set out in an annex to Directive 96/34/EC), in light of Article 24 of the Charter on the rights of the child. The referring court doubted the compatibility with the Framework Agreement of the national implementing legislation, which granted to mothers of twins a single period of parental leave. Since the Charter has the same status as the Treaties (Article 6(1) TEU), EU legislation must be compatible with the fundamental rights therein. This implies that, insofar as is possible, EU legislation must be interpreted in compliance with the Charter.

Interpretation of the Charter (a) and requirements for compatibility of the domestic provision with the Charter (b)

(a) In order to determine the content of the provisions of the Charter, account must also be taken of the Explanations to the Charter,¹² and of the case law of the CJEU on the interpretation of that provision.

According to Article 52, par. 3, CFR, the meaning and scope of the fundamental rights of the Charter that correspond to rights granted by the Convention shall be the same as those of the latter. A national judge should therefore also establish whether the relevant provision of the Charter corresponds to a fundamental right granted by the ECHR. If so, he/she should take into account also the case law of the ECtHR concerning the interpretation of the corresponding provision of the ECHR. However, Article 52, par. 3, CFR also adds that the rule of parallel interpretation with the ECHR “*shall not prevent Union law providing more extensive protection*”. Accordingly, a national judge should not follow the case law of the ECtHR when it affords a lower protection than granted by the CJEU.

The explanation of Article 52, par. 3, of the Charter provides a list of provisions of the Charter that correspond (totally or in part) to fundamental rights granted by the ECHR.

(b) The Charter applies if a domestic measure falls under the scope of EU law.¹³ Depending on the relationship between the facts of the case and EU law, one can list three scenarios:

i) **The action of the Member States is “entirely determined by EU law” (*Melloni, N.S.*):** in this scenario, the national measure implements EU measures (or a provision therein) that already determine the exact level of protection that must be granted to the fundamental right(s) involved. In other words, the EU legislator took care of balancing – through the EU measure or provision in question – two conflicting fundamental rights, or a fundamental right and an objective of general interest (e.g. the right of the accused v the efficiency of the European Arrest Warrant system [*Melloni*]¹⁴; the right of the asylum-seeker v burden-sharing between the EU Member States (the interest of the requested State to defer requests to the State of entry) [*N.S.*]¹⁵). Clearly, the EU measure must comply with the Charter. Therefore, if the national judge considers that the standard of protection endorsed by the EU measure does not comply with the Charter, it can question the validity of the EU measure through the preliminary reference. In

¹² The Explanations can be seen at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:en:PDF>

¹³ Cf. the blue-box “When do EU fundamental rights apply to national law?” at p. 5.

¹⁴ Case C-399/11, *Melloni* [2013], nyr., para. 59.

¹⁵ Case C-411/10, *N.S.* [2011], ECR I-13905.

particular, a national judge that doubts the validity of the EU measure/provision cannot set it aside without preliminarily asking the CJEU, even when the judge *a quo* is not a last instance court. By contrast, if the validity of the EU measure is not in question, the national judge must ensure that the domestic provision is in line with the level of protection established by the EU measure/provision. If it lowers that level, the domestic measure is not compatible with the Charter (*N.S.*). Similarly, the domestic provision is not EU-legal if it provides the fundamental right(s) involved with a higher level of protection than that endorsed by the EU measure and as a consequence it undermines the effective application of the EU measure (*Melloni*).

ii) **The action of the Member States is “not entirely determined by EU law” (*DEB, Fransson, ACCEPT*):** in this scenario, the domestic provision is connected with a EU measure that leaves to the Member States to determine the level of fundamental rights protection (e.g., national provisions of procedural law governing the exercise of (ordinary) rights conferred by EU law before domestic courts [*DEB*],¹⁶ or national provisions laying down sanctions aimed to ensure that the objectives pursued/rights conferred by a EU measure are adequately achieved/protected [*Fransson, ACCEPT*]¹⁷). In these cases, the Member States (including judges) must ensure that the domestic measure complies with the Charter or, which is the same, provides for restriction to the fundamental rights therein that satisfy the test of proportionality laid down by Article 52, par. 1, CFR. Unlike in the previous scenario, Member States can decide to enhance the level of protection established by the Charter (for instance, because the domestic Constitution grants broader protection to the fundamental right(s) involved). However, the EU measure must still be complied with¹⁸ and, in case, competing fundamental rights must not be unjustifiably restricted. Furthermore, in the case of national sanctions for violation of EU rights (*ACCEPT, Fransson*), the former need to respect two fundamental principles of EU law: equivalence and effectiveness. The principle of equivalence requires national judges to set aside national procedural rules which establish more disadvantageous conditions for the exercise of rights derived from EU law as compared to equivalent rights granted by national law; under the principle of effectiveness, national procedural provisions must not make it impossible or excessively difficult to protect (also ordinary) rights granted by EU law.¹⁹ The impossible or

¹⁶ Cit. fn. 10.

¹⁷ Case C-81/12 *ACCEPT* [2013], nyr.; *Fransson*, first blue-box.

¹⁸ At para. 29 of *Fransson*, the CJEU pointed out that “where a court of a Member State is called upon to review whether fundamental rights are complied with by a national provision or a measure which, in a situation where action of the Member States is not entirely determined by European Union law, implements the latter for the purposes of Article 51(1) of the Charter, national authorities and courts remain free to apply national standards of protection of fundamental rights, provided that the level of protection provided for by the Charter, as interpreted by the Court, and the primacy, unity and effectiveness of European Union law are not thereby compromised”.

¹⁹ Case C-199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio* [1983] ECR 353595.

excessively difficult character of a national procedural rules is established “by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances.”²⁰

iii) **Member States seek to implement a legitimate derogation from EU law (*ERT, Sayn Wittgenstein*):** domestic measures implementing derogations provided by EU primary or secondary law (cf. the first blue-box for examples) must be proportionate: they must strike a fair balance between their (legitimate) purpose pursued and the non-application of the EU law rule. All national measures derogating from EU law must respect the Charter. Therefore, any restriction to the fundamental rights granted therein in view of a legitimate interest must satisfy the test of proportionality (Article 52, par. 1, CFR).

Question 1: Is the domestic provision compatible with EU law?

A) If the domestic provision is compatible with EU law (within the meaning under points i), ii), or iii) of box 1 above), the national judge can apply it.

Note that a national provision that is compatible with EU law might be incompatible with the ECHR, or with the obligations flowing from other international treaties that bind the Member State considered. Although the CJEU and the ECtHR have been increasingly referring to each other over the last years, divergences might nonetheless exist or emerge.²¹ In this case, the national judge might be obliged to choose between compliance with EU law and compliance with other international obligations.

B) It is unclear whether the domestic provision is compatible with the relevant EU law provision(s). For instance, the national judge may have doubts concerning the meaning of the applicable provisions of EU law.²² In this case, s/he may ask the CJEU to interpret the relevant provision of the Charter (or the EU law provision/measure that brings the situation within the scope of EU law) through a preliminary question (Article 267 TFEU).²³ If the case is pending before a

²⁰ Joined cases C-43430-431431431/93 *Van Schijndel* [1995] ECR I-4736, para 19, Case C-312312312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-454599, para 1414, Case C-276/01 *Joachim Steffensen* [2003] ECR I-373535, para 66, Case C-125125125/01 *Peter Pflücke and Bundesanstalt für Arbeit* [2003] ECR I-9375, para 3333, C-63/01 *Samuel Sidney Evans and The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, and The Motor Insurers' Bureau* [2003] ECR I-1417, para 46.

²¹ On this point, see the examples on the conflict of interpretation between the CJEU and ECtHR in relation to the principle of non-discrimination, right to a fair trial and freedom of expression at pp.20-22 and section 4.b in Part II of this Final Handbook.

²² Or with another provision of EU law, that must be interpreted in light of the Charter: see fn. 5.

²³ Think, for instance, of the case where the relevant EU law provision is open to different meanings, and the viability of consistent interpretation depends on which interpretation of the EU law provision must be embraced. Since the CJEU is the

national court (a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law) there is a duty to refer a preliminary question (**preliminary reference**). By contrast, it is not necessary to refer a preliminary question if the CJEU already clarified the meaning of the provision(s) in question. Thus, before making the reference, it is worth taking a look to the previous case law of the CJEU (**vertical cooperation**). Once established the meaning of the EU law provision(s), the national judge will assess whether the national provision is compatible, or in any event there is room for **consistent interpretation**. If this is not the case, there is a conflict, and Question 2 below must be addressed.

The national judge may doubt the compatibility of EU law with a national provision that restricts a fundamental right granted by the Charter. Note that a measure that restricts a right of the Charter can nevertheless be compatible with it (see points ii) and iii) of box 1, at the end of this Scenario), subject to the requirements of Article 52, par. 1, CFR which lays down the **test of proportionality**. The following questions need to be answered:

- Is the limitation provided for by law?
- Does the domestic provision safeguard the essence of the EU fundamental right whose exercise is limited?
- If so, does the measure envision an objective of general interest recognised by the Union, or is it necessary to protect the rights and freedoms of others? (*legitimate interest*)
- If so, is the domestic provision suitable to achieve the aim pursued? (*suitability*)
- If so, is the domestic provision the least restrictive available to achieve that aim (with respect to the EU Charter right restricted)? (*necessity*)
- If so, the restriction to the fundamental right must be justified by the importance of satisfying the competing interest (*proportionality in the narrow sense*)

If any of the strands of the test of proportionality are not satisfied, the domestic provision is not compatible with EU law: see section **D**).²⁴

ultimate interpreter of EU law (cf. Article 19(1) TEU), the national judge cannot opt, on its own motion, for the interpretation of EU law that ensures the conformity of the domestic legal order.

²⁴ For a recent decision of the CJEU applying Article 52, par. 1, CFR see Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights* [2014], nyr.

In order to determine the proportionality of the domestic provision, it is useful to look at the interpretation of the same EU fundamental right in previous decisions of the CJEU (**vertical cooperation**), or of other national courts (**comparative reasoning**).

If the national judge cannot solve his/her doubts by looking at the case law of other courts, he/she may refer a question to the CJEU ((a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law must), asking whether the relevant provision of the Charter admits a limitation such as that at in question (**preliminary reference**). Although the final decision on the proportionality of the domestic measure is always left to the national judge, the case law shows that the degree of the scrutiny exercised by the CJEU varies. On some occasions, the CJEU provides very precise guidelines, and basically indicates whether the domestic provision was proportionate or not. By contrast, on other occasions it leaves significant room for manoeuvre to the national court in conducting the proportionality test (**deference**).²⁵

C) The national judge has no doubts as regards the meaning of the applicable EU law provision(s), but **the domestic provision is open to different meanings**. When available, the national judge must adopt the interpretation that makes the domestic provision compatible with EU law, also in light of the case law of the CJEU (**consistent interpretation**). If consistent interpretation is not viable, there is a conflict (see Question 2 below).

D) If **the domestic measure is clearly not compatible with EU law**: see Question 2 below.

²⁵ Cf., for instance, ECtHR, App. no. 30141/04, *Schalk and Kopf v Austria* [2010]. For more insights and examples on the test of proportionality and the doctrine of the margin of appreciation: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

If the national judge cannot solve the conflict by way of interpretation, she needs to establish whether the relevant EU law provision has direct effect, thus allowing disapplication of the conflicting national provision.

Direct effect of EU law and of the provisions of the Charter in particular

The provisions of EU law that are clear, precise and not subject to conditions can be relied on by legal and natural persons before domestic courts, in order to obtain the disapplication of conflicting national provisions. We speak of, respectively, *vertical* and *horizontal* direct effect depending on whether the direct effect of a EU law provision is relied upon in the context of proceedings opposing a natural or legal person to a Member State (*rectius*, one of its entities), or in disputes between private parties. Note that the CJEU endorsed a broad notion of “State” for the purpose of vertical direct effect: as stated in case C-282/10 *Dominguez* [2012], para. 39, “*the entities against which the provisions of a directive that are capable of having direct effect may be relied upon include a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals.*”

As regards horizontal effect, there exist some limitations. In particular, provisions of EU directives (and EU decisions) cannot be relied on in the context of disputes between privates in order to set aside conflicting national legislation (e.g., *Dominguez*, cit., para, 37). By contrast, the technique of consistent interpretation can be relied on also in order to ensure, in the context of a dispute between private parties, the conformity of national law with a Directive. However, “*the obligation on a national court to refer to the content of a directive when interpreting and applying the relevant rules of domestic law is limited by general principles of law and it cannot serve as the basis for an interpretation of national law contra legem*” (e.g., Case C-268/06 *Impact* [2008] ECR I-2483).

When consistent interpretation cannot be relied on in a dispute involving private parties in order to solve a conflict between a Directive and national law, the only remedy available to individuals under EU law individuals is an action for liability of the State in accordance with the *Francoovich* jurisprudence (Case C-479/93 *Francoovich* [1995] ECR I-3843). Some requirements need to be satisfied: the aim of the provision of EU law that was not implemented under domestic law must be that to confer a right on an individual, the content of the right must be clear, and there must be a causal link between the State’s violation and the damaged suffered by

the applicant. The violation must also be sufficiently serious, but this requirement is always satisfied when the violation of a Directive is at stake.

As regards the Charter, Article 52, par. 5, CFR substantially excludes the direct effect of the provisions of the Charter that enshrine ‘principles’. However, neither the Charter nor the Explanations provide an exhaustive list of provisions laying down “principles”. Only for illustrative purposes, the explanation of Article 52, par. 5, CFR, refers to Articles 25, 26, and 37 as *examples* of Charter “principles”. The same explanation also adds that “in some cases, an Article of the Charter may contain both elements of a right and of a principle, e.g. 23, 33 and 34”. It might therefore be useful to ask the CJEU (through a preliminary question) to clarify the nature of the provision of the Charter that is relevant in the case.

Note that, in the recent judgment of 15 January 2014 in Case C-176/12 *Association de médiation sociale*, the CJEU confirmed that at least some provisions of the Charter can have direct effect, including in disputes between private parties (provided that the case falls within the scope of EU law).²⁶ In order to have direct effect, the provision of the Charter must be “*sufficient in itself to confer on individuals an individual right which they may invoke as such*”. The CJEU also affirmed that the prohibition of age-discrimination in Article 21, par. 1, CFR, satisfies this test, whereas Article 27 on the right of workers to information and consultation within the undertaking does not. If the pending case involves a different provision of the Charter, it might be useful to ask the CJEU to clarify whether it has direct effect or not through the preliminary reference.

Question 2: Is it possible to disapply the domestic provision conflicting with EU law?

A) If the relevant provision of EU law has direct effect, a national judge must apply it and set aside the conflicting domestic norm (**disapplication**).

B) If it is unclear whether the relevant provision of EU law has direct effect, it might be worth referring the issue to the CJEU through a preliminary question.

C) If the relevant provision of EU law has no direct effect and consistent interpretation is not viable, under EU law the only remedy abstractly available to individuals is an action for liability of the State in accordance with the *Francoovich* jurisprudence.²⁷ However, if the case falls also under the scope of the ECHR, it might be necessary to consider the effect of the ECHR within the domestic legal

²⁶ See the first blue-box “When do EU Fundamental rights apply?”.

²⁷ See the blue-box on direct effect above. Case C-479/93 *Francoovich* [1995] ECR I-3843.

order. If the domestic legal order admits the disapplication of national provision in conflict with the ECtHR, then the national norm can be set aside (see below, Q2 of Scenario 2).

Note that the EU rule might be in contrast with the domestic Constitution. From the EU-side, it is established case law of the CJEU that, “*by virtue of the principle of primacy of EU law, (...) rules of national law, even of a constitutional order, cannot be allowed to undermine the effectiveness of EU law on the territory of that State*”.²⁸

²⁸ *Melloni*, cit. fn. 8, para. 59.

B. Second Scenario

The case pending before the national court does not fall within the scope of Union law and involves a fundamental right granted by the ECHR or a Protocol binding the Member State of the judge *a quo*.²⁹

Question 1: Is the domestic measure compatible with the relevant provision of the ECHR (or of a Protocol to it)?

In order to answer this question, the national judge has to establish the meaning of the provision of the ECHR (or of a Protocol to it) that is relevant in his/her case. In order to do so, he/she must take into account also the case law of the ECtHR.

A) If the domestic measure complies with the ECHR, it can be applied/upheld.

Note that a domestic measure that entails a limitation to a fundamental right granted by the ECHR is compatible with the latter if two conditions are satisfied: the fundamental right in question admits limitations, and the test developed by the ECtHR to check the admissibility limitations is satisfied. This test requires that the restriction:

- is prescribed by law;
- pursues a legitimate aim (note that, unlike what happens under the Charter, the provisions of the ECHR enshrining fundamental rights that admit limitations establish themselves which aims can be regarded as legitimate; those aims therefore form an exhaustive list);
- is necessary in a democratic society, i.e., there exists a pressing social need for the interference;
- is proportionate, in particular, **proportionality** requires that: 1) the domestic measure it is appropriate to achieve its stated aim; 2) no less intrusive measures exist; 3) the essence of the fundamental right affected is safeguarded.

In order to assess the proportionality of the national measure, it might be useful to take a look to the case law of the ECtHR in similar cases (**vertical cooperation**). This because, under the ECHR system, the primary responsibility for applying the Convention is assigned to national public authorities, including national courts. Furthermore, the ECtHR sometimes leaves to the High Contracting Parties a certain **margin of appreciation** as regards the identification of the proper balance to be struck between a fundamental right and an objective of public interest/a competing fundamental right. In these cases,

²⁹ The status of ratifications of the Protocols to the ECHR can be monitored at <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

national public authorities must identify the most appropriate solution to satisfy the fundamental right whose protection takes priority in a specific case, while not unreasonably restricting the conflicting interest/fundamental right. The extent, if not the very existence, of the margin of appreciation varies depending on whether there exists a consensus in the law and practice of the High Contracting Parties as regards the protection that must be afforded to a Convention fundamental right with regard to specific issues (“European Consensus”). A corollary of the doctrine of margin of appreciation is that the application of the ECHR is not necessarily uniform across all the High Contracting Parties. This marks the distance with the Charter and EU law in general, whose application is less concerned with local peculiarities, in light of the principle of EU primacy. At the same time, it must be pointed out that the margin of appreciation is a mechanism of deference of the ECtHR to the national legal systems and/or practices, but it does not guarantee immunity from the Convention. The acknowledgment of a margin of appreciation to the Member States does not exclude the supervision of the ECtHR³⁰

B) If the meaning of the domestic provision remains open to different interpretations, the national judge must opt for the interpretation (when available) that ensures compliance with the ECHR, also in light of the case law of the ECtHR (**consistent interpretation**).

C) If the domestic provision is not compatible with the ECHR, and there is no room for consistent interpretation, there is a conflict and the national judge must address question 2.

Question 2: Is it possible to disapply the national norm conflicting with the ECHR?

Note that the answer to this question varies from State to State, as it depends on the formal rank and effects assigned to the ECHR under national law.

A) If the domestic legal order allows disapplication of a domestic provision conflicting with the ECHR, the domestic provision must be set aside (**disapplication**).

B) If the domestic legal order does not allow disapplication of a domestic provision conflicting with the ECHR, maybe it is possible to raise a question of constitutionality. This will revolve around the

³⁰ This was clarified by the ECtHR many times. For instance, in the case of *Attila Vajnai v Hungary*, judg. of 8 July 2008, app. no. 33629/06, the Court considered the following: “The test of «necessity in a democratic society» requires the Court to determine whether the interference complained of corresponded to a «pressing social need». The High Contracting Parties have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a «restriction» is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 of the Convention. [...] In particular, the Court must determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify the interference were «relevant and sufficient», and whether the measure taken was «proportionate to the legitimate aims pursued». In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities, basing themselves on an acceptable assessment of the relevant facts, applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10”.

breach of the ECHR, either directly (with the ECHR serving as standard of review) or indirectly (with the Convention being used to interpret the relevant constitutional provision) (**consistent interpretation**).



European
University
Institute

DEPARTMENT
OF LAW



Uporaba tehnika sudske interakcije u predmetima koji se odnose na temeljna prava: neke praktične smjernice za nacionalne sudove



OVE SU SMJERNICE PRIPREMLJENE U OKVIRU PROJEKTA “EUROPEAN JUDICIAL COOPERATION IN FUNDAMENTAL RIGHTS PRACTICE OF NATIONAL COURTS” (JUST/2012/FRAC/AG/2755) (EUROPSKA SUDSKA SURADNJA U PRAKSI NACIONALNIH SUDOVA O TEMELJNIM PRAVIMA) FINANCIRANOG OD STRANE PROGRAMA EUROPSKE KOMISIJE ZA TEMELJNA PRAVA I GRAĐANSTVO

Koordinator projekta: EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, CENTRE FOR JUDICIAL COOPERATION (Europski sveučilišni institut, Centar za sudsku suradnju)

Partneri u projektu: *Pravnosudna akademija RH, Visoko sudbeno vijeće (Italija), Vrhovni upravni sud (Poljska), Visoko sudbeno vijeće (Rumunjska), Pravnosudna škola Općeg sudbenog vijeća (Španjolska) i Udruga europskih sudaca upravnih sudova*

Stručni tim projekta:

Prof. Fabrizio Cafaggi – voditelj projekta

Ms. Madalina Moraru, LL.M.

Dr. Federica Casarosa

Dr. Filippo Fontanelli

Dr. Nicole Lazzarini

Dr. Mislav Mataija

Dr. Giuseppe Martinico

Ms. Karolina Podstawa, LL.M.

Prof. Aida Torres Perez

Za sadržaj ove publikacije isključivo su odgovorni njezini autori te se niti u kojem slučaju ne može smatrati da publikacija odražava stajališta Europske komisije.

Uporaba tehnika sudske interakcije u predmetima koji se odnose na temeljna prava: neke praktične smjernice za nacionalne sudove*

SADRŽAJ: Uvod – 1. Logički slijed suđenja u predmetima koji se tiču temeljnih prava pred nacionalnim sudovima: pregled – 2. Postupak odlučivanja o temeljnim pravima pred nacionalnim sudovima: diskusija

I. Uvod

Ove smjernice koriste pojam “sudska interakcija”¹ za skup tehnika koje europski sudovi i suci koriste ili mogu koristiti kako bi unaprijedili koherentnost i koordinaciju (ili barem umanjili rizik konflikata) u području zaštite temeljnih prava. Čine integralni dio zavrešnog Priručnika izrađenog u okviru projekta “Europska sudska suradnja u praksi nacionalnih sudova o temeljnim pravima“, ali također su zamišljene kao samostalni materijal spreman za uporabu.

Tehnike sudske interakcije osobito su važne kad je u nekom predmetu potrebno odlučiti uzimajući u obzir ne samo nacionalno pravo, već i jedan ili više nadnacionalnih pravnih izvora. Ovo će često biti slučaj kad se pred sudovima država članica pojave pitanja vezana uz zaštitu temeljnih prava. Postojanje više nadnacionalnih sustava koji štite temeljna prava (Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, EKLJP, i pravo Europske unije), čija se područja primjene djelomično preklapaju, uz različita pravila o normativnoj interpretaciji i hijerarhiji, zadaje nacionalnim sucima složen zadatak. Njima je dodijeljena uloga prirodnih sudaca (*juges naturels*) u pravu EU i pravu Konvencije. Stoga, kad god se od njih traži da odluče o temeljnim pravima, oni moraju : (i) razumjeti primjenjuju li se nadnacionalni pravni izvori temeljnih prava na predmet u kojem sude te, u potvrdnom, koji izvori ; (ii) precizno utvrditi područje primjene, značenje i razinu zaštite temeljnih prava o kojima je riječ, uzimajući u obzir praksu barem jednog nadnacionalnog suda (Sud EU i/ili Europski sud za ljudska prava, ESLJP), (iii) osigurati učinkovitu primjenu relevantne nadnacionalne norme odnosno

* Ove su smjernice sastavili *Filippo Fontanelli, Nicole Lazzarini i Madalina Moraru*, a revidirali su ih ostali pravni stručnjaci iz projektnog tima. Za hrvatsku inačicu smjernica, opći dio smjernica su preveli i prilagodili, a dodatke 1 - 3 sastavili Ksenija Dimec, sutkinja Županijskog suda u Rijeci i dr. sc. Mislav Mataija s Jean Monnet Katedre za europsko javno pravo Pravnog fakulteta u Zagrebu, član stručnog tima projekta.

¹ U smislu ovog Priručnika, neutralniji i širi pojam “sudska interakcija” smatrali smo prikladnijim od pojma “sudski dijalog.” “Sudska interakcija” obuhvaća *sve slučajeve kontakta (namjernog ili tek usputnog)* među sudovima, dok se “sudski dijalog” u pravilu odnosi na slučajeve namjernih, formalnih kontakata među sudovima. Pojedinačni slučajevi interakcije mogu se razlikovati u intenzitetu, ishodu i tipologiji. U širem smislu, “sudska interakcija” može se opisati kao *skup tehnika koje koriste sudovi i suci kako bi unaprijedili koherentnost i koordinaciju (ili barem umanjili rizik konflikata) među različitim pravnim i pravosudnim sustavima s ciljem ostvarivanja nekih ustavno zaštićenih dobara* - poput ljudskih prava – koja se štite na različitim razinama upravljanja (nacionalne, međunarodne i nadnacionalne normativne razine).

normi, što može zahtijevati rješavanje konflikata između europskih propisa i nacionalnog prava ; (iv) balansirati različita temeljna prava i/ili druge opće interese. Ako predmet ulazi u područje primjene i prava EU i EKLJP, ta se analiza umnožava, budući da se nacionalni suci također moraju pozabaviti složenim pitanjem odnosa između tih dvaju sustava (i njihovih sudova).

Uporabom tehnika sudske interakcije, nacionalni sudovi stoga pokušavaju osigurati učinkovitiju i koherentniju zaštitu temeljnih prava u Europi, pri čemu eventualno i skraćuju trajanje sudskog postupka. Ako se ne primjenjuje ni jedan nadnacionalni izvor, predmet treba riješiti na temelju nacionalnog prava, ali do sudske interakcije i dalje može doći na nacionalnoj razini, sa sličnim korisnim učincima.²

Nacionalni suci mogu koristiti različite tehnike rješavanja konflikata među domaćim, europskim i međunarodnim izvorima vezanih uz temeljna prava. Tehnike koje su im dostupne u pojedinim predmetima i redosljed kojim se one koriste ovise o čimbenicima poput broja primjenjivih pravnih izvora i postojanja (ili nepostojanja) istinskog konflikta između nacionalne i nadnacionalne norme (drugim riječima, konflikta koji nije moguće riješiti interpretacijom).

U odnosu na prvi čimbenik (broj primjenjivih izvora prava), ove smjernice daju logični slijed koji bi nacionalni sud obično trebao slijediti pri odlučivanju u predmetima o temeljnim pravima, kad se primjenjuje barem jedan nadnacionalni izvor. U skladu s općenitom strukturom završnog Priručnika, smjernice razmatraju dva nadnacionalna izvora: Povelju EU o temeljnim pravima (Povelja) i Europsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda (EKLJP). Slijed se zatim razdvaja, ovisno o tome ulazi li predmet u područje primjene prava Unije (scenarij 1) ili ne (scenarij 2). Budući da se Povelja primjenjuje samo na predmete koji ulaze u doseg prava EU³, scenarij 2 se tiče situacija u kojima se EKLJP primjenjuje, a Povelja ne.⁴ Suprotno tome, i Povelja i EKLJP bi se mogli primjenjivati na situacije iz scenarija 1. Razlog tome je da su Visoke ugovorne stranke EKLJP dužne “osigurati svakoj

² U pogledu interakcije među nacionalnim sudovima, vidi detaljnije odjeljak 4.a dijela II završnog Priručnika. Treba također dodati da je, prema dobro utvrđenoj sudskoj praksi, Sud EU također nadležan za donošenje prethodnih odluka u ograničenom skupu predmeta koji ne ulaze u doseg prava EU, prvenstveno kad nacionalno pravo upućuje na sadržaj određenih odredaba prava EU, čime te odredbe čini izravno i bezuvjetno primjenjivima na potpuno interne situacije: cf., na primjer, predmet C-482/10 *Cicala* [2011], još neobjavljen, i predmet C-313/12 *Romeo* [2013], još neobjavljen.

³ Vidi plavi okvir “Kada se temeljna prava EU primjenjuju na nacionalno pravo?” u odjeljku 1 niže.

⁴ Preciznije rečeno, Povelja se ne primjenjuje u smislu prava EU. Države članice bez obzira na to mogu odlučiti da će proširiti područje primjene Povelje, na temelju nacionalnog prava, na situacije koje bi inače bile izvan njezinog dosega : vidi fusnotu 2 *supra* ; cf. također i presudu austrijskog Ustavnog suda u predmetima U 466/1 i U 1836/11 od 14. ožujka 2012., gdje je Povelja uzeta u obzir u kontekstu sudskog nadzora ustavnosti nacionalnog zakonodavstva.

osobi pod svojom jurisdikcijom prava i slobode određene u [Konvenciji]” (čl. 1. EKLjP). Drugim riječima, Konvencija ne podliježe ograničenjima *ratione materiae* koja se odnose na Povelju.⁵

Odluka da se usredotočimo na slučajeve u kojima se primjenjuju Povelja i/ili EKLjP uz nacionalno pravo implicira da će nacionalnim sucima obično biti dostupne sljedeće tehnike sudske interakcije: **usklađena interpretacija, zahtjev za prethodnu odluku (samo kad se primjenjuje pravo EU), test proporcionalnosti, margina prosudbe, poredbeno argumentacija, uzajamno priznanje, izuzimanje iz primjene te prepuštanje odluke.**⁶ Očekivano, redosljed njihove primjene pretežno je uvjetovan *postojanjem (ili nepostojanjem) istinskog konflikta između nacionalne i nadnacionalne norme*. Na primjer, ako nacionalni sudac nema dvojbe oko značenja primjenjive norme prava EU, on/ona će razmotriti je li nacionalna norma očito usklađena, ili, čak i ako nije, ima li mjesta za usklađenu interpretaciju. Ukoliko to ne bi bio slučaj, on/ona bi mogao odlučiti uputiti zahtjev za prethodnu odluku Sudu EU (u pravilu, nacionalni sudovi najviše instance moraju uputiti zahtjev za prethodnu odluku).⁷ Suprotno tome, zahtjev za prethodnu odluku bit će prva opcija kad je značenje norme prava EU nejasno, tako da je teško procijeniti usklađenost nacionalne norme s pravom EU. Sukladno tome, ove smjernice navode alternativne mogućnosti (A,B,C, itd.) ovisno o tome je li nacionalna norma očito usklađena s nadnacionalnom normom (normama) u pitanju, očito neusklađena s nadnacionalnom normom, ili postoji sumnja o njejoj usklađenosti. Daljnje razlikovanje se radi, po potrebi, ovisno o prirodi sumnje nacionalnog suca.

Smjernice se sastoje od dva dijela. Odjeljak 1 daje pregled tijeka odlučivanja o temeljnim pravima pred nacionalnim sudovima što uključuje dva scenarija navedena gore. Odjeljak 2 razmatra ta dva scenarija detaljnije, dajući dodatan uvid i indikacije koje bi trebale pomoći nacionalnim sucima pri rješavanju slučajeva vezanih za europska temeljna prava.

⁵ Također, postoje određena ograničenja koja se tiču pojedinih temeljna prava. Za više detalja o području primjene EKLjP u usporedbi s nacionalnim pravom i pravom EU, vidi završni Priručnik, dio I pod b. i., „Preklapanje izvora temeljnih prava“, str. 9 *et seq.*

⁶ Za raspravu o pravnim temeljima za korištenje tih tehnika, njihovoj funkciji, strateškoj uporabi i posljedicama, vidi završni Priručnik, odjeljak 2. u dijelu II, „Popis postojećih tehnika sudske interakcije kao alata za rješavanje konflikata o temeljnim pravima“, koji također daje konkretne primjere njihove primjene u područjima zabrane diskriminacije, pravičnog suđenja i slobode izražavanja.

⁷ Čl. 267(3) UFEU.

II. Logički slijed suđenja u predmetima koji se tiču temeljnih prava pred nacionalnim sudovima: pregled

C. Je li predmet u dosegu prava EU?

Odgovor na ovo pitanje mora biti pozitivan ukoliko postoji norma prava EU (primarnog ili sekundarnog), osim Povelje, koja se primjenjuje na činjenice slučaja: vidi okvir niže.

NE → Predmet bi mogao, bez obzira na to, biti u dosegu EKLjP. Ukoliko je to slučaj, vidjeti niže, dio C. U protivnom, predmet mora biti riješen prema nacionalnom pravu.

DA → Povelja se primjenjuje na predmet. Dodatno, EKLjP se može primjenjivati. Vidjeti niže, dio B.

Kada se temeljna prava EU primjenjuju na nacionalno pravo?

Sukladno čl. 51., st. 1., Povelje EU o temeljnim pravima, naslova "Područje primjene", navedena prava i načela obvezujuća su za Države članice "samo kada primjenjuju⁸ pravo Unije". U svojoj presudi od 26. veljače 2013, predmet C-617/10, Åkerberg Fransson, još neobjavljeno, Sud EU interpretirao je predmetnu odredbu sa značenjem da „*temeljna prava zajamčenja Poveljom moraju se (...) poštivati kada nacionalno zakonodavstvo dolazi u doseg prava Europske Unije*“ (para. 21., naglasak dodan). U dvije novije presude (od 6. ožujka 2014. godine, predmet C-206/13, Cruciano Siragusa [2014], još neobjavljeno, i od 27. ožujka 2014. godine, predmet C-265/13, Emiliano Torralbo Marcos, još neobjavljeno), Sud EU istaknuo je da „koncept «primjene» iz Članka 51. Povelje zahtijeva određeni stupanj povezanosti sa [pravom EU]“ (para. 24), te da "kad pravna situacija nije u doseg prava Unije, Sud nije nadležan odlučivati o tome te pojedine odredbe Povelje, same po sebi, ne mogu biti osnova za uspostavljanje takve nadležnosti“ (para. 30). Iz toga slijedi da se Povelja primjenjuje kada se u predmetu pred nacionalnim sudom može primijeniti neki propis prava EU pored odredbe Povelje koja je navodno prekršena, Riječima Allana Rosasa,

“Povelja se primjenjuje jedino ako se predmet odnosi ne samo na odredbe Povelje, nego i na druge norme prava Unije. Mora postojati odredba ili načelo primarnog ili sekundarnog prava Unije koje je izravno povezano sa predmetom. To je, naime, prvi zaključak koji se nameće: problem se

⁸ U engleskoj inačici Povelje koristi se riječ „implement“. I u hrvatskom tekstu Povelje možda bi prikladniji bio izraz „kad implementiraju“, no u zasad dostupnom službenom prijevodu koristi se riječ „kad primjenjuju“. Iako taj prijevod nije nužno pogrešan, postoji rizik od određenih nesporazuma, npr. ako bi se smatralo da se Povelja ne odnosi na postupanje javnih tijela na temelju nacionalnih propisa (a ne izravnom primjenom propisa EU) kojima se u nacionalno pravo provodi pravo EU (npr. neka direktiva) - op. prev.

prvenstveno ne tiče primjene same Povelje, već relevantnosti drugih normi prava Unije.”
(<https://www.mruni.eu/lt/mokslo.../st/.../dwn.php?...%E2%80%8E>)

Slijedi popis situacija iz sudske prakse Suda EU u kojima se Povelja primjenjuje budući da ti predmeti uključuju primjenu odvojenog propisa EU:

- predmeti koji se tiču nacionalnih mjera usvojenih radi izvršenja Uredbi EU (npr. Predmet C-5/88 Wachauf [1989] ECR 2609; Predmet C-292/97 Kjell Karlsson [2000] ECR I-2737) ili primarnog prava EU (odredbe UEU/UFEU);
- predmeti koji se tiču nacionalnih mjera usvojenih radi implementacije direktive (spojeni predmeti C-20/00 and 64/00, Booker Aquacultur and Hydro Seafood [2003] ECR I-7411; Case C-176/12 Association de médiation sociale [2014], još neobjavljeno, predmet C-385/11, Elbal Moreno, [2012], još neobjavljeno), ili nacionalnih mjera koje zapravo djeluju kao implementacijske mjere, iako nisu izričito usvojene za tu svrhu (države članice ne trebaju usvojiti određene mjere kako bi implementirale direktivu ukoliko je nacionalni poredak već u skladu s tom direktivom), ili nacionalne mjere koje u svakom slučaju imaju učinak implementacije određene obveze države članice temeljem prava EU, čak i ako su usvojene prije odredbe EU koja stavlja određenu obvezu državi članici (npr. obveza da se usvoje sankcije usmjerena na učinkovitu naplatu PDV-a): *Åkerberg Fransson*, cit.;
- predmeti koji se tiču nacionalnih mjera koje su u dosegu određene direktive *ratione materiae* i *personae*, a nakon isteka njezinog razdoblja za implementaciju (međutim napominjemo da ovo nije utvrđena sudska praksa: cf. predmet C-555/07 *Kücükdeveci* [2010]);
- predmeti koji se tiču nacionalnih mjera koje odstupaju od prava EU određenog primarnim ili sekundarnim pravom EU na temelju javnog interesa (npr. članak 36. UFEU i opravdanja ograničenja slobodi kretanja robe temeljem tzv. obvezatnih zahtjeva, članak 45(3) UFEU, članak 4. Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu, ograničenja slobodu kretanja građana EU i njihovih obitelji temeljem Direktive 2004/38 EC; cf. C-260/89 *Elliniki Tiléorassi AE (ERT)* [1991], ECR I-2925; Predmet C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010], ECR I-13693); kada nacionalna mjera odstupa od prava EU radi zaštite temeljnih prava, potrebno je naći ravnotežu između temeljne slobode koju jamči pravo EU te temeljnog prava u pitanju (cf. predmet C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659; predmet C-36/02 *Omega Spielballen* [2004] ECR I-9609);
- predmeti koji se tiču odredaba nacionalnog postupovnog prava koje utječu na ili uređuju

korištenje subjektivnih prava zajamčenih pravom EU (npr. pravo da države članice nadoknade štetu nastalu pravnim ili fizičkim osobama ne-implementacijom direktive u propisanom roku: predmet C-279/09 *DEB* [2010] ECR I-13849.

Također napominjemo da je, sukladno ustaljenoj sudskoj praksi, Sud EU nadležan za donošenje prethodnih odluka i u ograničenom broju situacija koje su izvan dosega prava Unije, posebice kada nacionalno pravo upućuje na sadržaj određenih odredbi prava EU, čineći ih izravno i bezuvjetno primjenjivima na potpuno internu situaciju: cf., na primjer, predmet C-482/10 *Civala* [2011], još neobjavljeno, i predmet C-313/12 *Romeo* [2013], još neobjavljeno.

D. Situacije u dosegu prava EU

Ovo odgovara Scenariju 1 Odjeljka 2 ovih smjernica.

Kako bi odgovorio na niže navedeno pitanje 1 (*Je li domaća odredba usklađena s pravom EU?*), nacionalni sudac mora uzeti u obzir da :

- postoje specifične tehnike za interpretaciju prava EU, te posebice Povelje;
- ako odredba Povelje za koju se tvrdi da je prekršena odgovara temeljnom pravu zajamčenom EKLJP, mora se obratiti pažnja na Članak 52., st. 3 Povelje (dužnost interpretacije paralelno s EKLJP/sudskom praksom ESLJP)⁹;
- uvjeti za kompatibilnost razlikuju se ovisno o odnosu između domaće odredbe i odredbe prava EU koja dovodi situaciju u doseg prava EU.

Neke smjernice o tome kako odgovoriti na te probleme su navedene u prvom plavom okviru u Odjeljku 2 (“Interpretacija Povelje i zahtjevi za usklađenošću odredbe nacionalnog prava s Poveljom”).

Pitanje 1: Je li odredba nacionalnog prava u skladu s pravom EU?

DA: sudac može primijeniti nacionalno pravo.

NEJASNO:

i – jer je interpretacija relevantnih odredaba prava EU nejasna

⁹ Članak 52(3) Povelje EU: “ U onoj mjeri u kojoj ova Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravima zajamčenima Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, značenje i opseg primjene tih prava jednaki su onima iz spomenute Konvencije. Ova odredba ne sprječava pravo Unije da pruži širu zaštitu.“

Nacionalni sudac može (sudovi zadnje instance moraju – Čl. 267(3) UFEU) uputiti zahtjev za prethodnu odluku Sudu EU, tražeći tumačenje odredbe prava EU čije je značenje nejasno. Zahtjev za prethodnu odluku je nepotreban u slučajevima kada je Sud EU već pojasnio značenje neke odredbe.¹⁰



Jednom kad je utvrđena točna interpretacija odredbe prava EU, nacionalni sudac mora provjeriti je li nacionalna odredba očito usklađena, ili, čak i ako nije, postoji li mogućnost da ju se interpretira u skladu sa pravom EU (vidi točku ii niže).



ii – jer nacionalna odredba može imati različita značenja

Za razliku od situacije pod i), u ovom slučaju sudac nema dvojbi o značenju primjenjive odredbe prava EU. Ukoliko postoji tumačenje domaće odredbe koje ju dovodi u sklad s pravom EU, imajući također u vidu sudsku praksu Suda EU, ono mora biti usvojeno.



Ukoliko ne postoji takva interpretacija, postoji konflikt: vidi Pitanje 2.

iii- jer domaća mjera ograničava temeljno pravo zajamčeno Poveljom

Domaća odredba je u skladu s pravom EU ako je zadovoljen test proporcionalnosti. Domaće ograničenje mora biti : *određeno zakonom, poštovati suštinu temeljnog prava o kojem je riječ, težiti ostvarenju legitimnog cilja, biti prikladno te nužno za ostvarenje istog.*



Radi procjene proporcionalnosti mjere, može biti korisno proučiti:

¹⁰ Za više detalja o tome kako utvrditi je li određena odredba prava EU pojašnjena od strane Suda EU, te o tome koje je korake potrebno pratiti u skladu s presudom Suda EU u predmetu CILFIT (predmet 283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415), pogledati završni Priručnik, Dio II, odjeljak 2, “Oslobođenje od obveze postavljanja zahtjeva za prethodnu odluku”.

- sudsku praksu Suda EU
- Sudsku praksu drugih nacionalnih sudova

Poredbena argumentacija

Međutim, ako nacionalni sudac/sutkinja ne može riješiti svoju sumnju, on/ona može uputiti zahtjev za prethodnu odluku Sudu EU, tražeći od Suda EU pojašnjenje o tome dopušta li određena odredba Povelje ograničenje kakvo postoji u konkretnom slučaju. Dužnost postavljanja zahtjeva postoji samo za nacionalne sudove zadnje instance te samo ako pitanje nije već pojašnjeno od strane Suda EU.

Zahtjev za prethodnu odluku

Sud EU može nacionalnim sucima dati jasne smjernice ili im ostaviti značajnu marginu prosudbe u provođenju testa proporcionalnosti.

Jasne upute vs Prepuštanje odluke

NE: postoji jasan konflikt, vidi niže pitanje 2.

Pitanje 2: Je li moguće izuzeti iz primjene nacionalnu odredbu koja je u suprotnosti sa pravom EU?

Potvrđan odgovor zahtijeva da odredba prava EU o kojoj je riječ ima izravan učinak, odnosno da je odredba prava EU jasna, precizna i bezuvjetna.

Izuzeće iz primjene

DA: sudac mora primijeniti pravo EU te izuzeti iz primjene domaću normu.

Nota bene: kad je nacionalni propis u konfliktu s direktivom EU, izuzeće iz primjene moguće je samo ako je predmet pokrenut protiv javnog tijela (za više informacija o horizontalnom učinku temeljnih prava EU, molimo pogledati drugi plavi okvir Odjeljka 2 („Izravan učinak odredaba prava EU te posebno odredaba Povelje“))

NE: na temelju prava EU, postoji mogućnost tužbe zbog odgovornosti države članice za kršenje prava EU (prema sudskoj praksi Suda EU u predmetu *Francovich*). Međutim, ako predmet također spada u područje primjene EKLjP, može biti potrebno razmotriti učinke Konvencije po nacionalnom pravu. Ako domaći pravni poredak dopušta izuzeće iz primjene nacionalne odredbe koja je u sukobu s Konvencijom, nacionalna norma može biti izuzeta iz primjene. Vidi detaljnije pitanje 2, dio C.

E. Situacije izvan područja primjene prava EU, ali u području primjene EKLjP

Ovo odgovara Scenariju 2 Odjeljka 2 ovih smjernica.

Pitanje 1: Je li nacionalna odredba u skladu s relevantnom odredbom EKLjP, također u vidu sudske prakse ESLjP?

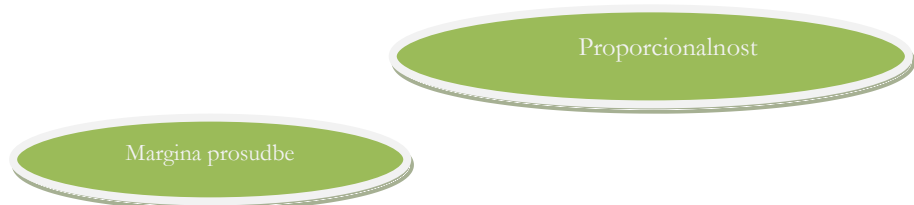
DA: nacionalni sudac ju može primjeniti.

NE: postoji konflikt. Vidi Pitanje 2 niže.

NEJASNO:

i- jer domaća odredba ograničava temeljna prava zajamčena EKLjP

Ako temeljno pravo o kojem je riječ spada u ona koja dozvoljavaju ograničenja, domaća odredba je usklađena ako zadovoljava test proporcionalnosti, kako je određen od strane ESLjP. Domaća odredba mora biti: **određena zakonom, težiti ostvarenju legitimnog cilja, biti potrebna u demokratskom društvu, te biti proporcionalna u užem smislu.**



Kako bi se utvrdila proporcionalnost mjere, posebno je korisno uzeti u obzir praksu ESLjP. Razlog tome je što prostor koji ostaje nacionalnim sudovima u provedbi testa proporcionalnosti ovisi o tome postoji li europski konsenzus o pitanju ograničenja temeljnog prava, na temelju čega ESLjP određuje manevarski prostor koji je spreman ostaviti Visokim ugovornim strankama i njihovim sudovima (za više detalja o

proporcionalnosti, margini prosudbe i vertikalnoj suradnji između nacionalnih sudova i ESLjP, vidi Scenarij 2 u Odjeljku 2).

Vertikalna suradnja

ii- jer nacionalna odredba može imati različita značenja

Domaći sudac mora izabrati interpretaciju nacionalnog prava koja osigurava usklađenost sa EKLjP, također u skladu sa sudskom praksom ESLjP, ukoliko takva postoji.

Usklađena interpretacija

Pitanje 2: Je li moguće izuzeti iz primjene nacionalnu normu koja je suprotna EKLjP?

Nacionalni sudac mora utvrditi dopušta li njegov/njezin pravni poredak izuzimanje iz primjene nacionalnih normi koje su suprotne EKLjP.

DA : nacionalni sudac može izuzeti iz primjene nacionalnu odredbu.

Izuzete iz primjene

NE: možda je moguće postaviti pitanje ustavnosti koje se tiče povrede EKLjP (ili izravno, pri čemu je EKLjP temelj za ocjenu, ili neizravno, pri čemu Konvencija služi za interpretaciju relevantnih nacionalnih ustavnih odredbi).

Usklađena interpretacija

III. Postupak odlučivanja o temeljnim pravima pred nacionalnim sudovima: diskusija

A. Prva situacija

Spor koji se vodi pred nacionalnim sudom odnosi se na područje prava Unije i uključuje temeljno pravo priznato Poveljom. U nekim slučajevima spor također može uključivati i primjenu Konvencije. Kako bi utvrdio je li nacionalna odredba usklađena s Poveljom, nacionalni sudac treba voditi računa o dvije stvari. Prvo, treba utvrditi smisao konkretne odredbe Povelje.¹¹ U tom smislu sudac bi trebao postupiti u skladu s pravilima o tumačenju prava EU (npr. načelo *effet utile*) i posebno Povelje (vidi članak 52. Povelje). Ukoliko je značenje odredbe prava EU (uključujući i odredbe Povelje) dvosmisleno, nacionalni sudac može zatražiti od Suda EU da ga pojasni postavljanjem zahtjeva za **prethodnu odluku** (sudovi posljednje instance moraju postaviti prethodno pitanje, osim ukoliko Sud EU već nije o tome odlučio, temeljem članka 267(3) UFEU). Drugo, zahtjevi za usklađenošću nacionalnog prava s Poveljom razlikuju se ovisno o vezi između nacionalnog prava i relevantnog EU prava. Ta dva pitanja koja su bitna za utvrđenje je li norma nacionalnog prava usklađena s EU pravom obrađuju se u nastavku (pod točkama **a)** i **b) okvira**).

Interpretacija Povelje (a) i zahtjevi za usklađenošću odredbe nacionalnog prava s Poveljom (b)

(a) Kako bi se odredio sadržaj odredaba Povelje, mora se voditi računa o Objašnjenjima Povelje¹² i o sudskoj praksi Suda EU koja se odnosi na tumačenje te konkretne odredbe.

Prema članku 52. stavku 3. Povelje, značenje i opseg primjene temeljnih prava reguliranih Poveljom, koja odgovaraju pravima priznatim Konvencijom, trebaju biti isti kao kod Konvencije.

¹¹ Nacionalni sudac može imati dvojbe u vezi s tumačenjem neke odredbe Povelje ili u vezi značenja neke druge odredbe EU prava u svjetlu Povelje. U oba slučaja, tumačenje koje se traži od Suda EU je korisno radi utvrđenja usklađenosti domaće (nacionalne) odredbe s pravom EU. Na primjer, u predmetu Suda EU posl.br. C-279/09, *DEB* [2010] ECR I-13849, nacionalni sudac zatražio je (u bitnome) tumačenje članka 47. Povelje. On je imao dvojbe oko usklađenosti s člankom 47. Povelje domaće odredbe prema kojoj je podnošenje tužbe tipa *Franovich* (kojom se od države traži naknada štete zbog povrede prava EU) bilo uvjetovano predujmljivanjem troškova postupka, time da pravne osobe nisu imale pravo na pravnu pomoć. Suprotno, u predmetu posl.br. C-149/10, *Chatzi* [2010], ECR I-8489, nacionalni sudac zatražio je od Suda EU da pojasni tumačenje članka 2(2) Okvirnog sporazuma o roditeljskom dopustu (u dodatku Direktivi 96/34/EU) u svjetlu članka 24. Povelje o pravima djeteta. Sud koji je uputio prethodno pitanje imao je dvojbe oko usklađenosti provedbenih odredaba nacionalnog zakonodavstva, koje su majkama blizanaca priznavale jedno jedinstveno razdoblje roditeljskog dopusta, s Okvirnim sporazumom.

¹² Objašnjenja se mogu naći na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:en:PDF>

Zbog toga nacionalni sudac treba utvrditi i odgovara li relevantna odredba Povelje temeljnom pravu priznatom Konvencijom. Ukoliko odgovara, on treba uzeti u obzir i sudsku praksu ESLJP koja se odnosi na tumačenje odgovarajuće odredbe Konvencije. Međutim, članak 52. stavak 3. Povelje također propisuje da to pravilo paralelnog tumačenja s Konvencijom ‘ne sprječava pravo Unije da pruži širu zaštitu’. Slijedom iznesenog, nacionalni sudac ne bi trebao primijeniti sudsku praksu ESLJP kada se njome pruža slabija zaštita temeljnih prava u usporedbi sa zaštitom koju pruža Sud EU.

Objašnjenje članka 52. stavka 3. Povelje sadrži listu odredaba Povelje koje odgovaraju (u cijelosti ili djelomično) osnovnim pravima priznatim Konvencijom.

(b) Povelja se primjenjuje ukoliko odredba nacionalnog prava ulazi u doseg prava EU.¹³ Postoje tri različite situacije povezanosti činjeničnog stanja konkretnog slučaja i prava EU:

i) **radnja države članice je “u potpunosti određena EU pravom” (Melloni, N.S.):** u tom slučaju, nacionalna mjera implementira mjere prava EU (ili odredbu) koja već određuje točan nivo zaštite koji mora biti priznat osnovnom pravu/pravima o kojem se radi. Drugim riječima, zakonodavac EU vodio je računa o ravnoteži – kroz mjeru prava EU ili odnosnu odredbu – između dva suprotstavljena temeljna prava ili između temeljnog prava i cilja u općem interesu (npr. pravo optuženog nasuprot efikasnosti sistema Europskog Uhidbenog naloga [*Melloni*]¹⁴; temeljna prava tražitelja azila nasuprot sistema dijeljenja tereta između država članica EU [*N.S.*]¹⁵). Jasno, mjera prava EU mora biti u skladu s Poveljom. Zbog toga, ukoliko nacionalni sudac smatra da razina zaštite koju pruža mjera prava EU nije u skladu s Poveljom, može zatražiti da se ispita njezina valjanost postavljajući zahtjev za prethodnu odluku. Nacionalni sudac koji dvoji glede valjanosti mjere/odredbe EU prava, ne može otkloniti njezinu primjenu bez da je o tome postavio zahtjev za prethodnu odluku, čak i ukoliko taj sudac nije sudac suda posljednje instance. Suprotno, ukoliko valjanost mjere prava EU nije upitna, nacionalni sudac mora osigurati da odredba nacionalnog prava bude u skladu s razinom zaštite kojeg pruža mjera/odredba prava EU. Ukoliko je taj nivo zaštite manji, odredba nacionalnog prava nije usklađena s Poveljom (*N.S.*). Slično, odredba nacionalnog prava nije usklađena s pravom EU čak i ukoliko osigurava višu razinu zaštite temeljnog prava od one koju pruža EU odredba ako to ima za posljedicu ugrožavanje učinkovite primjene odredbe prava EU (*Melloni*).

ii) **radnja države članice “nije u potpunosti određena pravom EU ” (DEB, Fransson,**

¹³ Vidi plavi okvir “Kada se EU temeljna prava primjenjuju u nacionalnom pravu?”.

¹⁴ Predmet C-399/11, *Melloni* [2013], još neobjavljeno., stavak 59.

¹⁵ Predmet C-411/10, *N.S.* [2011], ECR I-13905.

ACCEPT): u tom slučaju, odredba nacionalnog prava je povezana s mjerom prava EU koja ostavlja državama članicama da same odrede nivo zaštite temeljnih prava (npr. odredbe domaćeg postupovnog prava koje reguliraju izvršavanje (redovnih) prava dodijeljenih pravom EU pred domaćim sudovima [DEB],¹⁶ ili odredbe nacionalnog prava koje propisuju sankcije kako bi se osiguralo da se zacrtani ciljevi/dodijeljena prava mjerom prava EU adekvatno ostvare/zaštite [Fransson, ACCEPT]¹⁷). U tim slučajevima, države članice (uključujući suce) moraju osigurati da odredba nacionalnog prava bude u skladu s Poveljom ili da ograničenje temeljnog prava zadovoljava test proporcionalnosti propisan člankom 52. stavkom 1. Povelje. Za razliku od prethodne situacije, države članice mogu odlučiti da povećaju nivo zaštite priznat Poveljom (na primjer, zbog toga što Ustav priznaje širu zaštitu određenih temeljnih prava ili temeljnog prava). Međutim, odredba prava EU mora se i dalje poštovati¹⁸ i suprotstavljena temeljna prava ne smiju biti neopravdano umanjena. Nadalje, nacionalne sankcije zbog povrede prava EU (*ACCEPT*, *Fransson*) trebaju poštovati dva temeljna načela EU prava: ekvivalentnost i učinkovitost. Načelo ekvivalentnosti traži da nacionalni suci otklone primjenu domaće postupovne norme koja propisuje nepovoljnije uvjete za izvršavanje prava koja proizlaze iz prava EU u usporedbi s istim pravima priznatim nacionalnim pravom; temeljem načela učinkovitosti, domaće postupovne odredbe ne smiju onemogućavati ili pretjerano otežavati zaštitu (također redovnih) prava priznatih pravom EU.¹⁹ Onemogućavajući ili pretjerano otežavajući karakter domaćih postupovnih pravila se utvrđuje “upućujući na ulogu te odredbe u postupku, njezinog napretka i posebnih osobina sagledanih u cjelini, pred različitim nacionalnim instancama.”²⁰

iii) **države članice nastoje implementirati opravdano odstupanje od odredbe prava EU (*ERT*, *Sayn Wittgenstein*):** domaće mjere koje implementiraju odstupanje omogućeno primarnim ili sekundarnim pravom EU moraju biti proporcionalne i moraju postići pravičnu ravnotežu između njihove (legitimne) namjere i neprimjene odredbe prava EU. Sve nacionalne mjere koje derogiraju odredbe prava EU moraju, međutim, poštovati Povelju. Zbog toga, svako

¹⁶ Cit. fn. 10.

¹⁷ Predmet C-81/12 *ACCEPT* [2013], još neobjavljeno.; *Fransson*, prvi plavi okvir.

¹⁸ U para. 29. presude *Fransson*, Sud EU je ukazao da “ako je sud države članice pozvan da ispita da li nacionalna odredba ili mjera koja implementira pravo EU za potrebe članka 51.(1) Povelje poštuje temeljna prava, u situaciji kada radnja države članice nije u potpunosti određena pravom EU, nacionalna tijela i sudovi su slobodni primijeniti nacionalne standarde zaštite temeljnih prava pod uvjetom da nije dovedena u pitanje razina zaštite priznata Poveljom, kako je protumačena od strane Suda EU, te nadređenost, jedinstvo i učinkovitost prava EU”.

¹⁹ Predmet C- 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio* [1983] ECR 353595.

²⁰ Spojeni predmeti C-43430-431431431/93 *Van Schijndel* [1995] ECR I-4736, stavak 19, Predmet C-312312312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-454599, stavak 1414, Predmet C-276/01 *Joachim Steffensen* [2003] ECR I-373535, stavak 66, Predmet C-125125125/01 *Peter Pflücke and Bundesanstalt für Arbeit* [2003] ECR I-9375, stavak 3333, Predmet C-63/01 *Samuel Sidney Evans and The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, and The Motor Insurers' Bureau* [2003] ECR I-1417, stavak 46.

umanjenje temeljnih prava priznatih Poveljom u pogledu legitimnog interesa mora zadovoljavati test proporcionalnosti (članak 52. stavak 1. Povelje).

Pitanje 1: Je li odredba nacionalnog prava usklađena s pravom EU?

A) Ukoliko je **odredba nacionalnog prava usklađena** s pravom EU (kako je to navedeno pod i), ii) ili iii) u gornjem okviru), nacionalni sudac je može primijeniti.

Treba voditi računa o tome da odredba nacionalnog prava koja je usklađena s pravom EU može biti suprotna odredbama Konvencije ili obvezama koje proizlaze iz drugih međunarodnih ugovora koji obvezuju odnosnu državu članicu. Iako se u posljednjih nekoliko godina Sud EU i ESLJP u velikom broju predmeta u svojim odlukama pozivaju jedan na drugoga, razlike ipak mogu postojati ili se mogu pojaviti.²¹ U tom bi slučaju nacionalni sudac trebao odlučiti između postupanja u skladu s pravom EU i postupanja prema drugim međunarodnim obvezama.

B) **Nije jasno je li odredba nacionalnog prava usklađena s relevantnom odredbom ili odredbama prava EU.** Na primjer, nacionalni sudac može imati dvojbe oko značenja odredaba prava EU koje treba primijeniti.²² U tom slučaju, on može putem zahtjeva za prethodnu odluku zatražiti od Suda EU tumačenje relevantne odredbe Povelje (ili neke druge odredbe prava EU koja bi se trebala primijeniti) (članak 267. UFEU).²³ Nacionalni sud pred kojim je u tijeku postupak, a protiv čijih odluka ne postoji pravni lijek prema nacionalnom pravu, dužan je postaviti **zahtjev za prethodnu odluku.** Međutim, nije potrebno postaviti zahtjev za prethodnu odluku ukoliko je Sud EU već razjasnio značenje konkretne odredbe/odredaba. Stoga je korisno prije postavljanja zahtjeva za prethodnu odluku pretražiti sudsku praksu Suda EU (**vertikalna suradnja**). Jednom kada je utvrđeno značenje određene odredbe (ili odredaba) prava EU, nacionalni sudac će procijeniti je li nacionalna odredba usklađena s tom odredbom prava EU, odnosno, čak i ako nije, ima li prostora za **usklađenu interpretaciju.** Ukoliko to nije slučaj, postoji sukob, i treba postaviti Pitanje 2 (dolje).

Nacionalni sudac može imati dvojbe oko usklađenosti odredbe domaćeg prava koja ograničava temeljna prava priznata Poveljom s pravom EU. Treba voditi računa o tome da odredba koja ograničava pravo

²¹ U vezi s navedenim, vidi primjere sukoba u tumačenju između Suda EU i ESLJP u odnosu na načelo nediskriminacije, prava na pravični postupak i slobodu izražavanja na str. 20-22 i odjeljku 4.b u drugom dijelu Konačnog priručnika

²² Ili s drugom odredbom EU prava koja mora biti tumačena u svjetlu Povelje.

²³ Valja razmisliti, npr. o slučaju gdje je relevantna odredba prava EU podobna za različita tumačenja, pa njezino konzistentno tumačenje ovisi o tome koje će tumačenje biti odabrano. Budući da Sud EU ima najvišu ovlast tumačenja prava EU, nacionalni sudac ne može se odlučiti, prema svojem nahođenju, za tumačenje EU prava koje osigurava sklad domaćeg pravnog poretka.

priznato Poveljom može unatoč tome biti u skladu s Poveljom (vidi ii) i iii) u okviru 1, na kraju ove Situacije), temeljem odredbe članka 52. stavka 1. Povelje koja propisuje **test proporcionalnosti**. Stoga treba odgovoriti na sljedeća pitanja:

- Je li ograničenje predviđeno zakonom?
- Štiti li odredba nacionalnog prava suštinu temeljnog prava EU čije izvršavanje se ograničava?
- Ako da, predviđa li mjera cilj u općem interesu priznatom od strane EU ili je li nužna radi zaštite prava i slobode drugih? (*legitiman cilj*)
- Ako da, je li mjera prikladna za ostvarenje tog cilja? (*prikladnost*)
- Ako da, je li mjera najmanje restriktivna, od svih raspoloživih, radi postizanja tog cilja (uzimajući u obzir pravo iz Povelje koje je ograničeno)? (*nužnost*)
- Ako da, ograničenje temeljnog prava mora biti opravdano važnošću zadovoljavanja suprotstavljenog interesa (*proporcionalnost u užem smislu*).

Ukoliko bilo koji od uvjeta testa proporcionalnosti nije zadovoljen, odredba nacionalnog prava nije u skladu s pravom EU: vidi **D**).²⁴

Kako bi se odredila proporcionalnost odredbe nacionalnog prava, korisno je konzultirati sudsku praksu Suda EU u odnosu na tumačenje istog temeljnog prava EU (**vertikalna suradnja**) ili praksu drugih nacionalnih sudova (**poredbena argumentacija**).

Ukoliko nacionalni sudac ne može razriješiti svoje dvojbe pretraživanjem sudske prakse drugih sudova, on može Sudu EU postaviti pitanje (sud države članice protiv čije odluke ne postoji pravni lijek u nacionalnom pravu, mora) da li relevantna odredba Povelje dopušta ograničenje kao u konkretnom slučaju (**zahtjev za prethodnu odluku**). Iako je konačna odluka o proporcionalnosti odredbe nacionalnog prava uvijek na nacionalnom sudu, sudska praksa pokazuje da se odluke Suda EU razlikuju po tom pitanju. Naime, u nekim slučajevima Sud EU daje vrlo precizne smjernice i u osnovi ukazuje je

²⁴ Za nedavnu odluku Suda EU koja primjenjuje članak 52. stavak 1. Povelje, vidi spojene predmete C-293/12 i C-594/12, *Digital Rights* [2014], još neobjavljeno.

li domaća odredba proporcionalna ili ne. Suprotno, u nekim drugim slučajevima on ostavlja nacionalnom sudu značajan prostor za odlučivanje u provođenju testa proporcionalnosti.²⁵

C) Nacionalni sudac nema dvojbi oko značenja primjenjive norme prava EU, dok **je norma nacionalnog prava podobna za različita tumačenja**. Kada je moguće, nacionalni sudac mora usvojiti tumačenje koje čini normu domaćeg prava usklađenu s pravom EU, također u svjetlu sudske prakse Suda EU (**usklađena interpretacija**). Ukoliko usklađena interpretacija nije moguća, postoji sukob: vidi Pitanje 2 niže.

D) Ukoliko je **posve jasno da odredba nacionalnog prava nije u skladu s pravom EU**: vidi Pitanje 2 niže.

Ukoliko nacionalni sudac ne može riješiti sukob interpretacijom, treba utvrditi da li relevantna odredba prava EU ima izravan učinak, u kojem slučaju bi sudac mogao izuzeti iz primjene odredbu nacionalnog prava koja je u sukobu (s normom prava EU).

Izravan učinak prava EU i posebno odredaba Povelje

Pravne i fizičke osobe mogu se pred domaćim sudovima pozivati na odredbe prava EU koje su jasne, precizne i bezuvjetne kako se ne bi primijenile odredbe nacionalnog prava koje su u sukobu (s pravom EU). Ovdje govorimo o *vertikalnom* i *horizontalnom* izravnom učinku, ovisno o tome da li se na izravan učinak norme prava EU poziva u kontekstu postupka koji vodi država članica (ili jedno od njezinih tijela) protiv pravne ili fizičke osobe ili je riječ o sporu između privatnih osoba. Treba uzeti u obzir da je Sud EU u svojoj praksi široko tumačio pojam „države“ u smislu vertikalnog izravnog učinka: kao što je navedeno u predmetu C-282/10 *Dominguez* [2012], para. 39, “tijela protiv kojih se može pozivati na odredbe direktiva koje su sposobne imati izravan učinak uključuju i tijelo, bez obzira na njegov pravni oblik, koje je odgovorno, temeljem mjere usvojene od strane Države, za pružanje javnih usluga pod kontrolom Države i za tu namjenu ima posebna ovlaštenja izvan onih koja proizlaze iz uobičajenih pravila primjenjivih u odnosima između pojedinaca.”

U odnosu na horizontalni učinak postoje neka ograničenja. Na odredbe direktiva EU (i odluka EU) ne može se pozivati u kontekstu sporova između privatnih osoba kako bi se izuzelo iz primjene suprotnog nacionalno zakonodavstvo koje je u sukobu (npr. *Dominguez*, para. 37). Suprotno tome, na tehniku usklađene interpretacije može se pozivati i u kontekstu spora između privatnih osoba, radi osiguranja usklađenosti nacionalnog prava s direktivom. Međutim, “obveza

²⁵ Cf., npr. ESLJP, Zahtjev br. 30141/04, *Schalk and Kopf v Austria* [2010]. Za više primjera testova proporcionalnosti i doktrine margine prosudbe: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

nacionalnog suda da se pozove na sadržaj direktive kada tumači i primjenjuje relevantne odredbe nacionalnog prava je ograničena općim načelima prava i ne može poslužiti kao osnova za tumačenje nacionalnog prava *contra legem*” (npr. predmet C-268/06 *Impact* [2008] ECR I-2483).

Kada se nije moguće pozivati na usklađenu interpretaciju u sporu koji uključuje privatne stranke radi rješavanja sukoba između direktive i nacionalnog prava, jedini lijek na raspolaganju pojedincu temeljem prava EU je tužba za odgovornost države, prema sudskoj praksi nastaloj u predmetu *Franco v. Italy* (Predmet C-479/93 *Franco v. Italy* [1995] ECR I-3843). U tom slučaju treba udovoljiti određenim pretpostavkama: odredba prava EU koja nije implementirana u domaće pravo mora dodjeljivati neko pravo pojedincu, sadržaj prava mora biti jasan i mora postojati uzročna veza između povrede počinjene od strane države i pretrpljene štete. Povreda mora biti dovoljno ozbiljna, ali taj je uvjet uvijek zadovoljen kada je u pitanju povreda direktive.

U odnosu na Povelju, članak 52. stavak 5. Povelje isključuje izravni učinak onih odredaba Povelje koje sadrže “načela”. Međutim, ni Povelja niti Objašnjenja ne sadrže iscrpnu listu odredaba koje propisuju “načela”. Samo primjera radi, objašnjenje članka 52. stavka 5. Povelje odnosi se na članke 25, 26. i 37. kao *primjere* “načela” Povelje. Isto Objašnjenje također dodaje da “u nekim slučajevima odredba Povelje može sadržavati i elemente prava i načela, npr. 23, 33. i 34”. Zbog toga bi moglo biti korisno zatražiti od Suda EU (putem zahtjeva za prethodnu odluku) da razjasni prirodu relevantne odredbe Povelje u konkretnom slučaju.

Treba voditi računa da je u nedavnoj presudi od 15. siječnja 2014. u predmetu C-176/12 *Association de médiation sociale*, Sud EU potvrdio da barem neke odredbe Povelje mogu imati izravan učinak, pa i u sporovima između privatnih osoba (pod uvjetom da predmet ulazi u doseg prava EU)²⁶. Kako bi imale direktan učinak, odredbe Povelje moraju biti “same dovoljne da dodijele pojedincima pojedinačno pravo na koje se oni kao takvo mogu pozivati”. Sud EU je potvrdio da zabrana dobne diskriminacije iz članka 21. stavka 1. Povelje zadovoljava taj test, dok članak 27. o pravima radnika na informacije i konzultacije ne zadovoljava. Ukoliko postupak u tijeku uključuje različite odredbe Povelje, bilo bi korisno zatražiti od Suda EU da pojasni ima li odredba izravni učinak ili ne, putem zahtjeva za prethodnu odluku.

²⁶ Vidi prvi plavi okvir “Kada se temeljna prava EU primjenjuju na nacionalno pravo?”..

Pitanje 2: Je li moguće izuzeti iz primjene nacionalnu odredbu koja je u suprotnosti s pravom EU?

A) Ukoliko **relevantna odredba prava EU ima izravan učinak**, nacionalni sudac mora je primijeniti i otkloniti primjenu suprotne odredbe nacionalnog prava (**izuzeće iz primjene**).

B) Ukoliko **nije jasno ima li relevantna odredba prava EU izravan učinak**, bilo bi korisno obratiti se Sudu EU putem zahtjeva za prethodnu odluku.

C) Ukoliko **relevantna odredba EU prava nema izravan učinak**, a usklađena interpretacija nije moguća, jedino pravno sredstvo na raspolaganju pojedincima u pravu EU je tužba za odgovornost države u skladu sa sudskom praksom nastalom u predmetu *Francovich*.²⁷ Međutim, ukoliko predmet također ulazi u doseg Konvencije, bilo bi nužno razmotriti djelovanje Konvencije na domaći pravni poredak. Ukoliko nacionalni pravni poredak dozvoljava izuzimanje iz primjene nacionalne odredbe koja je suprotna Konvenciji, tada treba otkloniti primjenu norme nacionalnog prava (vidi dolje, Pitanje 2 Situacija 2).

Treba voditi računa o tome da norma prava EU može biti u suprotnosti s ustavom. Iz perspektive EU, prema sudskoj praksi Suda EU “temeljem načela nadređenosti EU prava, (...) normama nacionalnog prava, čak i ustavnim normama, nije dopušteno da ugrožavaju učinkovitost EU prava na teritoriju odnosne države”.²⁸

²⁷ Vidi plavi okvir gore o direktnom učinku predmet C-479/93 *Francovich* [1995] ECR I-3843.

²⁸ *Melloni*, stavak 59

B. Druga situacija

Spor koji se vodi pred nacionalnim sudom ne ulazi u doseg prava Unije i uključuje temeljno pravo priznato Konvencijom ili Protokolom koji obvezuju državu članicu i suca.²⁹

Pitanje 1: Je li odredba nacionalnog prava u skladu s relevantnom odredbom Konvencije (ili Protokola)?

Kako bi se odgovorio na ovo pitanje, nacionalni sudac treba utvrditi smisao relevantne odredbe Konvencije (ili Protokola) u konkretnom slučaju, pri čemu treba uzeti u obzir i sudsku praksu ESLJP.

A) Ukoliko je **odredba nacionalnog prava u skladu s Konvencijom**, može se primijeniti.

Treba voditi računa o tome da je odredba nacionalnog prava, koja povlači ograničenja temeljnog prava priznatog Konvencijom, u skladu s Konvencijom ukoliko su zadovoljena dva uvjeta: temeljno pravo o kojemu je riječ dozvoljava ograničenja i zadovoljen je test pomoću kojega ESLJP provjerava dopustivost ograničenja. Taj test zahtijeva da je ograničenje:

- propisano zakonom;
- da ima legitiman cilj;
- da je nužno u demokratskom društvu, npr. postoji velika društvena potreba za intervencijom;
- proporcionalno; **proporcionalnost** zahtijeva da: 1) je odredba nacionalnog prava pogodna za postizanje legitimnog cilja, 2) da ne postoje manje štetne mjere 3) suština povrijeđenog temeljnog prava je zaštićena.

Kako bi se procijenila proporcionalnost odredbe nacionalnog prava, korisno je pretražiti sudsku praksu ESLJP u sličnim slučajevima (**vertikalna suradnja**). To stoga jer, temeljem Konvencijskog sistema, primarna odgovornost za primjenu Konvencije leži na strani nacionalne javne vlasti, uključujući nacionalne sudove. Nadalje, ESLJP ponekad ostavlja državama određenu **marginu prosudbe** radi uspostavljanja odgovarajuće ravnoteže između temeljnog prava i cilja u javnom interesu/suprotstavljenog temeljnog prava. U tim slučajevima, nacionalne javne vlasti moraju pronaći najprihvatljivije rješenje da zadovolje temeljno pravo čija je zaštita prioritetna u konkretnom slučaju bez da nerazumno ograniče sukobljeni interes/temeljno pravo. Opseg margine prosudbe razlikuje se ovisno o tome postoji li konsenzus u pravu i praksi država u odnosu na zaštitu koja treba biti zajamčena temeljnom pravu priznatom Konvencijom ("Europski konsenzus"). Posljedica doktrine margine prosudbe je da primjena Konvencije nije nužno

²⁹ Status ratifikacija Protokola Konvenciji može se provjeriti na <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

jednaka u svim državama. To predstavlja razliku u odnosu na Povelju i pravo EU općenito, čija primjena puno manje uvažava lokalne specifičnosti, u svjetlu načela nadređenosti EU prava. U isto vrijeme treba ukazati da je margina prosudbe mehanizam poštivanja nacionalnih pravnih sustava i/ili prakse od strane ESLJP, ali da on ne jamči imunitet od primjene Konvencije. Priznanje margine prosudbe državama članicama ne isključuje nadzor od strane ESLJP³⁰.

B) Ukoliko **smisao odredbe nacionalnog prava ostaje otvoren za različita tumačenja**, nacionalni sudac mora se kad god je to moguće odlučiti za tumačenje koje osigurava poštivanje Konvencije, također u svjetlu sudske prakse ESLJP (**usklađena interpretacija**).

C) Ukoliko **norma nacionalnog prava nije u skladu s Konvencijom** i nema prostora za usklađenu interpretaciju, postoji konflikt i nacionalni sudac mora postaviti Pitanje 2.

Pitanje 2: Je li moguće izuzeti iz primjene normu nacionalnog prava koja je u sukobu s Konvencijom?

Odgovor na ovo pitanje razlikuje se od države do države jer ovisi o položaju Konvencije u hijerarhiji određenog (nacionalnog) pravnog sustava.

U Republici Hrvatskoj u hijerarhiji izvora prava najviši je Ustav, zatim slijede međunarodni ugovori koji su ratificirani i objavljeni, pa tek onda zakoni. Kako propis koji je na nižoj razini u hijerarhiji neće biti primijenjen ukoliko je u suprotnosti s propisom višeg ranga u hijerarhiji pravnih propisa, proizlazi da u slučaju zakonske ili podzakonske norme koja je u sukobu s Konvencijom, treba primijeniti Konvenciju, odnosno izuzeti iz primjene normu nacionalnog prava.

³⁰ To je ESLJP pojasnio mnogo puta. Npr. u predmetu *Attila Vajnai v Hungary*, presuda od 8 Srpnja 2008, broj zahtjeva 33629/06, Sud je razmatrao slijedeće: "Test «nužnosti u demokratskom društvu» traži od Suda da odredi da li je sporno miješanje odgovaralo «velikoj društvenoj potrebi». Visoka Ugovorna Strana ima određenu slobodu procjene da li takva potreba postoji, ali to ide ruku pod ruku s Europskom supervizijom, uključujući zakonodavstvo i odluke koje ga primjenjuju, čak i one donesene od strane neovisnog suda. Zbog toga je sud ovlašten dati konačno mišljenje o tome je li «ograničenje» pomirljivo sa slobodom izražavanja zaštićenom člankom 10. Konvencije. [...] Naročito Sud mora odrediti jesu li razlozi navedeni od strane nacionalne vlasti kojima se opravdava miješanje bili «relevantni i dovoljni» i je li poduzeta mjera bila «proporcionalna legitimnom cilju» U tome Sud se treba uvjeriti da su nacionalne vlasti, bazirajući se na prihvatljivoj procjeni relevantnih činjenica, primijenile standarde koji su bili u skladu s načelima iz članka 10".

DODATAK I.

U ovom Dodatku dajemo prikaz ustavnih i zakonskih odredaba Republike Hrvatske relevantnih za korištenje tehnika sudske interakcije. Kod pojedinih odredaba, u fusnoti se daje kratak komentar.

A. Ustavni propisi

Ustav RH (NN 85/10 - pročišćeni tekst)

Članak 141.

Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava.¹

Članak 145.

Ostvarivanje prava koja proizlaze iz pravne stečevine Europske unije, izjednačeno je s ostvarivanjem prava koja su zajamčena hrvatskim pravnim poretkom.

Pravni akti i odluke koje je Republika Hrvatska prihvatila u institucijama Europske unije primjenjuju se u Republici Hrvatskoj u skladu s pravnom stečevinom Europske unije.

Hrvatski sudovi štite subjektivna prava utemeljena na pravnoj stečevini Europske unije.

Državna tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravne osobe s javnim ovlastima izravno primjenjuju pravo Europske unije.²

¹ Na temelju ove odredbe, pravni poredak RH moguće je opisati kao monistički – međunarodno pravo se neposredno primjenjuje pred sudovima i drugim tijelima. Drugim riječima, izvor je prava. Ono je također nadređeno hrvatskim zakonima i podzakonskim propisima. Kako postupiti u slučaju konflikta između međunarodnog prava (npr. Konvencije) i zakona? Ne postoji jasna praksa o tom pitanju. Moguće je rješenje izravna primjena međunarodnog prava i izuzimanje zakona iz primjene. To bi se, međutim, moglo smatrati problematičnim iz perspektive čl. 37. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (vidi niže), koji načelno daje monopol Ustavnom sudu u ocjeni valjanosti zakona. S druge strane, ta se odredba izrijekom ne referira na usklađenost zakona s međunarodnim pravom, već s Ustavom.

² Iz zahtjeva da se pravo EU primjenjuje “u skladu s pravnom stečevinom EU” (st. 2.) možemo zaključiti da su temeljna načela primjene prava EU, poput njegovog izravnog i neizravnog učinka i nadređenosti, potvrđena hrvatskim propisom ustavnog ranga. Ova odredba stoga može poslužiti kao pravni temelj za sudsku interakciju, poput pozivanja na praksu Suda EU, usklađene interpretacije, izuzimanja iz primjene nacionalnih propisa itd. Nadalje, ova odredba jasno daje do znanja da su sudovi dužni štiti subjektivna prava zajamčena pravom EU (st. 3.) i izravno primjenjivati propise EU (st. 4.), pri čemu učinkovitost zaštite tih prava ne smije zaostajati za zaštitom subjektivnih prava zajamčenih hrvatskim propisima (st. 1.).

Članak 37.

(1) *Ako sud u postupku utvrdi da zakon koji bi trebao primijeniti, odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom, zastat će s postupkom i podnijeti Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu suglasnosti zakona, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom.*

(2) *Ako sud u postupku utvrdi da drugi propis koji bi trebao primijeniti, odnosno pojedina njegova odredba nisu suglasni s Ustavom i zakonom, na konkretan slučaj će neposredno primijeniti zakon, a Ustavnom sudu će podnijeti zahtjev za ocjenu suglasnosti spornog propisa, odnosno pojedine njegove odredbe s Ustavom i zakonom.*

(3) *O podnijetim zahtjevima iz stavka 1. i 2. ovoga članka Ustavni sud će izvijestiti Vrhovni sud Republike Hrvatske.*

B. Zakonodavstvo RH

Zakon o parničnom postupku (NN 148/11-pročišćeni tekst, 25/13 i 28/13)

Članak 213.

Sud će prekid postupka odrediti i ako je:

2) *odlučio podnijeti zahtjev Europskom sudu o tumačenju prava Europske unije ili o valjanosti akta koje su donijele institucije Europske unije.³*

Članak 382.

.....U slučajevima u kojima je ne mogu podnijeti prema odredbi stavka 1. ovoga članka, stranke mogu podnijeti reviziju protiv drugostupanjske presude ako odluka u sporu ovisi o rješenju nekoga materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni, primjerice:

3) *ako je o tom pitanju revizijski sud već zauzeo shvaćanje i presuda se drugostupanjskoga suda temelji na tom shvaćanju, ali bi – osobito uvažavajući razloge iznesene tijekom prethodnoga prvostupanjskoga i žalbenoga postupka, zbog promjene u pravnom sustavu uvjetovane novim zakonodavstvom ili međunarodnim sporazumima te odlukom Ustavnoga suda Republike Hrvatske, Europskoga suda za ljudska prava ili Europskog suda – trebalo preispitati sudske prakse....*

³ Ovom se odredbom regulira mogućnost parničnog suda na podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku Suda EU. Treba napomenuti da ovu, kao i druge slične nacionalne odredbe, treba čitati zajedno s pravom EU, konkretno čl. 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, iz kojeg je među ostalim jasno da je sud protiv čije odluke ne postoji redovan pravni lijek dužan uputiti zahtjev Sudu EU ako se pred njim pojavi pitanje prava EU, osim ako je ono sasvim očito (tzv. doktrina *acte clair*) ili već u praksi Suda EU u potpunosti riješeno (tzv. doktrina *acte éclairée*).

Članak 428.a

Kad Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu kojeg ljudskog prava ili temeljne slobode zajamčene Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih Protokola uz tu Konvenciju koje je Republika Hrvatska ratificirala, stranka može, u roku od trideset dana od konačnosti presude Europskog suda za ljudska prava, podnijeti zahtjev sudu u Republici Hrvatskoj koji je sudio u prvom stupnju u postupku u kojemu je donesena odluka kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda, za izmjenu odluke kojom je to pravo ili temeljna sloboda povrijeđeno.

Postupak iz stavka 1. ovoga članka provodi se uz odgovarajuću primjenu odredaba o ponavljanju postupka.

U ponovljenom postupku sudovi su dužni poštivati pravna stajališta izražena u konačnoj presudi Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda temeljnog ljudskog prava ili slobode.⁴

Zakon o kaznenom postupku (NN 121/11-pročišćeni tekst, 143/12, 56/13 i 145/13)

Članak 18.

3) Ako sud koji vodi postupak smatra da je za rješenje pitanja iz stavka 1. ovog članka potrebna odluka Suda Europske unije o tumačenju prava Unije ili o valjanosti akta kojega je donijelo njezino tijelo može podnijeti zahtjev Sudu Europske unije da donese odluku, o čemu će obavijestiti stranke.

4) Ako se postupak vodi pred sudom protiv čije odluke nije dopuštena žalba, a taj sud smatra da je za rješenje pitanja iz stavka 1. ovog članka potrebna odluka Suda Europske unije o tumačenju prava Unije ili o valjanosti akta kojega je donijelo njezino tijelo podnijet će zahtjev Sudu Europske unije da donese odluku, o čemu će obavijestiti stranke.⁵

5) U slučaju iz stavka 3. i 4. ovog članka sud će prekinuti postupak do donošenja odluke Suda Europske unije. Za vrijeme trajanja prekida postupka sud može provoditi samo one radnje za koje postoji opasnost od odgode.

Članak 502.

2) Odredbe o obnovi kaznenog postupka će se primijeniti i u slučaju kada je podnesen zahtjev za izmjenu pravomoćne sudske odluke na temelju konačne presude Europskog suda za ljudska prava kojom je utvrđena povreda prava i sloboda iz Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

3) Zahtjev za obnovom postupka na temelju konačne presude Europskog suda za ljudska prava može se podnijeti u roku od trideset dana od datuma konačnosti presude Europskog suda za ljudska prava.

Zakon o upravnim sporovima (NN 20/10 i 143/12)

⁴ Odredbe članaka 382. i 428.a proširuju mogućnosti podnošenja izvanrednih pravnih lijekova u svrhu općenitog usklađivanja s praksom ESLJP ili Suda EU (izvanredna revizija iz čl. 382.), odnosno usklađivanja s presudom ESLJP u konkretnom predmetu (čl. 428. a), što je također uvedeno i u Zakon o kaznenom postupku (vidi niže).

⁵ Kao i gore citiran članak ZPP, ova odredba uređuje mogućnost kaznenog suda za upućivanje zahtjeva za prethodnu odluku Sudu EU. Treba primijetiti da st. 4. naizgled ostavlja prilično široku mogućnost kaznenom sudu protiv čije odluke nije dopuštena žalba da odluči ne uputiti zahtjev (ako sud „ne smatra“ da je potrebna odluka Suda EU). Tu bi diskreciju ipak trebalo tumačiti usko, u svjetlu čl. 267. UFEU i prakse Suda EU koja, kako je već rečeno, mogućnost da se ne uputi zahtjev ograničava na slučajeve *acte clair* i *acte éclairé*.

Članak 76.

(1) Spor okončan presudom obnovit će se na prijedlog stranke:

1. ako je konačnom presudom Europskog suda za ljudska prava odlučeno o povredi temeljnog ljudskog prava ili slobode na drukčiji način od presude suda...⁶

⁶ ZUS također proširuje mogućnost podnošenja izvanrednih pravnih lijekova u slučaju konkretne neusklađenosti s presudom ESLJP. Nažalost, ovaj zakon ne spominje pravo Europske unije niti postupak za prethodnu odluku Suda EU, no iz čl. 267. UFEU jasno je da bilo koji sud države članice može uputiti zahtjev za prethodnu odluku. Posebni nacionalni propisi nisu potrebni da bi se sudovi koristili tom ovlasti.

DODATAK II.

TEST PROPORCIONALNOSTI I MARGINA PROSUDBE U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Nacionalni sudac treba koristiti test proporcionalnosti u situaciji kada mjera nacionalnog prava ograničava temeljno pravo zagwarantirano Poveljom ili Konvencijom. Ukoliko nije riječ o pravima koja ne dopuštaju ograničenja (kao pravo na život i zabrana mučenja i nečovječnog i ponižavajućeg postupanja), slične nacionalne mjere su u skladu s Poveljom/Konvencijom ukoliko zadovoljavaju test proporcionalnosti.

Margina prosudbe je tehnika koju koristi ESLJP kako bi očuvao specifičnosti (sudske, političke, kulturalne, etičke i društvene) država članica, odnosno kako bi se državama članicama ostavila određena količina diskrecije u uređenju svojih odnosa na način koji najbolje odgovara njihovoj tradiciji i kulturnoj stečevini (jer se u različitim državama članicama Konvencija različito tumači upravo zbog različite pravne i kulturne tradicije). Margina prosudbe daje fleksibilnost koja je potrebna da se izbjegnu štetne konfrontacije između ESLJP i država članica i omogućuje ESLJP da balansira suverenost država članica u ispunjavanju obveza preuzetih Konvencijom. Pri tome ESLJP treba uspostaviti ravnotežu između dva suprotstavljena interesa; interesa države za što širim područjem diskrecije i interesa pojedinca za što višim nivoom zaštite temeljnih prava. Ti interesi su suprotni jer obično šire područje diskrecije znači niži nivo zaštite prava građana. Zbog toga margina prosudbe može biti analizirana s dva različita gledišta; od strane države i od strane građana, a širina diskrecije koju ESLJP daje državama ovisi o Europskom konsenzusu, prirodi prava i cilju koji je postignut osporenim mjerom, rukovodeći se time da Konvencija nije donesena radi država, nego radi građana. U praksi ESLJP margina prosudbe prvi puta je korištena u predmetu *Handyside protiv UK* iz 1976. godine.

U nastavku će se prikazati primjena testa proporcionalnosti u odnosu na pravo na dom priznato člankom 8. Konvencije, koja odredba propisuje:

1. *Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja.*
2. *Javna vlast se neće miješati u ostvarivanje tog prava, osim u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu nužno radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, ili gospodarske dobrobiti zemlje, te radi spriječavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.*

Prema citiranoj odredbi Konvencije domaća tijela trebaju poštovati dom pojedinca, ali istovremeno moraju svakom pojedincu pružiti zaštitu u situacijama kada je to potrebno. Pri tome miješanje predstavlja svaki čin državne vlasti kojim se neko pravo zagwarantirano Konvencijom ograničava ili oduzima, ali i propust države da zaštiti pravo pojedinca od miješanja trećih osoba. Miješanje je u načelu zabranjeno. Međutim, ako su ispunjene određene pretpostavke, miješanje neće predstavljati povredu Konvencije. Iznimke od zabrane miješanja propisane su u stavku 2. citirane odredbe Konvencije. Može li neka od tih iznimki opravdati miješanje prosuđuje se primjenom testa proporcionalnosti na okolnosti konkretnog slučaja.

Primjer provođenja testa proporcionalnosti u reivindikacijskoj parnici

U reivindikacijskoj parnici presudom je naloženo tuženiku, koji se poziva na pravo na dom, iseljenje iz stana (doma). Takvom presudom došlo je do miješanja države u pravo pojedinca na dom, no potrebno je utvrditi je li riječ o neopravdanom miješanju u pravo na dom. Odgovor na to pitanje (je li riječ o neopravdanom miješanju) daje nam test proporcionalnosti koji se provodi pomoću tri eliminacijska pitanja, time da negativan odgovor na bilo koje pitanje znači da je riječ o neopravdanom miješanju, odnosno da je iseljenje protivno Konvenciji.

Pitanja iz testa proporcionalnosti:

Je li miješanje utemeljeno na zakonu? Ako je odgovor negativan (miješanje nije utemeljeno na zakonu), povrijeđeno je pravo na dom (i nema potrebe postavljana ostala dva pitanja), a ako je odgovor pozitivan (npr. miješanje se temelji na članku 162. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima), potrebno je odgovoriti na iduće (drugo) pitanje koje glasi: Je li miješanje usmjereno na postizanje „legitimnog cilja“? Ukoliko je odgovor negativan, povrijeđeno je pravo na dom, a ukoliko je odgovor pozitivan (npr. miješanje je potrebno radi zaštite prava vlasništva), potrebno je odgovoriti na posljednje (treće) pitanje koje glasi: Je li miješanje bilo nužno u demokratskom društvu? Ukoliko miješanje nije bilo nužno, čak i ako se ono temelji na zakonu i ako je bilo usmjereno na postizanje legitimnog cilja (potvrdni odgovori na prethodna dva pitanja), povrijeđeno je pravo na dom. Miješanje je nužno ako se isti cilj ne može postići primjenom blaže mjere ili ako postoji neodgodiva društvena potreba ili ako je miješanje razmjerno toj potrebi. Ukoliko se i na ovo treće pitanje potvrdno odgovori, miješanje nije bilo neopravdano i nije došlo do povrede prava na dom (unatoč miješanju).

Test proporcionalnosti i margina prosudbe u predmetu Bjedov protiv Hrvatske

(42150/09, presuda od 29. svibnja 2012. godine)

Relevantne činjenice navedenog predmeta: Stana Bjedov (podnositeljica zahtjeva) je, zajedno sa svojim suprugom, živjela u stanu u Zadru od 1975. godine i na tom je stanu suprug imao stanarsko pravo (a ona je bila sunositeljica stanarskog prava). 1991. godine, dok su se ona i suprug nalazili u Mokrom polju, treće osobe provalile su u predmetni stan i uselile se, a oni su u takvim okolnostima ostali u Mokrom polju. 1994. godine umro je podnositeljičin suprug i ona je otišla živjeti kod kćeri u Švicarsku da bi se 1998. godine vratila u Zadar i živjela kod prijateljice do 2001. godine, kada su treće osobe iselile iz predmetnog stana i ona se u njega uselila.

Podnositeljica je od grada Zadra zatražila da joj se pruži mogućnost otkupa predmetnog stana, pa kako taj njezin zahtjev nije prihvaćen, podnijela je tužbu i tužbenim zahtjevom zatražila da presuda zamijeni ugovor o prodaji predmetnog stana, dok je protutužbenim zahtjevom grad Zadar zatražio iseljenje podnositeljice iz stana. Tužbeni zahtjev je pravomoćno odbijen, a prihvaćen je protutužbeni zahtjev te je u tijeku ovršni postupak radi iseljenja podnositeljice iz predmetnog stana.

U postupku pred Europskim sudom za ljudska prava (dalje: Sud) podnositeljica je tvrdila da joj je pravomoćnom odlukom hrvatskog suda povrijeđeno pravo na dom.

Sud je prvo postavio pitanje može li podnositeljica argumentirano tvrditi da je imala pravo zaštićeno člankom 8. Konvencije i može li se stan o kojemu je riječ smatrati domom podnositeljice. S obzirom na sve navedene činjenice (da je podnositeljica živjela u predmetnom stanu od 1975. do 1991. godine i poslije od 2011. godine) Sud je utvrdio da podnositeljica ima dovoljne i trajne veze sa stanom o kojem je riječ da bi ga se smatralo njezinim "domom" u svrhu članka 8. Konvencije.

Zatim je Sud proveo test proporcionalnosti.

Prvo je postavio pitanje: **Je li došlo do miješanja u pravo podnositeljice na poštovanje njezinog doma?** Utvrdio je da obveza podnositeljice da iseli iz stana predstavlja miješanje u njezino pravo na poštovanje doma, bez obzira na činjenicu što presuda kojom je naloženo iseljenje podnositeljice još nije izvršena.

Nadalje je Sud postavio pitanje: **Je li miješanje bilo propisano zakonom i je li se njime nastojalo ostvariti zakoniti cilj?** Utvrdio je da su podnositeljici nacionalni sudovi naložili da iseli iz predmetnog stana temeljem članka 99. stavka 1. Zakona o stambenim odnosima. Cilj je te odredbe bio otkazati stanarska prava pojedincima koji više ne žive u stanovima u društvenom vlasništvu koji su im bili dani na korištenje kako bi se nakon toga te stanove moglo dodijeliti drugim potrebitim osobama. Svrha mu je, dakle, bila zadovoljiti stambene potrebe građana i na taj način ostvariti legitimne ciljeve promicanja dobrobiti zemlje i zaštite prava drugih.

Na kraju je Sud postavio pitanje: **Je li miješanje bilo „nužno u demokratskom društvu“?** Miješanje će se smatrati „nužnim u demokratskom društvu“ za postizanje legitimnog cilja ako zadovoljava „neodgodivu društvenu potrebu“ i, posebice, ako je razmjerno s legitimnim ciljem koji želi postići. Dok je na nacionalnim tijelima da inicijalno ocijene nužnost, konačna procjena toga jesu li razlozi navedeni za miješanje relevantni i dostatni je na Sudu, koji će ocijeniti je li miješanje sukladno zahtjevima Konvencije. U tom pogledu, marginu prosudbe nužno mora biti prepuštena nacionalnim tijelima koja su zbog svojeg direktnog i neprekidnog kontakta s ključnim čimbenicima u svojim zemljama u načelu u boljem položaju od Suda da procjene lokalne potrebe i uvjete. Ova će se margina prosudbe razlikovati u skladu s prirodom predmetnog prava, njegove važnosti za pojedinca te prirode aktivnosti koja se ograničava, kao i prirode cilja koji se želi postići tim ograničenjem. Margina prosudbe biti će manja kada je pravo presudno za to da pojedinac učinkovito uživa temeljna prava.... S druge strane, u područjima koja se tiču primjene društvene ili gospodarske politike, postoje ovlasti za široku marginu prosudbe...

Sud je također naveo da će u područjima poput stanovanja, koja igraju ključnu ulogu u socijalnoj sigurnosti i gospodarskoj politici suvremenih društava, poštovati prosudbu nacionalnog zakonodavstva o tome što je u općem interesu, osim ako je takva prosudba očividno bez razumnog temelja.... .. U slučajevima u kojima su se opći društveni i gospodarski politički čimbenici pojavili u kontekstu samog članka 8. Konvencije, opseg margine prosudbe ovisi o kontekstu predmeta, s posebnim naglaskom na stupanj miješanja u osobnu sferu podnositelja zahtjeva...Postupovne zaštite dostupne pojedincu posebno su bitne pri utvrđivanju toga je li tužena država, kada je određivala regulatorni okvir, ostala unutar svoje margine prosudbe. Sud posebice mora razmotriti je li postupak donošenja odluka koji je doveo do mjera miješanja bio pošten i omogućuje li dužno poštovanje interesa koji su pojedincu zajamčeni člankom 8. Konvencije...

Sud napominje da su, što se tiče odluka nacionalnih sudova u ovom predmetu, njihova utvrđenja bila ograničena na zaključak da podnositeljica nije temeljem primjenjivih nacionalnih zakona imala pravo nastaviti stanovati u predmetnom stanu zbog toga što od kolovoza 1991. do srpnja 2001. godine nije bila u stanu bez valjanog razloga. Nacionalni sudovi nisu dalje ispitivali razmjernost mjere koju bi trebalo primijeniti protiv podnositeljice, a to je njezino prisilno iseljenje iz stana u državnom vlasništvu (napomena: iako je u konkretnom slučaju riječ o stanu u vlasništvu grada Zadra, Sud široko tumači pojam države, tako da se u sudskoj praksi državom smatraju i jedinice lokalne samouprave i trgovačka društva u vlasništvu države). Međutim, jamstva Konvencije zahtijevaju da miješanje u pravo podnositeljice na poštivanje njezinog doma ne bude samo utemeljeno na zakonu nego i razmjerno s legitimnim ciljem iz stavka 2. članka 8. koji se mjerom želi ostvariti, vodeći računa o okolnostima predmeta.

Nadalje, niti jednu pravnu odredbu domaćeg prava ne bi trebalo tumačiti i primjenjivati na način nespojiv s obvezama Hrvatske iz Konvencije. U vezi s tim, Sud ponavlja da bi svakoj osobi kojoj prijeti rizik od miješanja u njezino pravo na dom, načelno trebalo biti omogućeno da nezavisni sud ocijeni razmjernost i razumnost mjere s obzirom na mjerodavna načela sadržana u članku 8. Konvencije, neovisno o tome što ta osoba nema, temeljem domaćeg prava, pravo stanovati u stanu. Sud, međutim, naglašava da se takvo pitanje ne nameće automatski u svakom sporu vezanom uz prisilno iseljenje.

U ovom je predmetu podnositeljica postavila pitanje njezinog prava na poštovanje doma, čime se nacionalni sudovi nisu bavili. Naložili su iseljenje podnositeljice iz njezinoga doma bez utvrđivanja razmjernosti te mjere... Postoji još jedan važan element. U okolnostima u kojima nacionalni sudovi, u svojim odlukama kojima nalažu i potvrđuju iseljenje podnositeljice, nisu dali nikakvo objašnjenje niti iznijeli nikakve tvrdnje kojima bi dokazali da je iseljenje podnositeljice potrebno, legitimni interes države da može kontrolirati svoje vlasništvo dolazi na drugo mjesto u odnosu na pravo podnositeljice na poštivanje njezinog doma. Štoviše, kad država ne dokaže nužnost iseljenja podnositeljice radi zaštite svojih vlasničkih prava, Sud stavlja snažan naglasak na činjenicu da ne postoje niti nikakvi drugi interesi privatnih stranaka. Podnositeljica je postavila pitanje svojeg prava na dom, koje su nacionalni sudovi rješavali u građanskom postupku. Iako je istina da je iseljenje podnositeljice bilo privremeno odgođeno iz zdravstvenih razloga tijekom ovršnog postupka, to samo po sebi ne ispunjava uvjet da razumnost i razmjernost naloga za iseljenje kao takvog treba ocijeniti nezavisni sud. Ovršni postupak (koji je po svojoj prirodi izvanparnični i čija je osnovna namjena osigurati učinkovito izvršenje presude) nije za razliku od redovnog građanskog postupka ni osmišljen niti primjereno opremljen postupovnim sredstvima i mjerama zaštite za temeljito i suprotstavljeno ispitivanje ovako složenih pravnih pitanja. Stoga ovlast za provedbu testa razmjernosti ima sud koji vodi redovni građanski postupak u kojemu je odlučeno o građanskom zahtjevu koji je država podnijela tražeći podnositeljici prisilno iseljenje. Stoga je u ovome predmetu došlo do povrede članka 8. Konvencije.

TEHNIKE SUDSKE INTERAKCIJE U PRAKSI USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

I.

U predmetu posl. br. U-I-4170/2004 Ustavni sud Republike Hrvatske donio je dana 29. rujna 2010. godine odluku kojom je pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti članka 55. Zakona o socijalnoj skrbi ("Narodne novine" broj 73/97., 27/01., 59/01., 82/01., 103/03., 44/06. i 79/07; dalje: ZSS) s Ustavom i taj članak ukinuo u dijelu koji glasi: "ako je takvo oštećenje ili bolest nastala prije navršene 18. godine života".

Prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Republike Hrvatske članka 55. ZSS-a podnio je Damir Jelušić (dalje: predlagatelj), a osporeni članak glasi: „Pravo na osobnu invalidninu ima teže tjelesno ili mentalno oštećena osoba ili osoba s težim trajnim promjenama u zdravstvenom stanju ako je takvo oštećenje ili bolest nastala prije navršene 18. godine života, ako osobnu invalidninu ne ostvaruje po drugoj osnovi." Predlagatelj je smatrao da je taj članak primjer dobno-socijalne diskriminacije budući da, prema toj zakonskoj odredbi, pravo na osobnu invalidninu stječu samo teže tjelesno ili mentalno hendikepirane osobe koje su oboljele do navršene 18-te godine života, dok su sve osobe koje su u trenutku oboljenja prešle tu starosnu dob isključene od dosega djelovanja te odredbe.

Relevantni dijelovi odluke Ustavnog suda:

„5. Ustavni sud je odluku i rješenje kao u izreci donio na temelju odredaba Ustava Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 56/90., 135/97., 8/98. - pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. - pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. - pročišćeni tekst, 55/01. - ispravak, 76/10., u daljnjem tekstu: Ustav) te mjerodavnih međunarodnih akata, koji su sastavni dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske (članak 140. Ustava - članak 141. pročišćenog teksta Ustava, "Narodne novine broj 85/10.).

To su **Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe** ("Narodne novine - Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06., u daljnjem tekstu: Konvencija) te Konvencija UN o pravima osoba s invaliditetom ("Narodne novine - Međunarodni ugovori" broj 6/07., 3/08. i 5/08.). **Također su uzeta u obzir i stajališta iz relevantne prakse Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: ESLJP).**

11. Budući da ni Ustav niti prethodno navedene konvencije pobliže ne određuju što je diskriminacija, **Ustavni sud je u konkretnom slučaju imao u vidu stajališta ESLJP**, koji u svojim odlukama navodi: "Diskriminacija je različito postupanje, bez objektivnog i razumnog opravdanja, prema osobama u relativno sličnim situacijama." (predmet *Nachova i drugi protiv Bugarske*, presuda, veliko vijeće, 6. srpnja 2005., zahtjevi br. 43577/98 i 43579/98, § 145.).

14. Za ocjenu suglasnosti članka 55. ZSS-a s Ustavom **bila su relevantna i stajališta ESLJP**, osobito ona koja se odnose na tumačenje i primjenu odredbi Konvencije koje uređuju zabranu diskriminacije. Mjerodavni su citirani članak 14. Konvencije te članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, koji, kao i članak 14. stavak 1. Ustava, sadrže osnove po kojima se zabranjuje diskriminacija (tzv. diskriminatorne osnove).

14.1. ESLJP je u odnosu na značenje i sadržaj članka 14. Konvencije u svojim odlukama navodio sljedeće: "Članak 14. štiti pojedince, stavljene u slične situacije, od diskriminacije." (predmet *Van der Musselle protiv Belgije*, presuda, 23. studenoga 1983., zahtjev br. 8919/80, § 46.); "U smislu članka 14. razlika u postupanju (*difference of treatment*) bit

će diskriminatorna ako 'nema nikakvo objektivno i razumno opravdanje', što znači ako ne postiže 'legitiman cilj' ili ako ne postoji 'razuman odnos razmjernosti između uporabljenih sredstava i cilja koji se nastoji postići.'" (predmet *Abdulaziz Cabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. svibnja 1985., zahtjevi br. 9214/80, 9473/81 i 9474/81, § 72.; isto i predmet *Unal Tekeli protiv Turske*, presuda, 16. studenoga 2004., zahtjev br. 29865/96.). U **razmatranju prakse ESLJP**, vezane za zabranu diskriminacije, Ustavni sud uzeo je u obzir i odluke u kojima je ESLJP zauzeo stajalište o postojanju "područja slobodne prosudbe" koje imaju države ugovornice u području primjene članka 14. Konvencije. Prema praksi ESLJP, široko područje slobodne prosudbe postoji kad je riječ o nejednakostima u socijalnoj politici, odnosno u sustavu socijalne sigurnosti države ugovornice, u kojim slučajevima ESLJP u pravilu poštuje izbor zakonodavne politike države ugovornice, osim ako je očito bez razumne osnove (predmet *Stec i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, veliko vijeće, 12. travnja 2006., zahtjevi br. 65731/01 i 65900/01, § 52.).

18. Polazeći od ustavnog i konvencijskog standarda da se prava i slobode, zajamčene Ustavom i Konvencijom te drugim mjerodavnim međunarodnim aktima, moraju ostvarivati bez diskriminacije te da zaštita prava na jednakost, kao i zabrana diskriminacije mora biti djelotvorna, ocjena je Ustavnog suda da članak 55. ZSS-a u dijelu koji glasi: "ako je takvo oštećenje ili bolest nastala prije navršene 18. godine života," nije u suglasnosti s člankom 14. u vezi s člankom 58. Ustava.“

Ova odluka Ustavnog suda primjer je vertikalnog tipa suradnje (domaći Ustavni sud-ESLJP) i predstavlja primjer usklađene interpretacije gdje se Ustavni sud, odlučujući o ustavnosti zakonske odredbe, pozvao na Konvenciju i praksu ESLJP u tumačenju navedenog prava.

II.

U predmetu posl. br. U-I-722/2009 Ustavni sud Republike Hrvatske donio je dana 06. travnja 2011. godine odluku kojom je pokrenuo postupak za ocjenu ustavnosti određenih odredaba Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći ("Narodne novine" broj 62/08; dalje: ZBPP.) te je ukinuo članke 5. stavak 2., članak 8., članak 10. stavak 2., članak 37. i članak 53. stavak 2. ZBPP-a.

Relevantni dijelovi odluke Ustavnog suda:

„3.1. Tijekom obrade predmeta **razmotrena je i mjerodavna praksa Europskog suda za ljudska prava** (u daljnjem tekstu: ESLJP) u odnosu na Republiku Hrvatsku (<http://www.echr.coe.int/HUDOC/>; <http://www.vlada.hr/Strasbourg/>), **Saveznog ustavnog suda SR Njemačke** (u daljnjem tekstu: njemački Savezni ustavni sud) i **Vrhovnog suda SAD-a**, na koju se upućuje u odgovarajućim dijelovima obrazloženja odluke i rješenja.

5. U razmatranju navedenih odredbi ZBPP-a, Ustavni sud pošao je od stajališta zauzetog u odluci broj: U-I-659/1994 i dr. od 11. listopada 2000. ("Narodne novine" broj 107/00.) o tome da zahtjevi pravne sigurnosti i vladavine prava iz članka 3. Ustava traže da pravna norma bude dostupna adresatima i za njih predvidljiva, tj. takva da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze kako bi se prema njima mogli ponašati. To je stajalište izrazio u osloncu na **stajalište ESLJP**, prvi put formulirano u predmetu *SundayTimes (No.1) protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda, 26. travnja 1979., zahtjev br. 6538/74, § 49.), u kojem je navedeno: "19.5. ... ESLJP (je) odredio da zbog načela pravne izvjesnosti 'moraju biti zadovoljena dva zahtjeva koja proizlaze iz izraza 'propisan zakonom'. Prvo, zakon mora biti svima dostupan na odgovarajući način: građaninu mora biti omogućeno saznanje o tome što je pravno pravilo koje će se u danim okolnostima primijeniti na dotični slučaj. Drugo, norma se ne može

smatrati 'zakonom' sve dok nije formulirana dovoljno precizno da građaninu omogućiti da prema njoj uskladi svoje ponašanje: njemu se mora omogućiti - po potrebi, uz odgovarajući savjet - da predvidi, do stupnja koji je razuman u danim okolnostima, posljedice koje njegovo ponašanje može uzrokovati."

5.1. Ustavni sud smatra nespornim da adresati pravne norme ne mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i dužnosti te predvidjeti posljedice svojeg ponašanja ako pravna norma nije dovoljno određena i precizna. Zajtjev za određenošću i preciznošću pravne norme predstavlja "jedan od temeljnih elemenata načela vladavine prava" (**presuda ESLJP u predmetu Beian protiv Rumunjske**, 6. prosinca 2007., zajtjev br. 30658/05, § 39: "... constitue l'undesélémentsfondamentaux de l'Etat de droit") i ključan je za postanak i održanje legitimiteta pravnog poretka. On osigurava da demokratski legitimirani zakonodavac samostalno zakonom razrađuje temeljna prava i slobode, da izvršna i upravna vlast raspolažu jasnim zakonskim i podzakonskim regulatornim mjerilima za svoje odluke te da sudbena vlast i sudovi mogu provoditi kontrolu zakonitosti pravnog poretka (**presuda njemačkog Saveznog ustavnog suda 1 BvR 370/07 od 27. veljače 2008.**, § 209). Kad se taj zajtjev ne poštuje, neodređeni i neprecizni zakoni ustavnopravno nedopušteno delegiraju dijelove ovlasti zakonodavca na subjektivno rješavanje od upravnih i sudbenih vlasti.

5.2. Zajtjev za određenošću i preciznošću pravne norme ima pozitivni i negativni smisao. U pozitivnom smislu zajtjev za određenošću i preciznošću pravne norme znači da građani moraju moći iz njezina izričaja stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze kako bi im mogli prilagoditi svoje ponašanje. Ako to ponašanje reguliraju dvije ili više pravnih normi, njihov donositelj mora osigurati njihovu jasnoću i predvidljivost i u pogledu sadržaja svake od njih i u pogledu učinka koji one stvaraju u svojem međuodnosu (**zaključak njemačkog Saveznog ustavnog suda 1 BvF 3/92 od 3. ožujka 2004.**, § 107).

..... No, pri tome je uvijek potrebno da činjenice-uvjeti u hipotezi zakonske norme sadrže elemente predvidljivosti ponašanja pravnih subjekata sukladne njezinom ustavnopravno prihvatljivom cilju (**arg. iz zaključka njemačkog Saveznog ustavnog suda 1 BvF 3/92 od 3. ožujka 2004.**, § 113.).

6.2.**Iz prakse ESLJP** razvidno je da se ljudska prava moraju jamčiti na djelotvoran i praktičan način, što je osobito važno s obzirom na mjesto prava na pristup pravosuđu u demokratskom društvu (**presuda u predmetu Airey protiv Irske od 9. listopada 1979.**, zajtjev br. 6289/73, § 24). Za pojam pravičnog postupka, kako u građanskom tako i u kaznenom postupku, ključno je da stranke mogu učinkovito i djelotvorno raspravljati i da su u odnosu na protivnu stranu u stanju na jednak način braniti svoja prava i interese (**presuda u predmetu De Haes i Gijssels protiv Belgije od 24. veljače 1997.**, zajtjev br. 19983/92, § 53). Pravo na pristup pravosuđu u građanskim stvarima može se doduše ostvarivati različitim sredstvima od kojih je besplatna pravna pomoć samo jedna od mogućnosti (**presuda u predmetu McVicar protiv Velike Britanije od 7. svibnja 2002.**, zajtjev br. 46311/99, § 50). No, ono i tada treba biti djelotvorno zajamčeno. Prema **praksi ESLJP**, je li u postupku pred sudom koji odlučuje o pravima građanske naravi ili o osnovanosti kaznene optužbe nužno osigurati besplatnu pravnu pomoć ocjenjuje se uvijek u svjetlu okolnosti konkretnog slučaja, uzimajući u obzir pravnu složenost predmeta i postupka u kojem se pravo ostvaruje, njegovo značenje za podnositelja zajtjeva i sposobnost da se sam zastupa (**presuda u predmetu Steel i Morris protiv Velike Britanije od 15. veljače 2005.**, zajtjev br. 68416/01, § 61). Ako se postavljaju ograničenja prava na pristup sudu, ona moraju imati opravdanu svrhu i biti razmjerna toj svrsi (**presuda u predmetu Ashingdane protiv Velike B Ashingdane protiv Velike Britanije od 28. svibnja 1985.**, zajtjev br. 8225/78, § 57).

6.4.Stoga Ustavni sud ocjenjuje da članak 5. stavak 2. ZBPP-a ne udovoljava zajtjevima pravne sigurnosti objektivnog pravnog poretka i protivan je postupovnim pravilima koja proizlaze iz prava na pristup sudu odnosno prava na pravično suđenje zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava i člankom 6. stavkom 1. **Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda** ("Narodne novine - Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99. - pročišćeni

tekst, 8/99. - ispravak i 14/02.; u daljnjem tekstu: Konvencija), u vezi sa zahtjevima koji proizlaze iz vladavine prava kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava).

15.3. Pravo na besplatnu pravnu pomoć bitna je komponenta prava na pristup pravosuđu, koje je imanentno pravu na pravično suđenje iz članka 29. stavka 1. Ustava, odnosno iz članka 6. Konvencije. Članak 6. Konvencije izričito predviđa besplatnu pravnu pomoć samo za optuženike ako to nalažu interesi pravde i materijalni status optuženika, a ne govori izričito i o pravu na besplatnu pravnu pomoć u građanskim predmetima. Stoga je u tom području značajna odluka ESLJP u predmetu *Airey protiv Irske* (presuda, 9. listopada 1979., zahtjev br. 6289/73). U toj odluci ESLJP utvrđuje da postoji obveza država potpisnica Konvencije da osiguraju besplatnu pravnu pomoć kad je to nužno za učinkovitu zaštitu građanskih prava i obveza stranke kod vođenja sudskog postupka, zbog obvezatnog zastupanja ili zbog složenosti konkretnog slučaja“.

Ova odluka Ustavnog suda primjer je vertikalnog (domaći Ustavni sud - ESLJP) i horizontalnog (nacionalni sud-nacionalni sud) tipa suradnje i predstavlja primjer usklađene interpretacije jer se Ustavni sud, odlučujući o ustavnosti zakonskih odredaba, pozvao na Konvenciju i praksu ESLJP u tumačenju prava na pravični postupak (prava na pristup sudu) i poredbene argumentacije jer se Ustavni sud Republike Hrvatske prilikom donošenja odluke pozvao i na praksu Saveznog ustavnog suda SR Njemačke (u uvodnom dijelu odluke Ustavni sud naveo je da se njegova odluka temelji i na sudskoj praksi Vrhovnog suda SAD-a, iako u nastavku nije citirao niti jednu odluku navedenog suda). U odluci je citirano dosta slučajeva iz prakse ESLJP kako bi se opisali “Europski standardi“ pravne pomoći. Ustavni sud izjednačio je domaći ustavni standard sa standardom ESLJP u odnosu na zaštitu prava na pravični postupak nedvojbeno primjenjujući pristup ESLJP sa širim opsegom zaštite toga prava, dok je prilikom ukidanja nekih odredaba ZBPP naveo da one nisu samo u suprotnosti s nacionalnim Ustavom, nego i sa Konvencijom. I konačno, bez obzira što je ukinuo niz odredaba navedenog zakona, Ustavni sud služio se jezikom poštovanja prema zakonodavcu, što je preuzeto iz sudske prakse ESLJP.

III.

3. U predmetu posl.br. U-III-2858/2008 Ustavni sud Republike Hrvatske donio je dana 22. prosinca 2011. godine odluku kojom je odbio ustavnu tužbu. Ustavnu tužbu podnijelo je društvo B d.o.o. (dalje: podnositelj) protiv presude Županijskog suda u Splitu broj: Gž-3765/07 od 18. travnja 2008., kojom je kao neosnovana, odbijena žalba podnositelja (inače tuženika u parničnom postupku radi naknade štete) i potvrđena presuda Općinskog suda u Splitu broj: IP-683/06 od 26. ožujka 2007.

Prvostupanjskom presudom naloženo je podnositelju da na ime naknade štete tužitelju isplati iznos od 50.000,00 kuna zajedno s pripadajućom zakonskom zateznom kamatom. Podnositelj je smatrao da mu je osporenim presudama povrijeđeno ustavno pravo zajamčeno člankom 38. Ustava Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 56/90., 135/97., 113/00., 28/01. i 76/10.), te članak 10. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine - Međunarodni ugovori" broj 18/97., 6/99., 8/99., 14/02. i 1/06.; u daljnjem tekstu: Konvencija).

Relevantni dijelovi odluke Ustavnog suda:

„5.2. Ustavno i konvencijsko pravo na slobodu izražavanja predstavlja jedan od temeljnih stupova

demokratskog društva, pri čemu je posebno važna sloboda tiska. Sastavni dio slobode tiska jest širenje informacija i ideja o stvarima koje su od javnog interesa. Zadaća je tiska da širi takve informacije, dok je pravo javnosti da takve informacije prima. Međutim, i članak 38. Ustava i **članak 10. Konvencije** ne jamče potpuno neograničenu slobodu izražavanja čak i kada je riječ o izvještavanju o sadržajima ozbiljnog javnog interesa. Ova sloboda nosi sa sobom "dužnosti i odgovornosti" koje vrijede i za tiskane medije. Te "dužnosti i odgovornosti" poprimaju na važnosti, između ostalog, i kada se napada ugled imenovanih pojedinaca i potkopavaju prava drugih. Zaštita koja se novinarima prilikom izvještavanja o pitanjima od općeg interesa pruža na temelju ovog ustavnog i **konvencijskog prava** podložna je unjetu da se njihovo djelovanje odvija u dobroj vjeri kako bi pružili točne i pouzdane informacije u skladu s novinarskom etikom. Stoga su kod procjene o izvještavanju o sadržajima od općeg interesa državna tijela ograničena interesom demokratskog društva da omogući tiskanim medijima njihovu ključnu ulogu "čuvara javnog interesa" (predmet *Observer i Guardian protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, veliko vijeće, 26. studenoga 1991., zahtjev br. 13585/88).

6. U konkretnom slučaju zadatak je Ustavnog suda da ocijeni je li miješanje u slobodu izražavanja podnositelja bilo "nužno u demokratskom društvu". Pri tom, Ustavni sud posebno mora utvrditi jesu li razlozi koje su naveli nadležni sudovi kako bi opravdali miješanje relevantni i dovoljni, te je li poduzeta mjera bila razmjerna legitimnim ciljevima. Ustavni sud napominje kako prilikom ocjenjivanja razmjernosti miješenja valja razlikovati izjavu o činjenicama od vrijednosnih prosudbi. Dok je nemoguće utvrditi istinitost vrijednosnih prosudbi, postojanje činjenica može se dokazati, pa zahtjev da se u skladu s razumnim standardom dokazivanja dokaže da je izjava o činjenicama supstancijalno istinita, nije u suprotnosti s člankom 38. Ustava i **člankom 10. Konvencije**.Zbog takve uloge, rad sudova treba uživati povjerenje javnosti i mora se štititi od neutemeljenih napada (predmet *Prager i Oberschlick protiv Austrije*, presuda, vijeće, 26. travnja 1995., zahtjev br. 15974/90). “

U ovoj se odluci Ustavni sud poslužio usklađenom interpretacijom na način da je, pozivajući se na Konvenciju i praksu ESLJP, prihvatio utvrđenja i odluke nižih sudova (odbivši ustavnu tužbu), koristeći pri tome koncept kojeg je u svojoj praksi razvio ESLJP (o dužnostima i odgovornostima novinara).

DODATAK III.

PRAVO EU PRED HRVATSKIM SUDOVIMA – PRVI PRIMJERI SUDSKE INTERAKCIJE

U ovom Dodatku opisat ćemo nekoliko primjera uporabe tehnika sudske interakcije pred hrvatskim sudovima u primjeni prava EU. Dva primjera potječu iz razdoblja prije pristupanja Republike Hrvatske EU, a jedan nakon. U pravilu se radi o usklađenoj interpretaciji. Reference na međunarodno pravo ili pravo EU u hrvatskoj su sudskoj praksi rijetke, a u većini se primjera radi upravo o toj tehnici sudske interakcije. Hrvatski su sudovi, čini se, naročito neskloni izuzimanju propisa iz primjene.

U kontekstu prava EU, još uvijek nije došlo do značajnije uporabe zahtjeva za prethodnu odluku. Do danas je Suda EU upućen samo jedan zahtjev od strane Općinskog suda u Velikoj Gorici, u predmetu iz područja prava potrošača, konkretno pravila o plaćanju potrošnje vode (C-254/14, VG Vodoopskrba).

Usklađena interpretacija prije pristupanja EU – odluke Ustavnog suda RH o dopuštenosti korištenja praksom Suda EU i odlukama Europske komisije

Na temelju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP), ali i hrvatskih propisa koji se referiraju na propise EU, i u razdoblju prije pristupanja EU bilo je moguće neizravno primijeniti zakonodavstvo i sudsku praksu EU. Naročito je istaknutu ulogu u tom smislu imalo pravo tržišnog natjecanja. Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (AZTN) u praksi se redovno oslanjala na odluke Europske komisije i Suda EU u analognim predmetima, i to na temelju ovlasti iz Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja i SSP-a.¹

Ta je praksa bila predmetom odluka Upravnog suda. U presudi Us-4538/2003-7 od 26. listopada 2006. Upravni je sud odlučio da, iako međunarodni ugovori čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske pa bi se stoga SSP mogao primijeniti u predmetu iz prava konkurencije, isto ne vrijedi za „kriterije, standarde i instrumente tumačenja Europske zajednice na koje se poziva [AZTN]a nisu sadržani u tekstu tih sporazuma, niti su preuzeti i objavljeni u bilo kojem drugom hrvatskom zakonu ili propisu]. Time je Upravni sud odbio upustiti se u ono što u ovom projektu nazivamo sudskom interakcijom.

Ustavni je sud, u odluci U-III/1410/2007 od 13. veljače 2008. zauzeo suprotno stajalište. Iako se složio s Upravnim sudom da ti „kriteriji, standardi i instrumenti“, poput odluka Suda EU, nisu izvor prava u RH, Ustavni je sud smatrao da se oni mogu koristiti kao „pomoćno sredstvo za tumačenje.“ Praksu sudova EU, stoga:

„...valja promatrati u kontekstu obveze Republike Hrvatske da svoje zakonodavstvo, pa tako i ono koje se tiče tržišnog natjecanja, uskladi s pravnom stečevinom Europske unije. Kada primjenjuje tako usklađeno zakonodavstvo, obveza je državnih tijela Republike Hrvatske da to

¹ Vidi čl. 70. SSP-a i čl. 74. današnjeg Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/09, 80/13), koji je u bitnom dijelu bio jednak prije pristupanja.

čine na način kako je to slučaj u Europskim zajednicama, dakle po smislu i duhu propisa na temelju kojih je usklađivanje obavljeno.“

Time je Ustavni sud na relativno širokoj osnovi odobrio interpretaciju u skladu s pravom EU, a time i jedan od oblika sudske interakcije, čak i u razdoblju prije pristupanja. Iako bi se na osnovu citirane formulacije moglo tvrditi da postoji mogućnost usklađene interpretacije i u područjima u kojima, za razliku od prava konkurencije, ne postoji izričita zakonska referenca na pravo EU (dapače, u svim područjima gdje se hrvatsko zakonodavstvo usklađivalo s europskim), u praksi su se gotovo svi slučajevi uporabe prava EU odnosili upravo na tržišno natjecanje.²

Usklađena interpretacija i zabrana diskriminacije – odluka Županijskog suda u Zagrebu

Jedan od rijetkih primjera sudske interakcije u odnosu na pravo EU prije pristupanja koji se ne tiče prava tržišnog natjecanja je presuda Županijskog suda u Zagrebu u presudi 15 Pnz-6/10-27 od 6. travnja 2011. U ovom predmetu, sud je odbio kolektivnu antidiskriminacijsku tužbu skupine nevladinih organizacija protiv nogometnog dužnosnika koji je izjavio da ne bi prihvatio homoseksualne osobe u nogometnoj reprezentaciji, i to prvenstveno zbog toga što taj dužnosnik nema izravan utjecaj na selekciju nogometnih reprezentativaca.

Pri tom se, odgovarajući na argumente tužitelja, osvrnuo na presudu Suda EU u predmetu C-54/07 *Firma Feryn*³, u kojoj je Sud EU utvrdio da su izjave direktora trgovačkog društva o tome da ne bi zaposlio afričke imigrante diskriminatorne u smislu Direktive o rasnoj jednakosti.⁴ Županijski sud je smatrao da tu presudu ne treba uzeti u obzir, budući da diskriminacija temeljem spolne orijentacije nije uređena istom direktivom. Iako je to razlikovanje krajnje upitno, budući da u direktivi koja se odnosi na diskriminaciju temeljem spolne orijentacije u odgovarajućem dijelu postoje identične odredbe⁵, treba primijetiti da se Županijski sud ipak upustio u sudsku interakciju. Praksa Suda EU prihvaćena je, ako ne kao izvor prava, onda barem kao interpretativno sredstvo, bez obzira na činjenicu da Hrvatska još nije bila članica EU, a niti Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju niti relevantno hrvatsko zakonodavstvo nisu sadržavali izravne reference na pravo EU usporedive s onima u pravu konkurencije.

Poredbena argumentacija?

Kao nedavan primjer sudske interakcije u odnosu na pravo EU, možemo istaknuti rješenje Ustavnog suda RH u predmetu U-I-2403/2009 od 25. veljače 2014, kojim nije prihvaćen prijedlog za pokretanje

² U usporedbi s iskustvom država koje su pristupile EU 2004. godine, učestalost uporabe prava EU pred sudovima i drugim tijelima u razdoblju prije pristupanja može se ocijeniti skromnom. Za više detalja, vidi Mislav Mataija, 'The Unfulfilled Potential of Stabilisation and Association Agreements before SEE Courts', prihvaćeno za objavu u u Siniša Rodin (ed.), *Judicial Application of International Law in Southeast Europe* (u tisku; Springer-Verlag).

³ Case C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* [2008] ECR I-5187, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CJ0054:EN:HTML>.

⁴ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o primjeni načela ravnopravnosti osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko podrijetlo (Službeni list Europskih zajednica 19.7.2000 L 180/22).

⁵ Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi okvira za jednak tretman na području zapošljavanja i odabira zvanja (Službeni list Europskih zajednica 2.12.2000. L 303/16).

postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 253. stavaka 1. i 2. Zakona o nasljeđivanju, koji određuju vremensku primjenu odredaba tog zakona. Konkretno, čl. 253. st. 2. propisuje da se njegove postupovne odredbe primjenjuju na predmete u kojima do časa njegove primjene nije doneseno pravomoćno rješenje o nasljeđivanju, niti je nasljeđivanje na drugi način konačno uređeno.

Odbijajući argumente tužitelja, USRH je među ostalim utvrdio:

„Nadalje, Sud Europske unije je u nizu svojih presuda naglasio da se u skladu s uobičajenom sudskom praksom smatra da se postupovni propisi općenito primjenjuju na sve postupke koji se vode u trenutku kad oni počinju važiti (usp. presudu od 1. srpnja 2004. Elliniko Dimosio protiv Nikolaosa Tsapalosa i Konstantinosa Diamantakisa, C-121/91 i C-122/91).“

Time je upotrijebio tehniku između usklađene interpretacije i poredbene argumentacije. Naime, iako se poziva na praksu Suda EU u prilog svoje argumentacije, nije jasno je li ovaj predmet uopće u području primjene prava EU. Dapače, pravo EU pa ni njegova opća načela inače nisu bili relevantni za odluku USRH. Bez obzira na to, praksa Suda EU poslužila je Ustavnom sudu kao interpretativno sredstvo.

Usklađena interpretacija nakon pristupanja EU – Europski uhidbeni nalog

U javnosti dobro poznatom rješenju (Kž-eun 5/14-4, Kž-eun 14/14-4) od 6. ožujka 2014., Vrhovni sud RH ukinuo je rješenje Županijskog suda u Velikoj Gorici kojim se odbija izvršenje europskog uhidbenog naloga i uputio predmet na ponovno odlučivanje prvostupanjskom sudu.

VSRH je u ovom rješenju opsežno koristio pravo EU u korist dvaju stajališta koja je dio pravne javnosti osporavao. Ovdje se ne upuštamo u meritum, ali zanimljivo je promotriti ekstenzivnu uporabu tehnika sudske interakcije od strane VSRH.

Prije svega, bilo je sporno ima li obitelj oštećenika pravo žalbe na rješenje kojim se odbija izvršenje europskog uhidbenog naloga kojeg je protiv okrivljenika (koji se tad nalazio u RH) izdao njemački sud.

„Gramatičko, odnosno doslovno tumačenje navedenih odredaba [Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije („Narodne novine“ broj 91/10, 81/13 i 124/13 (ZPSKS-EU)] sugeriralo bi da su stranke u ovom postupku tražena osoba i država izdavanja naloga, pri čemu tražena osoba ima branitelja, a državu izdavanja zastupa državni odvjetnik, pa se sama ta država na drugi način ne može pojaviti u postupku. Drugim riječima, moglo bi se zaključiti da izvan kruga nabrojanih osoba [...] nitko drugi nije ovlašten na podnošenje žalbe.

Međutim, takvo doslovno tumačenje dovelo bi u pitanje ostvarivanje svrhe europskog prava, izraženog kroz ... Okvirnu odluku Vijeća EU o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica, ali i drugih propisa kojima se uređuje pravo Europske unije (Direktiva i Okvirnih odluka), a koji se odnose na zaštitu i prava žrtve u kaznenom postupku i drugim postupcima. Stoga, radi postizanja ciljeva i poštovanja načela izraženih u pravu EU, nacionalni su sudovi obvezani primijeniti nacionalno pravo u svjetlu slova i duha propisa EU. To znači da se nacionalno pravo u primjeni mora tumačiti koliko god je to moguće u svjetlu izričaja i svrhe referentnih okvirnih odluka i direktiva, kako bi se time postigao rezultat kojim

teže te okvirne odluke i direktive, i tako bio u skladu s odredbom člankom 34. stavkom 2. točkom b) Ugovora o Europskoj uniji (to je izrijekom navedeno i u presudi Europskog Suda Pravde u predmetu C-105/03 [Pupino] od 16. lipnja 2005.). ...

Tako se Direktivom 2012/29/EU Europskog Parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2012., kojom je zamijenjena Okvirna odluka Vijeća 2001/220/JHA, a kojom se uspostavljaju minimalni standardi prava, potpore i zaštite žrtava zločina, u članku 11. određuje da će države članice osigurati da žrtve, u sukladnosti s njihovom ulogom u određenom kaznenom sustavu, imaju pravo na preispitivanje odluke da se ne pokreće kazneni postupak. Spomenuta odredba 24 nalazi se u Poglavlju 3., pod naslovom: „Sudjelovanje u kaznenim postupcima“. Iako državama članicama EU još nije istekao rok za implementaciju u nacionalno zakonodavstvo odredaba spomenute Direktive, treba imati na umu da je ona stupila na snagu 15. studenog 2012., pa stoga postoji obveza država članica da tumače nacionalni propis u skladu s odredbama iste Direktive, primjenjujući nacionalno pravo u cjelini na način na koji se to pravo žrtve ostvaruje...“

VSRH je, dakle, na temelju presude Suda EU u predmetu *Pupino* postavio načelo da hrvatske propise treba tumačiti u skladu s pravom EU, pa i u području policijske i pravosudne suradnje gdje, valja podsjetiti, propisi doneseni prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora nemaju izravan učinak pred nacionalnim sudovima. VSRH je uz pomoć takve usklađene interpretacije proširio aktivnu legitimaciju stranaka u žalbenom postupku u odnosu na ono što doslovno proizlazi iz teksta hrvatskog propisa. Pri tome se u sadržajnom smislu pozvao na Direktivu 2012/29, koja ne samo da nema izričitih odredaba o pravu na žalbu protiv odluka o izvršenju europskog uhidbenog naloga, već ju države članice nisu niti dužne prenijeti u svoje zakonodavstvo prije studenog 2015. godine.

Nadalje, bilo je sporno je li moguće izvršiti europski uhidbeni nalog u odnosu na kazneno djelo koje bi se prema hrvatskom kaznenom zakonodavstvu moglo smatrati zastarjelim. Ovdje se VSRH također koristio usklađenom interpretacijom:

„...nije potrebna provjera dvostruke kažnjivosti u državi izvršenja europskog uhidbenog naloga kada se radi o nekom od djela iz popisa djela iz članka 10. ZPSKS-EU. U takvom slučaju sud države izvršenja prihvaća pravnu oznaku koju je određenom kaznenom djelu dalo nadležno tijelo države izdavanja, u čemu i jest značaj uklanjanja obveze provjeravanja obostrane kažnjivosti u smislu ZPSKS-EU, koji se temelji na pravnoj stečevini Europske unije i koji treba tumačiti i primjenjivati u skladu s tom stečevinom i odlukama Suda Europske unije.“



COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA E DIRITTI FONDAMENTALI: LINEE GUIDA OPERATIVE



LE PRESENTI LINEE GUIDA SONO PARTE INTEGRANTE DELL' HANDBOOK "*JUDICIAL INTERACTION TECHNIQUES - THEIR POTENTIAL AND USE IN EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHTS ADJUDICATION*", ELABORATO NELL'AMBITO DEL PROGETTO "*EUROPEAN JUDICIAL COOPERATION IN FUNDAMENTAL RIGHTS PRACTICE OF NATIONAL COURTS*" (JUDCOOP), CON IL FINANZIAMENTO DELLA COMMISSIONE EUROPEA, PROGRAMMA DIRITTI FONDAMENTALI E CITTADINANZA.

Project Coordinator: EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, CENTRE FOR JUDICIAL COOPERATION

Project Partners: *Croatian Judicial Academy, Italian Scuola Superiore della Magistratura, Polish Supreme Administrative Court, Romanian Superior Council of Magistracy, Romanian National Institute for Magistracy, Spanish Escuela Judicial del Consejo General, Association of European Administrative Judges*

Project Expert Team:

Prof. Fabrizio Cafaggi – Project Director

Ms. Madalina Moraru, LL.M

Dr. Federica Casarosa

Dr. Filippo Fontanelli

Dr. Nicole Lazzerini

Dr. Mislav Mataija

Dr. Giuseppe Martinico

Ms. Karolina Podstawa, LL.M

Prof. Aida Torres Pérez

Quanto contenuto in questa pubblicazione ricade nella responsabilità esclusiva degli autori e non può essere inteso come espressione di posizioni della Commissione europea.

Cooperazione giudiziaria europea e diritti fondamentali: Linee Guida Operative*

“[Occorre] che ogni sistema di protezione esistente si sforzi, pur nel rispetto della propria autonomia, di comprendere come gli altri sistemi interpretino e sviluppino gli stessi diritti fondamentali, al fine non soltanto di ridurre i rischi di conflitto, ma anche di impegnarsi in un informale processo di costruzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali. Lo spazio europeo così creato sarà, in gran parte, il prodotto dei singoli contributi forniti dai diversi sistemi di protezione esistenti a livello europeo”.

AG Poiares Maduro, Conclusioni nella causa C-465/07, *Elgafaji* [2008] ECR I-921, par. 22

INDICE

I.	Introduzione	65
II.	Parte I. Una mappa del percorso logico per la decisione di procedimenti nazionali che coinvolgono diritti fondamentali garantiti da fonti sovranazionali	69
A.	Il caso rientra nell’ambito di applicazione del diritto UE?.....	69
B.	Scenario I – Situazioni che rientrano nell’ambito di applicazione del diritto UE	69
	Domanda 1: La norma nazionale è compatibile con il diritto UE rilevante?	69
	Domanda 2: È possibile disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la norma di diritto UE?	71
C.	Scenario II – Situazioni non disciplinate dal diritto UE, ma che ricadono nell’ambito di applicazione della CEDU.....	71
	Domanda 1: La norma nazionale è compatibile con la rilevante norma della CEDU, anche alla luce dell’interpretazione di quest’ultima fornita dalla Corte di Strasburgo?.....	71
	Domanda 2: In caso di conflitto tra diritto interno e CEDU, è possibile disapplicare la norma nazionale?.....	72
III.	PARTE II – Alcune nozioni funzionali alla corretta attuazione delle linee guida	73
	Scenario I – Situazioni che rientrano nell’ambito di applicazione del diritto UE.....	75
	Domanda 1: La norma nazionale è compatibile con il diritto UE?.....	79
	Domanda 2: È possibile disapplicare la norma nazionale in contrasto con il diritto UE?	82
	Scenario II – Situazioni non disciplinate dal diritto UE, ma che ricadono nell’ambito di applicazione della CEDU.....	86
	Domanda 1: La misura nazionale è compatibile con la norma della CEDU (o del Protocollo alla stessa) rilevante?.....	86
	Domanda 2: È possibile disapplicare la norma nazionale in contrasto con la CEDU?	87
	Allegato	90

I. Introduzione

Nell'ambito di queste Linee guida, la nozione “tecniche di interazione giudiziaria”¹ individua un insieme di tecniche che possono essere (e in effetti sono) utilizzate dai giudici e dalle corti degli Stati membri dell'Unione europea al fine di *coordinare* le giurisprudenze sui diritti fondamentali delle varie giurisdizioni nazionali e sovranazionali (o, quantomeno, *minimizzare i conflitti* interpretativi). Tali tecniche contribuiscono quindi ad assicurare la coerenza ed il rafforzamento reciproco dei diversi *standards* di protezione dei diritti fondamentali che, nello scenario multilivello, possono applicarsi simultaneamente ad una stessa fattispecie.

L'utilità delle tecniche di interazione giudiziaria emerge in modo particolare quando l'esito di una controversia dipende dall'interpretazione e applicazione non solo del diritto nazionale, ma anche di una o più fonti sovranazionali. Questa evenienza si verifica normalmente quando davanti ad un giudice di uno Stato membro UE viene incardinata una controversia che solleva questioni relative alla tutela di diritti fondamentali. L'esistenza di una pluralità di fonti giuridiche sovranazionali che si occupano (anche) di tutela dei diritti fondamentali (essenzialmente, la CEDU ed il diritto dell'Unione europea, prendendo a riferimento gli Stati membri di quest'ultima) investe i giudici degli Stati membri dell'UE di un compito delicato e complesso. Essi sono, infatti, i giudici naturali (*juges naturels*) sia del diritto UE che della CEDU, oltre che del diritto nazionale. Ciò è dovuto soprattutto alla significativa sovrapposizione tra gli ambiti di applicazione di tali fonti (tra loro e rispetto al diritto nazionale) e all'esistenza di diverse regole relative alla loro interpretazione e al modo in cui devono esserne regolate le interazioni e/o i conflitti.

Quindi, un giudice di uno Stato membro che vuole risolvere una controversia in materia di diritti fondamentali deve: (i) identificare se ci sono delle fonti sovranazionali applicabili al caso di specie; (ii) determinare il contenuto sostanziale del diritto fondamentale (o dei diritti fondamentali) in questione, nonché il livello di protezione adeguato, tenendo in considerazione anche la giurisprudenza pertinente delle corti sovranazionali (Corte europea dei diritti dell'uomo e/o Corte di giustizia UE); (iii) assicurare l'applicazione effettiva delle norme sovranazionali rilevanti, se del caso risolvendo un eventuale conflitto tra le europee ed il diritto nazionale; (iv) eventualmente, operare un bilanciamento tra diritti fondamentali confliggenti, ovvero tra un diritto fondamentale ed un altro obiettivo di interesse generale. Evidentemente, quando la controversia ricade nell'ambito di applicazione sia della CEDU che del diritto UE la precedente analisi è “moltiplicata”, ed il giudice nazionale deve anche affrontare

* La versione inglese di queste Linee guida è stata preparata da Filippo Fontanelli, Nicole Lazzarini e Madalina Moraru con la supervisione del Professor Fabrizio Cafaggi, e discussa con gli altri membri del team. Traduzione dall'inglese e adattamento al contesto giuridico nazionale a cura di Nicole Lazzarini. Sul *Centre for Judicial Cooperation*, si veda <http://www.eu.judicialcooperation.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Home.aspx>. Si ringraziano i magistrati Raffaele Sabato, Nicoletta Aloj e Alessandro Andronio per gli utili commenti durante la preparazione di queste Linee Guida. Eventuali errori o imprecisioni rimangono nostri.

¹ Ai fini di queste Linee Guida, all'espressione “dialogo giudiziario” si è preferito quella più neutra di “interazione giudiziaria”. Quest'ultima nozione si riferisce ad *ogni episodio* di contatto (sia intenzionale che non) tra corti, mentre la nozione “dialogo giudiziario” si riferisce, in modo particolare, ai contatti *intenzionali* tra corti, che usualmente avvengono attraverso canali “formali” di interazione (come, ad esempio, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia).

complesse questioni relative ai rapporti tra i due sistemi giuridici (e tra le giurisprudenze delle rispettive corti).

Attraverso l'uso delle tecniche di interazione giudiziaria, quindi, i giudici nazionali possono contribuire non solo all'effettiva tutela dei diritti fondamentali coinvolti, ma anche ad una maggiore coerenza a livello europeo dello *standard* di protezione di tali diritti, quando più fonti – che in astratto possono ispirarsi a *standards* diversi – sono applicabili. Inoltre, un uso efficace delle tecniche di interazione giudiziaria può favorire anche la riduzione dei tempi di decisione, con evidenti vantaggi sia per coloro che richiedono tutela che per la effettiva amministrazione della giustizia (anche in termini di costi). Invece, quando un caso non coinvolge l'applicazione di fonti sovranazionali, esso dovrà essere risolto – in linea di principio – solo in base al diritto nazionale. Tuttavia, forme di interazione giudiziaria potranno allora avvenire a livello nazionale, tra corti dello stesso Stato membro. Inoltre, laddove un caso che solleva questioni simili nel merito in tema di protezione dei diritti umani sia già stato risolto da una corte di un diverso Stato membro, potrebbe essere utile fare ricorso alla tecnica della comparazione.

Esistono varie tecniche che i giudici e le corti nazionali possono utilizzare per gestire i rapporti tra le diverse fonti – nazionali e sovranazionali – che regolano la tutela dei diritti fondamentali. Il numero di tecniche concretamente a disposizione di un giudice in un caso specifico, come anche l'ordine logico-cronologico del loro impiego (quando più di una tecnica è potenzialmente esperibile), sono variabili e dipendono da alcuni fattori. Tra questi, assumono rilievo primario il *numero di fonti sovranazionali applicabili* al caso di specie, e l'*esistenza (o meno) di un effettivo conflitto normativo* (ossia, un conflitto che non può essere risolto solo in via interpretativa) tra la norma nazionale in questione e una o più norme sovranazionali. In linea con la struttura generale del *Final Handbook* e del Progetto nel cui ambito esso è stato elaborato,² queste Linee guida considerano in particolare due fonti sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali: la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** (in seguito, la Carta o CDF),³ e la **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali** (di seguito, la Convenzione o CEDU).⁴

In merito al primo aspetto (*numero di fonti sovranazionali applicabili*), le presenti Linee guida individuano il percorso logico che un giudice nazionale dovrebbe normalmente seguire quando almeno una fonte sovranazionale tra la Convenzione e la Carta è applicabile. Più precisamente, le Linee guida presentano due scenari.

Lo **Scenario I** si riferisce ai casi che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto UE,⁵ ai quali pertanto si applica la Carta dei diritti fondamentali UE. Inoltre, è ben possibile che tali casi rientrino anche nell'ambito di applicazione della CEDU. Questa è una conseguenza dei diversi criteri ai quali si ispira la delimitazione del campo di applicazione dei due strumenti. Mentre la Carta si applica agli Stati

² Si veda, *infra*, in questa Introduzione.

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=IT>.

⁴ http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer.

⁵ Si veda il *Focus 1* "In quali casi il giudice nazionale deve verificare la compatibilità delle norme nazionali ai diritti fondamentali UE?" nella Parte I di queste Linee guida.

membri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione europea” (cfr. art. 51, par. 1, CDF ed il *Focus 1, infra*), l’art. 1 della CEDU recita che le Alte Parti Contraenti “riconoscono ad ogni persona i diritti e le libertà enunciati nel Titolo I della presente Convenzione”.⁶ Lo **Scenario II**, invece, si riferisce a quei casi che si collocano al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto UE in cui pertanto si applica la CEDU, ma non anche la Carta.⁷

La scelta di concentrarsi sui casi nei quali la Carta e/o la Convenzione europea si applica(no) in concerto con le fonti nazionali implica che le seguenti tecniche di interazione giudiziaria saranno astrattamente disponibili: l’**interpretazione conforme** (del diritto nazionale rispetto alle norme sovranazionali rilevanti), il **rinvio pregiudiziale**, il **test di proporzionalità**, il **marginale di apprezzamento**, l’**argomento comparativo**, il **mutuo riconoscimento**, la **disapplicazione**, e la **deferenza**.⁸

Come già anticipato, l’ordine logico-cronologico di queste tecniche è condizionato soprattutto dalla *esistenza (o meno) di un vero e proprio conflitto* tra la norma nazionale in questione e una o più norme sovranazionali. Ad esempio, se il giudice nazionale considera la norma di diritto UE applicabile al caso di specie sufficientemente chiara, non si porrà il problema della opportunità/necessità di sollevare un rinvio pregiudiziale. Il giudice procederà piuttosto a valutare la compatibilità della norma nazionale con il diritto UE. Se la norma nazionale è aperta a diverse interpretazioni, di cui una almeno ne assicura la compatibilità con la norma di diritto UE, il giudice dovrà optare per quella interpretazione (obbligo di interpretazione conforme). Se un’interpretazione che assicura la compatibilità non è invece disponibile il giudice nazionale può (o deve, se le sue decisioni non sono soggette ad impugnazione)⁹ sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. In tal caso, il rinvio avrebbe ad oggetto l’interpretazione della norma di diritto UE, da cui dipende un’eventuale incompatibilità con il diritto interno e, nel caso, l’idoneità della norma UE a produrre effetti diretti. Se la Corte di giustizia conferma l’incompatibilità e la norma UE ha effetto diretto il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna. Diversamente, se il giudice nazionale nutre dubbi sul significato della norma di diritto UE e quindi sull’effettiva compatibilità tra essa e il diritto interno, la sua prima opzione è – in linea di massima – quella di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, volto a chiarire il significato della norma di diritto UE in questione.¹⁰

Tali esempi mostrano che, sebbene l’ordine logico-cronologico di tali tecniche è diverso a seconda della situazione di partenza, il rinvio pregiudiziale si combina di regola al ricorso all’interpretazione conforme o alla disapplicazione. Allo stesso tempo, emerge anche che la funzione primariamente assolta dal rinvio pregiudiziale è diversa dal punto di vista della Corte di giustizia (che vede nel rinvio il principale

⁶ Vi sono, inoltre, ulteriori limitazioni “strutturali” che sono proprie di alcuni diritti fondamentali (o, almeno, del modo in cui essi sono concepiti da alcune fonti di tutela): ad esempio, il principio di non discriminazione di cui all’art. 14 ECHR non è garantito come diritto autonomo, proibendo, invece, discriminazioni rispetto al godimento di altri diritti garantiti dalla CEDU.

⁷ Più precisamente, la Carta non si applica “per forza propria”. Tuttavia, gli Stati membri potrebbero decidere di estendere, in virtù del diritto nazionale, l’applicazione della Carta a situazioni che, in linea di principio, “sfuggono” dal suo campo di applicazione quale definito dall’art. 51, par. 1, della stessa, ad esempio per evitare discriminazioni “a rovescio”.

⁸ Su queste tecniche, si veda più ampiamente l’Allegato I di queste Linee guida.

⁹ Art. 267(3) TFUE.

¹⁰ Su queste diverse situazioni, si veda la Parte I delle Linee guida.

strumento per assicurare l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione del diritto UE) e dal punto di vista delle corti nazionali (che invece mirano innanzitutto ad ottenere un chiarimento, onde evitare, ad esempio, che la sentenza sia riformata in appello o in cassazione, oppure un procedimento di costituzionalità).

Queste Linee Guida si compongono di due parti. La prima parte offre, attraverso una rappresentazione semi-grafica, una mappa del processo logico-giuridico che un giudice nazionale dovrebbe seguire per decidere un caso che coinvolge diritti fondamentali garantiti da fonti sovranazionali, a seconda di quale dei due scenari normativi descritti sopra si applichi. Vengono quindi individuati dei ***percorsi logico-giuridici alternativi*** a seconda che la norma nazionale sia chiaramente compatibile o incompatibile con il diritto sovranazionale, ovvero che vi siano dubbi circa la compatibilità tra le fonti applicabili. Un'ulteriore differenziazione è fatta in ragione della diversa causa/natura dei dubbi che il giudice nazionale può nutrire circa la compatibilità della norma nazionale con gli *standards* sovranazionali. La seconda parte discute più nel dettaglio i due scenari, ed è arricchita da osservazioni pragmatiche e riferimenti giurisprudenziali che possono aiutare il giudice nel compimento del percorso logico descritto.

La versione in inglese di queste Linee guida costituisce parte integrante del *Final Handbook "Judicial Interaction Techniques - their Potential and Use in European Fundamental Rights Adjudication"* preparato nell'ambito del Progetto "*European Judicial Cooperation in the Fundamental Rights Practice of National Courts*".¹¹ Questa versione, fedele alla prima, si rivolge specificamente ai giudici italiani, ai quali intende offrire un documento di facile e pronto utilizzo per la soluzione di problemi con cui essi si trovano a doversi confrontare in modo sempre più frequente.¹² A tal fine, queste Linee guida tengono conto di alcune peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano che incidono sulle modalità di utilizzo delle tecniche di interazione giudiziaria. Ciò è il caso, in particolare, dell'assetto dei rapporti tra norme nazionali e norme CEDU quale delineato dalla Corte costituzionale italiana. Per lo stesso motivo, l'Allegato che chiude le Linee guida contiene una breve descrizione di ciascuna delle tecniche di interazione giudiziaria prese in considerazione, accompagnata da esempi pratici tratti, in particolare, dalla giurisprudenza delle corti italiane ed europee relativa ai tre diritti fondamentali presi in considerazione nel Progetto JUDCOOP: principio di non-discriminazione, diritti del giusto processo, libertà di espressione.

¹¹ Per maggiori informazioni su questo progetto, si veda la pagina ad esso dedicata nel sito del *Centre for Judicial Cooperation*: <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/Index.aspx>.

¹² Simili versioni verranno preparate per gli altri ordinamenti di provenienza dei partner del progetto: Croazia, Polonia, Romania, Spagna.

II. Parte I. Una mappa del percorso logico per la decisione di procedimenti nazionali che coinvolgono diritti fondamentali garantiti da fonti sovranazionali

Il ventaglio delle tecniche a disposizione del giudice nazionale è diverso a seconda che il caso di cui si discute ricada o meno nell'ambito di applicazione del diritto UE, e questo è pertanto il primo aspetto da chiarire.

A. Il caso rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE?

A questa domanda deve darsi risposta affermativa se esiste una norma di diritto dell'Unione (primario o secondario) che si applica alla fattispecie e non è solamente una norma della Carta o un principio generale di diritto UE. Il *Focus 1* della Parte II fornisce precisazioni sulla nozione di "ambito di applicazione del diritto UE", nonché una casistica di situazioni che vi ricadono, tratta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

NO → Il caso potrebbe comunque rientrare nell'ambito di applicazione della CEDU. Se così è, si veda sotto, **punto C**. Altrimenti, il caso deve essere risolto solo sulla base delle norme nazionali.

SÌ → In tal caso, la Carta è applicabile al caso di specie. Inoltre, anche la CEDU potrebbe trovare applicazione. Si veda sotto, al **punto B**.

B. Scenario I – Situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto UE

La prima domanda rilevante rispetto a questo gruppo di casi è: **la norma nazionale è compatibile con il diritto UE applicabile?** Per rispondere, il giudice nazionale deve tenere in considerazione che: i) esistono delle tecniche di interpretazione specifiche per le norme di diritto UE (e ulteriori tecniche specifiche per le norme della Carta, previste nel Titolo VII della stessa); ii) a seconda del rapporto che intercorre tra la norma nazionale e la norma di diritto UE che "attrae" la prima nell'ambito di applicazione del diritto UE varia lo spazio a norma degli Stati membri per stabilire un livello di protezione diverso dallo *standard* prescritto dalla Carta. Maggiori indicazioni su questi tre aspetti sono forniti nel *Focus 2* della Parte II.

Domanda 1: La norma nazionale è compatibile con il diritto UE rilevante?

SÌ → il giudice può applicare la norma nazionale.

NO → esiste un vero e proprio conflitto (ovvero, non risolvibile per via interpretativa). Occorrerà, dunque, affrontare la Domanda 2.

SITUAZIONE NON CHIARA → perché:

i – Il significato della norma di diritto UE dà adito a dubbi

Il giudice nazionale può (ma deve, se si tratta di un giudice le cui decisioni non sono soggette ad impugnazione – Art. 267(3) TFUE) proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo di

Rinvio pregiudiziale

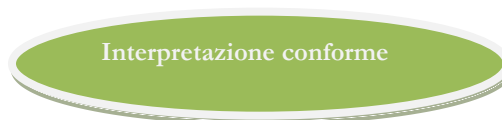
interpretare la norma di diritto UE il cui significato non è chiaro.¹³

Una volta chiarito dalla Corte di giustizia il significato della norma di diritto UE, spetta al giudice nazionale verificare se la norma nazionale è compatibile con la prima, o se comunque esista la possibilità di interpretare la norma nazionale in conformità con la norme di diritto UE.



ii – La norma nazionale è aperta a diverse interpretazioni

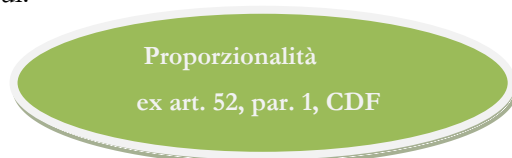
Se esiste una interpretazione della norma nazionale che è idonea ad assicurare la compatibilità tra quest'ultima e la norma di diritto UE, come eventualmente interpretata dalla Corte di giustizia, allora il giudice nazionale dovrà adottare quella interpretazione.



Quando ciò non è possibile si è in presenza di un vero e proprio conflitto ed occorre affrontare la Domanda 2, *infra*.

iii- La norma nazionale limita un diritto fondamentale garantito dalla Carta

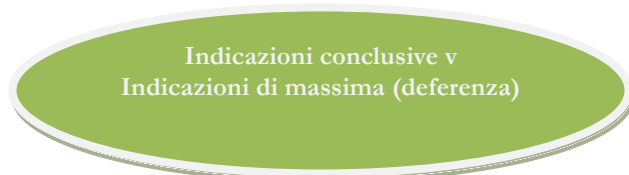
Una tale norma è compatibile con il diritto UE se soddisfa il test di proporzionalità di cui all' art. 52, par. 1, della Carta, secondo cui “[e]ventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà; nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione, o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.”



Se nutre dubbi sulla proporzionalità del limite, il giudice può chiedere alla Corte di giustizia di chiarire se la norma rilevante della Carta ammette una limitazione quale quella introdotta dalla norma nazionale.



In tal caso, la Corte di giustizia potrebbe fornire al giudice nazionale delle indicazioni precise sulla proporzionalità della misura, ovvero limitarsi a dare delle indicazioni di carattere più generale.



¹³ Il rinvio pregiudiziale non è necessario se la Corte di giustizia ha già chiarito, in una precedente pronuncia, il significato della norma UE in questione. Per maggiori dettagli sulle ipotesi in cui il giudice di ultima istanza è liberato dall'obbligo di proporre un rinvio pregiudiziale per chiarire il significato di una norma di diritto UE, si veda la sent. della Corte di giustizia nella causa 283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo c Ministero della Salute* [1982] *Raccolta* 3415.

Domanda 2: È possibile disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la norma di diritto UE?

Questa domanda deve essere affrontata dal giudice nazionale quando ravvisa un vero e proprio conflitto tra norma interna e norma sovranazionale. In questo caso, quindi, l'uso delle tecniche di interazione giudiziaria è finalizzato alla risoluzione del conflitto tra norme, non di una potenziale divergenza interpretativa. La risposta positiva alla Domanda 2 presuppone che la norma di diritto UE in questione sia idonea a produrre effetti diretti. Sui requisiti che devono essere a tal fine soddisfatti, si veda il *Focus 3* della Parte II.

SI → il giudice deve applicare la norma di diritto UE e disapplicare la norma contrastante di diritto nazionale.

Disapplicazione

NO → il giudice può sollevare una questione di legittimità costituzionale (nel caso del giudice italiano, per contrasto con gli artt. 11 e 117, par. 1, Cost., integrati dalla rilevante norma di diritto UE: cfr. Corte Cost., sent. 227/2010) per ottenere l'annullamento della norma interna dall'ordinamento.

Questione di legittimità costituzionale

Se ne sussistono le condizioni, le persone fisiche e/o giuridiche danneggiate dalla mancata conformità dell'ordinamento interno al diritto UE potranno esperire un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato membro inadempiente.

Tuttavia, se il caso ricade nell'ambito di applicazione della CEDU, sarà necessario tenere in considerazione anche gli effetti che la Convenzione può produrre in base al diritto nazionale (cfr. la Domanda 2 del punto C, *infra*).

C. Scenario II – Situazioni non disciplinate dal diritto UE, ma che ricadono nell'ambito di applicazione della CEDU

Domanda 1: La norma nazionale è compatibile con la rilevante norma della CEDU, anche alla luce dell'interpretazione di quest'ultima fornita dalla Corte di Strasburgo?

SI → il giudice nazionale può applicare la norma nazionale.

NO → esiste un vero e proprio conflitto ed occorre affrontare la Domanda 2, *infra*.

SITUAZIONE NON CHIARA → perché:

i- La norma nazionale limita un diritto fondamentale garantito dalla CEDU

Purché il diritto fondamentale sia tra quelli che ammettono limitazioni, la norma nazionale è conforme alla CEDU se la limitazione che introduce persegue un obiettivo legittimo di interesse generale (rientranti tra quelli previsti specificamente dalla CEDU per ciascun diritto che ammette limitazioni), essere necessaria nell'ambito di una società democratica, essere proporzionata (in senso stretto).

Proporzionalità

Per condurre in modo appropriato il test di proporzionalità, è opportuno tenere in considerazione la giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell'uomo, che a seconda dei casi può lasciare al giudice nazionale uno spazio di discrezionalità (margine di apprezzamento) più o meno ampio.



Margine di apprezzamento

ii- *La norma nazionale è aperta a diversi significati*

Se possibile, il giudice nazionale deve optare per l'interpretazione della norma nazionale che assicura la conformità della stessa con la norma CEDU rilevante, anche avendo riguardo alla pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.



Interpretazione conforme

Domanda 2: In caso di conflitto tra diritto interno e CEDU, è possibile disapplicare la norma nazionale?

Il giudice nazionale deve verificare se in un tale caso la disapplicazione è ammessa dal proprio ordinamento.

SI → il giudice nazionale può disapplicare la norma nazionale in contrasto con la CEDU, e applicare le norme della Convenzione.



Disapplicazione

NO → a seconda del diritto nazionale, potrebbe essere possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto o direttamente la violazione della CEDU oppure la violazione di specifiche norme della Costituzione, con le rilevanti norme CEDU fungenti da parametro interposto.

Nell'ordinamento italiano, la disapplicazione non è ammessa. Occorre invece sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma interna rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., come integrato dalla pertinente norma della CEDU (cfr., in particolare, le sentenze n. 348 e 349 del 2007, e la sent. n. 80 del 2011, su cui si veda più ampiamente la Parte II, punto B).



Questione di legittimità
costituzionale

III. PARTE II – Alcune nozioni funzionali alla corretta attuazione delle linee guida

Come visto all'inizio della Parte I, il primo aspetto che è necessario chiarire – poiché incide sul ventaglio delle tecniche che potranno (o dovranno) essere utilizzate dal giudice nazionale – è se la controversia che il giudice nazionale è chiamato a dirimere riguarda una situazione che rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE.

Focus 1 - In quali casi il giudice nazionale deve verificare la compatibilità delle norme nazionali ai diritti fondamentali UE?

L'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali UE, rubricato “Campo di applicazione”, stabilisce che le norme della Carta si applicano agli Stati membri “esclusivamente nell'attuazione nel diritto dell'Unione”. Nella sentenza del 26 febbraio 2013 nella causa C-617/10 *Akerberg Fransson*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, la Grande sezione della Corte di giustizia ha interpretato l'art. 51, par. 1, della Carta nel senso che “*i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. *L'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta.*” (par. 21, corsivo aggiunto).

In due sentenze più recenti (rispettivamente, sent. 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa* [2014], e sent. 27 marzo 2014, causa C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos*, entrambe non ancora pubblicate nella *Raccolta*), la Corte di giustizia ha fornito due ulteriori precisazioni. Da un lato, “la nozione di «attuazione del diritto dell'Unione», di cui all'articolo 51 della Carta, richiede *l'esistenza di un collegamento di una certa consistenza*, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra” (*Siragusa*, par. 24, corsivo aggiunto). Dall'altro, “[o]ve una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e *le norme della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza*” (*Torralbo*, par. 30, corsivo aggiunto).

Da ciò si ricava che la Carta si applica quando una norma di diritto dell'Unione diversa dalla norma della Carta di cui si lamenta la violazione (ma, più in generale, diversa da una norma della Carta o da un principio generale di diritto UE) è applicabile al caso pendente davanti al giudice nazionale. Secondo quanto affermato, in sede extra-giudiziale, dal giudice della Corte di giustizia Allan Rosas, “The Charter is only applicable if the case concerns not only a Charter provision but also another norm of Union law. There must be a provision or a principle of Union primary or secondary law that is directly relevant to the case. This, in fact, is the first conclusion to draw: the problem does not primarily concern the applicability of the Charter in its own right but rather the relevance of other Union law norms” (A. Rosas, “When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at national level?”, *Jurisprudencia/Jurisprudence*, 2012, p. 1269 ss.).

Di seguito, si riporta una lista esemplificativa (basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia) di situazioni nelle quali la Carta trova applicazione, poiché esse coinvolgono una norma di diritto UE (*triggering rule*) diversa dal diritto fondamentale di cui viene lamentata la violazione

- casi relativi a misure nazionali adottate per dare esecuzione ad un regolamento UE (cfr. causa C-5/88 *Wachauf* [1989] *Raccolta* 2609; causa C-292/97 *Kjell Karlsson* [2000] *Raccolta* I-2737);
- casi relativi a misure nazionali adottate per trasporre o dare attuazione a direttive, indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri (cfr. Cause riunite C-20/00 e 64/00, *Booker Aquacultur and Hydro Seafood* [2003] *Raccolta* I-7411; causa C-176/12 *Association de médiation sociale* [2014], e causa C-385/11, *Elbal Moreno*, [2012], entrambe non ancora pubblicate nella *Raccolta*);
- casi relativi a misure nazionali che sostanzialmente attuano una direttiva UE, sebbene non siano specificamente adottate dal legislatore nazionale a tal fine (questo scenario può riguardare atti anteriori alla direttiva stessa; gli Stati membri non sono infatti tenuti ad adottare le misure di attuazione se il loro ordinamento è già in linea con gli obblighi derivanti dalla direttiva; si veda, a questo proposito, il caso *Akerberg Fransson*, cit., in cui la Corte di giustizia ha considerato che una norma nazionale svedese adottata prima dell'adesione all'Unione europea rientra comunque nell'ambito di applicazione della Carta, perché contribuisce a dare attuazione all'obbligo di assicurare l'effettiva riscossione dell'IVA imposto da una direttiva UE);
- casi che riguardano misure nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione *ratione materiae* e *personae* di una direttiva UE, una volta trascorso il termine per l'adozione delle misure nazionali di attuazione (cfr. causa C-555/07 *Kücükdeveci* [2010]; in almeno un caso – controverso – la Corte di giustizia ha confermato l'applicazione del diritto UE e dei diritti fondamentali anche prima del termine per la transposizione della direttiva, vedi causa C-144/07 *Mangold* [2005] *Raccolta* I-9981);
- casi che riguardano misure nazionali che derogano a norme di diritto primario o derivato UE, sulla base di motivi di deroga da questo previsti espressamente o almeno accettati (cfr. Art. 36 TFUE, Art. 45(3) TFUE, Art. 4 della Decisione quadro sul Mandato di arresto europeo; limiti alla libera circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari previsti dalla Direttiva 2004/38/CE; cfr. causa C-260/89 *Elliniki Tiléorassi AE (ERT)* [1991] *Raccolta* I-2925; causa C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010], *Raccolta* I-13693; causa C-390/12 *Pfleger* [2014], non ancora pubblicata in *Raccolta*); quando la misura derogatoria nazionale è intesa a proteggere un diritto fondamentale, il giudice nazionale dovrà effettuare un bilanciamento tra la libertà fondamentale che si intende limitare ed il diritto fondamentale che attraverso la deroga si vuole proteggere (cfr. causa C-112/00 *Schmidberger* [2003] *Raccolta* I-5659; causa C-36/02 *Omega Spielballen* [2004] *Raccolta* I-9609);

- casi che riguardano norme nazionali procedurali che regolano l'invocabilità in giudizio di diritti sostanziali (diversi da quelli della Carta) attribuiti a persone fisiche e/o giuridiche dal diritto UE, (ad esempio, il diritto ad ottenere il risarcimento da parte dello Stato membro per i danni subiti a causa della incorretta o tardiva attuazione di una direttiva UE: cfr. causa C-279/09 *DEB* [2010] *Raccolta* I-13849).

Si fa anche notare che, in base ad una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, quest'ultima è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale anche in un novero limitato di situazioni che ricadono al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE, quando la normativa nazionale in questione contiene un rinvio ad alcune norme del diritto UE, che sia idoneo a rendere queste norme direttamente ed inequivocabilmente applicabili ad una situazione che – altrimenti – dovrebbe qualificarsi come puramente interna: cfr., *inter alia*, cause riunite C-297/88 & C-197/89 *Dzodzi v. The Belgian State* [1990] *Raccolta* I-3783, causa C-482/10 *Cicala* [2011], e causa C-313/12 *Romeo* [2013], non ancora pubblicate in *Raccolta*.

Scenario I – Situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto UE

Il caso pendente davanti al giudice nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e coinvolge in diritto fondamentale garantito dalla Carta. In un sottoinsieme di questi casi, anche la CEDU protegge il medesimo diritto fondamentale e quindi si applica.

Per stabilire se una misura nazionale è compatibile con la CDF, il giudice nazionale deve tenere in considerazione due elementi.

In primo luogo, dovrà stabilire il significato/interpretazione della diritto fondamentale garantito dalla Carta che viene in rilievo.¹⁴ Nel fare ciò, si dovrà procedere non secondo i canoni interpretative del diritto nazionale, ma in base alle regole di interpretazione proprie del diritto UE in generale (come, ad esempio, il criterio dell'effetto utile) e della Carta in particolare (cfr. art. 52 CDF). Quest'ultima norma stabilisce delle regole diverse a seconda che il diritto fondamentale previsto dalla Carta: (1) “ricalchi” una norma del Trattato (cfr. art. 52, par. 2, CDF; questo è il caso di vari diritti contenuti nel titolo V della Carta sulla “Cittadinanza”); (2) corrisponda ad un diritto garantito dalla CEDU (art. 52, par. 3, CDF); ovvero (3) corrisponda ad una tradizione costituzionale comune agli Stati membri (art. 52, par. 4, CDF). Inoltre, l'art. 52, par. 7, CDF precisa che l'interpretazione delle norme della Carta deve tener

¹⁴ I dubbi del giudice nazionale potrebbero vertere direttamente sull'interpretazione di una disposizione della Carta, ma anche sul significato di un'altra disposizione di diritto UE alla luce della Carta (che costituisce un ausilio interpretativo per tutte le fonti del diritto UE). In entrambi i casi, l'interpretazione richiesta alla Corte di giustizia è funzionale a stabilire la compatibilità della norma nazionale con il diritto UE. Ad esempio, nella causa C-279/09 *DEB* [2010] *Raccolta* I-13849, la Corte di giustizia era chiamata a chiarire il contenuto della protezione offerta dall'art. 47 CDF (con riferimento alla questione dell'ammissione al gratuito patrocinio di persone giuridiche), poiché il giudice nazionale dubitava della compatibilità con detta norma della Carta di una disposizione nazionale che (secondo l'interpretazione offertane dalle Corti nazionali) richiedeva il pagamento anticipato di una somma per iniziare un'azione di responsabilità sul modello *Franovich*, escludendo al contempo le persone giuridiche dalla possibilità di ottenere il gratuito patrocinio. Al contrario, nella causa C-149/10 *Chatzi* [2010] *Raccolta* I-8489, il giudice nazionale chiedeva alla Corte di giustizia di chiarire l'interpretazione dell'art. 2(2) dell'accordo quadro sul congedo parentale (contenuto in un allegato della Direttiva 96/34/CE), alla luce dell'art. 24 CDF sui diritti dei bambini. Il giudice *a quo* dubitava, infatti, della compatibilità della legislazione nazionale di attuazione con detto Accordo quadro, nella misura in cui garantiva alla madre di gemelli un solo periodo di congedo parentale.

conto delle Spiegazioni relative alla Carta stessa, che sono contenute in un documento separato (nello stesso senso dispone l'art. 6, par. 1, terzo paragrafo, TUE).¹⁵

Se il significato di una norma di diritto UE (con ciò intendendosi anche una norma della Carta) risulta ambiguo, il giudice nazionale potrà chiedere alla Corte di giustizia di chiarirlo sollevando un rinvio pregiudiziale. Tuttavia, se si tratta di giudice nazionale le cui decisioni non sono soggette ad impugnazione, allora sussiste un vero e proprio obbligo di proporre il rinvio pregiudiziale, a meno che la Corte di giustizia non abbia già risolto la questione in una precedente sentenza (cfr. art. 267, par. 3 TFUE).

In secondo luogo, i requisiti per la compatibilità del diritto nazionale con la Carta variano a seconda della natura ed intensità del “collegamento” che esiste tra diritti nazionale e diritto UE nella situazione specifica. Detto in altri termini, non in ogni caso il giudizio di compatibilità postula che lo *standard* di tutela offerto dal diritto nazionale sia esattamente coincidente a quello che deriva dalla Carta. Questo è un corollario dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'art. 53 CDF, rubricato “Livello di protezione”.

Entrambi questi aspetti che il giudice nazionale deve tenere in considerazione per stabilire se la norma nazionale che cade nell'ambito di applicazione del diritto UE è anche compatibile con la Carta sono approfonditi nel *box* seguente, rispettivamente ai punti a) e b).

Focus 2 - Interpretazione della Carta (a) e interrelazione tra giudizio di compatibilità e questione dello standard di protezione (b)

(a) Come anticipato, la Carta va interpretata in base alle regole di interpretazione sue proprie (art. 52 CDF), tenendo conto delle indicazioni contenute nelle Spiegazioni e della giurisprudenza della Corte di giustizia. Sebbene tale giurisprudenza sia in rapida e costante espansione, richiedendo quindi un certo investimento di tempo ed energie per mantenere un aggiornamento adeguato, essa offre un utile ed imprescindibile punto di riferimento per il giudice nazionale. Lo studio della giurisprudenza della Corte di giustizia può permettere di risolvere dubbi senza dover ricorrere al rinvio pregiudiziale (con notevole risparmio sui tempi della decisione) e di evitare il rischio di una applicazione non corretta del diritto UE.

Tra le norme sull'interpretazione della Carta di cui all'art. 52 della stessa merita speciale attenzione la regola di cui all'art. 52, par. 3, che si occupa dell'interpretazione dei diritti fondamentali della Carta che corrispondono a diritti fondamentali già garantiti dalla CEDU. In tal caso, “il significato e la portata [del diritto fondamentale in base alla Carta] sono uguali a quelli [del diritto CEDU corrispondente]”. Ne deriva che il giudice nazionale che applica una norma della Carta deve in primo luogo chiedersi se essa corrisponda ad un diritto CEDU. Se questo è il caso, allora dovrà ricostruire il significato e la portata del diritto fondamentale previsto dalla Carta tenendo conto della sua formulazione nella CEDU, e soprattutto della pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, lo stesso art. 52, par. 3, CDF aggiunge anche che la regola di interpretazione parallela “non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Dunque, il giudice nazionale dovrà

¹⁵ Le Spiegazioni della Carta sono reperibili al seguente indirizzo: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&qid=1401007038165&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007X1214(01)&qid=1401007038165&from=IT).

sempre far riferimento anche alla formulazione del diritto nella Carta e alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, e a questi dovrà dare preferenza ove accordino una tutela più estesa (dal punto di vista della ricostruzione del significato e/o della portata del diritto) di quanto non facciano la CEDU e la Corte di Strasburgo.

Per assistere il giudice nazionale nell'applicazione della regola di cui all'art. 52, par. 3, CDF, la spiegazione di questa norma fornisce due elenchi di diritti, la prima contenente i diritti della Carta con lo stesso significato e la stessa portata dei corrispondenti diritti CEDU, e l'altro relativo ai diritti della Carta che hanno lo stesso significato dei corrispondenti diritti CEDU, ma portata più ampia.

(b) La Carta si applica a tutte le norme nazionali che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto UE (ciò che equivale a dire che di tutte queste norme nazionali dovrà verificarsi la compatibilità con la Carta).¹⁶ Come anticipato, l'applicazione della Carta esige che al caso sia applicabile una norma di diritto UE che non sia una norma della Carta (né un principio generale di diritto UE). Questa diversa norma di diritto UE (*triggering rule*) può realizzare un collegamento di diversa intensità tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento UE, che incide sul giudizio di compatibilità tra la norma nazionale in questione e la Carta. Più precisamente, si possono distinguere **tre scenari**:

i) **L'azione degli Stati membri è "completamente determinata dal diritto UE" (Melloni, N.S.):** si tratta del caso in cui la norma nazionale della quale occorre valutare la compatibilità con la Carta dà attuazione ad una norma/misura di diritto UE che determina esattamente il livello di protezione che deve essere assicurato al diritto fondamentale in questione. In altre parole, il legislatore dell'UE ha provveduto direttamente ad effettuare – tramite la misura UE in questione – il bilanciamento tra due diritti fondamentali confliggenti, ovvero tra un diritto fondamentale ed un obiettivo di interesse generale (ad esempio, nel caso *Melloni*,¹⁷ tra i diritti di difesa della persona nei cui confronti è spiccato un mandato di arresto europeo e l'efficienza del sistema di cooperazione incentrato su tale strumento, oppure tra la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo e la ripartizione di responsabilità tra gli Stati membri nell'ambito del sistema europeo comune di asilo, come illustrato dal *N.S.*¹⁸).

Ovviamente, lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito dal legislatore UE deve essere compatibile con la Carta. Pertanto, laddove il giudice nazionale ritenga che non sia così, potrà far valere l'invalidità della misura/norma UE in questione, attraverso il rinvio pregiudiziale (al contrario, il giudice nazionale che dubitasse della validità della norma UE, anche se non di ultima istanza, non potrebbe semplicemente disapplicare tale norma: dalla sentenza *Foto-frost*¹⁹ della Corte di giustizia discende, infatti, che spetta solo a questa statuire sulla invalidità o inefficacia degli atti di diritto UE). Invece, se il giudice nazionale non dubita della validità dell'atto UE, dovrà assicurare che il livello di protezione offerto dalla norma nazionale corrisponda a quello concretizzato nell'atto di diritto UE. La norma nazionale non sarà compatibile sia nel caso in cui esprime un livello di protezione più basso (cfr. sent. *N.S.*), sia

¹⁶ Si veda il primo box di approfondimento (*Focus 1*).

¹⁷ Causa C-399/11 *Melloni* [2013], non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 59.

¹⁸ Causa C-411/10 *N.S.* [2011] *Raccolta* I-13905.

¹⁹ Causa C-314/85 *Foto-Frost* [1987] *Raccolta* 4199.

quando – al contrario – esprime un livello di protezione più elevato rispetto alla norma UE (*Melloni*). Nell’ambito delle situazioni “completamente determinate dal diritto UE”, l’impossibilità di prevedere, compatibilmente con il diritto UE, un livello di protezione più elevato rispetto a quello determinato dal legislatore UE si spiega in quanto quest’ultimo ha stabilito lo standard in modo tale da conciliare la tutela dei diritti fondamentali con l’esigenza di assicurare l’effettività e l’uniformità del diritto UE in questione, che sarebbe altrimenti pregiudicata dal diverso (e più alto) livello di tutela previsto dal legislatore nazionale.

ii) **l’azione degli Stati membri “non è completamente determinata dal diritto UE” (*DEB, Fransson, ACCEPT*):** in questo caso, la norma nazionale della quale si deve valutare la compatibilità con la Carta ricade nell’ambito di applicazione del diritto UE in forza di una norma UE (*triggering rule*) che lascia agli Stati membri la determinazione del livello di tutela dei diritti fondamentali (si pensi, ad esempio, al caso delle norme procedurali nazionali che governano l’esercizio in giudizio di un diritto derivante dal diritto UE: cfr. sent. *DEB*; oppure, si pensi alle misure nazionali che stabiliscono sanzioni volte ad assicurare la realizzazione effettiva di un obiettivo/diritto previsto da una normativa di diritto UE: cfr. sentenze *Fransson, ACCEPT*²⁰). In questi casi, gli Stati membri (compresi i giudici nazionali) devono assicurare che la misura nazionale esprima uno standard di tutela in linea con quello previsto dalla Carta (ciò che implica anche la possibilità che la misura nazionale apporti una limitazione ad un diritto fondamentale della Carta, purché il limite soddisfi il test di proporzionalità quale previsto dall’art. 52, par. 1, CDF). Inoltre, a differenza di quanto accade nel precedente scenario, in questo caso gli Stati membri possono anche decidere di stabilire, a livello nazionale, uno standard di protezione più elevato di quello che altrimenti discenderebbe dalla Carta (ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, quando il diritto fondamentale in questione riceve una tutela maggiore da parte della Costituzione nazionale rispetto alla Carta). Tuttavia, in tal caso la compatibilità con il diritto UE della norma nazionale che esprime uno standard di protezione più elevato di quello della Carta è subordinato alla condizione che lo standard nazionale (più protettivo) non sia comunque di ostacolo alla effettiva applicazione della normativa UE in questione;²¹ se altri diritti fondamentali (confliggenti) vengono in questione, la maggior tutela (nazionale) dell’uno non deve risolversi in una restrizione ingiustificata dell’altro.

Inoltre, ove si tratti di norme nazionali che prevedono sanzioni volte ad assicurare l’effettività di diritti derivanti dal diritto UE (cfr. sent. *ACCEPT*), ovvero norme procedurali nazionali che regolano l’esercizio in giudizio di diritti UE (cfr. sent. *DEB*), due fondamentali principi di diritto UE devono essere rispettati: quello di effettività e quello di equivalenza. Da un lato, il principio di effettività richiede che dette norme nazionali non siano tali da ostacolare o rendere eccessivamente difficoltosa la tutela del diritto UE in questione.²² La valutazione di

²⁰ Causa C-81/12 *ACCEPT* [2013].

²¹ Al par. 29 della sent. *Fransson*, cit., la Corte di giustizia ha precisato che “quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l’operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell’Unione, attua tale diritto ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione” si veda, analogamente, anche il punto 60 della sent. *Melloni*).

²² Causa C- 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. San Giorgio* [1983] *Raccolta* 3595.

impossibilità o eccessiva difficoltà deve essere fatta “tenendo conto del ruolo di detta norma nell’insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali.”²³ Dall’altro, il principio di equivalenza esige che le norme nazionali che regolano l’esercizio in diritto di posizioni tutelate dal diritto UE non siano meno vantaggiose di quelle che regolano analoghe azioni di diritto interno.

iii) **misure nazionali che si avvalgono di motivi di deroga previsti o ammessi dal diritto UE, primario o derivato (ERT, Sayn Wittgenstein, Pfleger)**: tali misure (sulle quali si rimanda anche agli esempi forniti nel primo *box* di approfondimento) devono essere proporzionate, e operare un corretto bilanciamento tra il legittimo interesse alla cui salvaguardia esse tendono e la non-applicazione della norma di diritto UE alla quale intendono derogare. Tutte le misure nazionali che derogano a norme di diritto UE devono rispettare la Carta. Ne deriva che tali misure saranno compatibili con la stessa solo ove soddisfino il test di proporzionalità di cui all’art. 52, par. 1, CDF.

Domanda 1: La norma nazionale è compatibile con il diritto UE?

A) Se la norma nazionale è compatibile con il diritto UE (tenendo conto dei diversi requisiti di compatibilità a seconda che ricorra la situazione di cui ai punti i), ii), o iii) del precedente box), il giudice nazionale può applicarla.

Si noti che una norma nazionale che è compatibile con il diritto UE potrebbe tuttavia non essere compatibile con la CEDU o con obblighi derivanti da altri trattati internazionali che sono in vigore per lo Stato membro considerato. Sebbene la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell’uomo nel tempo abbiano prestato sempre maggiore attenzione l’una alla giurisprudenza dell’altra, alcune divergenze possono tuttavia sussistere, o potrebbero emergere. In alcuni di questi casi rimane comunque possibile adempiere ad entrambi gli obblighi internazionali, ad esempio abbracciando lo standard più elevato imposto dal diritto UE laddove il margine di discrezionalità lasciato dalla Corte europea consentirebbe di mantenere o introdurre un livello di tutela più basso. Diverso è il caso in cui il diritto UE consente limitazioni ad un diritto fondamentale (giustificate, ad esempio, dall’esigenza di assicurare l’effettività delle norme sulle libertà economiche: si pensi al contrasto tra libertà di stabilimento o di prestazione dei servizi e diritto di sciopero) che non sono consentite in base alla giurisprudenza della Corte europea. Quando ciò accade, il giudice nazionale potrebbe essere obbligato a scegliere a quali obblighi internazionali (quelli derivanti dal diritto UE, o quelli che scaturiscono dalla CEDU) adempiere (e, correlativamente, quali disattendere).

B) Non è chiaro se la norma nazionale è compatibile con la rilevante norma di diritto UE. Il giudice nazionale potrebbe, ad esempio, avere dubbi circa il significato della norma di diritto UE rilevante.²⁴ In tal caso, quindi, potrebbe essere utile chiedere alla Corte di giustizia, tramite lo strumento del **rinvio pregiudiziale**, di chiarire l’interpretazione della norma di diritto UE in questione (Articolo 267 TFEU).²⁵ Quindi, prima di sollevare un rinvio pregiudiziale è sempre opportuno verificare se la

²³ Cfr., *ex multis*, Causa C-276/01 *Joachim Steffensen* [2003] *Raccolta* I-3735, par. 66.

²⁴ O con un’altra disposizione di diritto UE che deve essere interpretata alla luce della Carta.

²⁵ Si pensi, ad esempio, al caso in cui la rilevante disposizione di diritto UE è aperta a diversi significati, e la praticabilità della interpretazione conforme dipende da quale interpretazione della norma di diritto UE deve essere accolta. Dal momento che

Corte di giustizia si sia già pronunciata in merito. Una volta chiarito il significato della norma di diritto UE in questione, il giudice nazionale dovrà verificare se la norma nazionale in questione è compatibile con essa, o comunque esiste spazio per fornirne una **interpretazione conforme** alla stessa. Se questa possibilità non sussiste, allora si è in presenza di un vero e proprio conflitto, e occorre quindi affrontare la Domanda 2 (*infra*).

Un'altra situazione in cui il giudice nazionale potrebbe nutrire dei dubbi circa la compatibilità della norma nazionale con la norma di diritto UE è quella in cui la prima introduce una limitazione ad un diritto fondamentale garantito dalla Carta. Come evidenziato ai punti i) e ii) del precedente box, in tal caso la norma nazionale sarà compatibile con il diritto UE solo se soddisfa il test di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1, CDF. Per stabilirlo, occorre rispondere a queste domande:

- La misura nazionale è prevista dalla “legge” (si noti che la nozione di “legge” è una nozione autonoma del diritto UE, che non corrisponde necessariamente alla “legge” domestica nel senso formale del termine; sarà quindi opportuno tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte di giustizia – e della Corte europea, dalla quale questa condizione viene mutuata – per stabilire se si è in presenza di una “legge” ex art. 52, par. 1, CDF);²⁶
- Se sì, la misura nazionale lascia comunque impregiudicato il contenuto essenziale del diritto fondamentale che viene limitato?
- Se sì, la misura nazionale è volta al perseguimento di un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione, ovvero è necessaria per proteggere i diritti e le libertà altrui? (*legittimo interesse*)
- Se sì, la misura nazionale è idonea a raggiungere l'obiettivo ad essa sotteso? (*idoneità*)
- Se sì, la misura nazionale è quella che consente di raggiungere l'obiettivo ad essa sotteso con il minor sacrificio del diritto fondamentale UE che viene limitato? (*necessità*)
- Se sì, la misura nazionale che limita il diritto fondamentale deve essere giustificata dalla importanza di soddisfare l'obiettivo di interesse generale confliggente che la sottende (*proporzionalità in senso stretto*).

Se uno qualsiasi dei diversi *steps* in cui si articola il giudizio di proporzionalità non è soddisfatto, la misura non è compatibile con il diritto UE: in tal caso, si veda il punto **D**, *infra*.²⁷

In sede di verifica della proporzionalità della misura nazionale può essere utile fare riferimento al modo in cui la Corte di giustizia (**cooperazione verticale**), o un'altra corte nazionale si sono comportati in casi che sollevavano questioni simili nel merito in tema di protezione dei diritti umani (**argomento comparativo**).

l'interprete ultimo del diritto UE è la Corte di giustizia (cfr. art. 19, par.1, TUE), il giudice nazionale non può decidere di propria iniziativa quale interpretazione della norma UE ne individua il reale significato.

²⁶ Sul punto, si vedano le conclusioni dell'AG Cruz Villalón nella Causa C-20/10 *Scarlet Extended* [2011] *Raccolta* I-11959, paragrafi 88-100.

²⁷ Per un recente esempio di utilizzo dell'art. 52, par. 1, CDF da parte della Corte di giustizia, si vedano le sent. 27 maggio 2014, causa C-124/14 PPU, *Spasic*, e 8 aprile 2014, cause riunite C-129/14 PPU *Digital Rights Ireland*, entrambe non ancora pubblicate nella *Raccolta* (un riassunto della seconda sentenza si trova nell'Allegato I).

Se il giudice nazionale nutre dei dubbi rispetto alla proporzionalità della misura che non riesce a risolvere guardando alla giurisprudenza della Corte di giustizia o ispirandosi alla giurisprudenza di altre corti nazionali, può rivolgersi alla Corte di giustizia, chiedendo se il diritto fondamentale della Carta in questione ammette una limitazione quale quella prevista dalla misura nazionale (**rinvio pregiudiziale**). Sebbene la decisione finale sul carattere proporzionato, o meno, della misura nazionale spetta sempre al giudice nazionale, la giurisprudenza della Corte di giustizia evidenzia che il grado di intensità dello scrutinio esercitato da quest'ultima (e, quindi, il grado di precisione delle indicazioni fornite a quest'ultimo per decidere sulla proporzionalità della misura specifica) varia. In alcuni casi, la Corte di giustizia fornisce delle indicazioni conclusive, e sostanzialmente indica se la misura nazionale soddisfa o meno il test di proporzionalità. In altri casi, al contrario, si limita a delle indicazioni di massima, lasciando così al giudice nazionale un margine di apprezzamento significativo (**deferenza**).²⁸

C) Il giudice nazionale non ha dubbi circa l'interpretazione della rilevante norma di diritto UE, ma la norma nazionale è aperta a diverse interpretazioni. Se disponibile, occorre adottare l'interpretazione che assicura la conformità della norma nazionale con la rilevante norma di diritto UE, anche tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia (**interpretazione conforme**). Se, al contrario, non c'è margine per l'interpretazione conforme, allora si è in presenza di un vero e proprio conflitto: si veda, in tal caso, la Domanda 2.

D) Se la **misura nazionale è apertamente in contrasto con la norma di diritto UE**, occorre affrontare la Domanda 2, *infra*.

²⁸ Cfr., ad esempio la sent. della Corte eur. dir. uomo, app. no. 30141/04 *Schalk and Kopf v Austria* [2010]. Per maggiori informazioni ed esempi sul principio di proporzionalità si veda: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

Domanda 2: È possibile disapplicare la norma nazionale in contrasto con il diritto UE?

Se il conflitto non può essere risolto in via interpretativa, occorre chiedersi se è possibile disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma di diritto UE. Tuttavia, la disapplicazione è possibile solo se la norma di diritto UE è idonea a produrre effetti diretti. Quindi, la domanda da risolvere preliminarmente è se la norma di diritto UE possiede le caratteristiche alle quali la Corte di giustizia ricollega l'efficacia diretta.

Focus 3 - L'effetto diretto delle norme di diritto UE e delle norme della Carta in particolare

Le norme di diritto UE (primario e derivato) che sono chiare, precise e non soggette a condizioni possono essere invocate davanti ad un giudice nazionale da una persona fisica o giuridica, al fine di ottenerne l'applicazione in giudizio, se necessario tramite la disapplicazione di una norma nazionale contraria. Si distingue tra effetto diretto verticale e orizzontale a seconda che la norma di diritto UE (dotata di effetti diretti) sia invocata nell'ambito di una controversia che oppone un privato allo Stato membro (o ad una articolazione dello stesso), oppure nell'ambito di una lite *inter privatos*. A tal proposito, occorre tenere conto del fatto che la nozione di "Stato" adottata dal diritto UE a tal fine è particolarmente ampia. Si noti che la Corte di giustizia ha accolto una nozione particolarmente ampia di "Stato", che comprende sia le autorità centrali che le autorità regionali e locali, nonché le entità di diritto privato che esercitino prerogative pubbliche.

Inoltre, la Corte ha precisato che "fa parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonee a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio d'interesse pubblico e che disponga a tal fine di poteri che oltrepassano quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli" (causa C-282/10 *Dominguez* [2012], par. 39).

Per quanto riguarda gli effetti diretti orizzontali, esistono alcuni limiti. In particolare, le norme di direttive UE, anche quando sono chiare, precise e non soggette a condizioni, non possono essere invocate nell'ambito di controversie *inter privatos* al fine di ottenerne l'applicazione in giudizio in sostituzione delle norme interne (cfr., *ex plurimis*, sent. *Dominguez*, cit., para. 37). Al contrario, la tecnica dell'interpretazione conforme può essere utilizzata anche nell'ambito di controversie tra privati, al fine di assicurare la conformità della normativa nazionale con una direttiva UE. Tuttavia, la Corte di giustizia ha precisato in più occasioni che "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale" (si veda, ad esempio, Causa C-268/06 *Impact* [2008] *Raccolta* I-2483, par. 100). Si noti che, in alcuni casi sporadici, la Corte di giustizia, pur non arrivando ad accettare l'efficacia orizzontale diretta delle direttive, ne ha sostanzialmente sancito l'effetto "di esclusione" o "incidentale". In questi casi (cfr. sent. C-194/94 *CLA Security International SA v. Signalson SA and Securitel Sprl* [1996] *Raccolta* I-2201; sent.

C-443/98 *Unilever SpA v Central Food SpA* [2000] *Raccolta* I-7535) l'effetto della direttiva è stato quello, limitato, di impedire l'applicazione del diritto interno contrario, ma non quello, solitamente accessorio nei casi di disapplicazione, di applicare nel giudizio le norme della direttiva stessa.

Al di fuori di queste ipotesi inconsuete, , quando non è possibile ricorrere all'interpretazione conforme per risolvere il contrasto tra la norma nazionale e la direttiva nelle controversie tra privati, l'unico rimedio di diritto UE che rimane aperto alle persone fisiche e giuridiche è l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento, rivolta contro lo Stato membro che non ha provveduto a recepire/recepire correttamente la Direttiva UE, (cfr. la sent. nella causa C-479/93 *Francoovich* [1995] *Raccolta* I-3843). Tuttavia, per poter esperire questa azione – che si propone davanti al giudice nazionale, ed è regolata dalle norme procedurali nazionali, nel rispetto dei principi di effettività e equivalenza (sui quali si veda il precedente box) – occorre che siano soddisfatte alcune condizioni. In particolare, la misura/norma di diritto UE che non è stata correttamente recepita deve essere volta a conferire un diritto a persone fisiche e/o giuridiche, il contenuto di questo diritto deve potersi ricavare dalla misura di diritto UE, e ci deve essere un nesso di causa-effetto tra l'inadempimento dello Stato membro ed il danno del quale si chiede il risarcimento. Inoltre, la violazione deve anche essere sufficientemente seria, ma questo requisito è *in re ipsa* quando l'inadempimento consiste nel mancato o non corretto recepimento di una Direttiva.

Per quanto riguarda la Carta, l'art. 52, par. 5, sostanzialmente esclude l'effetto diretto delle norme della Carta che garantiscono un "principio", e non un "diritto soggettivo". Tuttavia, né la Carta né le Spiegazioni chiaramente indicano quali sono le norme della Carta che tutelano dei "principi". Con finalità solo illustrative, la spiegazione dell'art. 52, par. 5, CDF indica che gli articoli 25, 26 e 37 della Carta sono degli esempi di norme che contengono "principi". La natura di "principio" dell'art. 26 della Carta è stata recentemente confermata anche dalla Corte di giustizia (cfr. sent. 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Glatze*). La stessa spiegazione aggiunge che "[i]n alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34.". Potrebbe pertanto essere utile chiedere alla Corte di giustizia, tramite lo strumento del **rinvio pregiudiziale**, di chiarire la natura della specifica norma della Carta che viene in rilievo nel caso *a quo*. Vale, inoltre, la pena evidenziare che la qualificazione di una diritto fondamentale garantito dalla Carta come "principio" non equivale a privare la relativa norma di qualsiasi forma di giustiziabilità. L'art. 52, par. 5, CDF recita infatti che

"Le norme della presente Carta che contengono dei principi (...) possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti".

Dunque, i "principi" della Carta, possono (*rectius*, devono) fungere da parametri di interpretazione e di validità degli atti dell'Unione che danno attuazione ai "principi" stessi (ad esempio, una direttiva – o una norma all'interno della stessa – che verte sulla materia cui il principio fa riferimento). Similmente, gli atti nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione della Carta e attuano i "principi" devono essere compatibili con gli stessi.

Si noti anche che, nella sent. 15 gennaio 2014 nella causa C-176/12 *Association de médiation sociale*, la Corte di giustizia ha confermato che almeno alcune norme della Carta sono idonee a produrre effetti diretti anche orizzontali (ossia, possono essere invocate nell'ambito di controversie inter privatos che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto UE per disapplicare confliggenti norme di diritto

nazionale).²⁹ In particolare, risulta dalla sentenza che una norma della Carta ha effetti diretti orizzontali quando è “di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale” (par. 47). La Corte di giustizia ha anche affermato che il divieto di discriminazione in base all’età di cui all’art. 21, par. 1, CDE presenta tali caratteristiche, mentre lo ha escluso rispetto al diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione all’interno dell’impresa di cui all’art. 27 CDF. Se il giudizio a quo coinvolge una diversa norma della Carta, potrebbe essere utile interrogare la Corte di giustizia – tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale – circa l’idoneità della norma rilevante a produrre effetti diretti (anche orizzontali).

A) Se la norma di diritto UE rilevante ha efficacia diretta, il giudice nazionale deve applicarla, disapplicando se necessario la norma nazionale contraria (**disapplicazione**).

B) Se il giudice nazionale nutre dubbi circa l’idoneità della rilevante norma di diritto UE a produrre effetti diretti, può ritenere opportuno chiedere l’assistenza della Corte di giustizia sul punto, tramite lo strumento del **rinvio pregiudiziale**.

C) Se la norma di diritto UE rilevante non è produttiva di effetti diretti e l’interpretazione conforme non è praticabile, non può esperirsi la disapplicazione. Dovendosi in linea di principio applicarsi la norma interna sospetta di violare il diritto UE, sarà soddisfatto il requisito di rilevanza di fronte alla Corte Costituzionale, che potrà utilizzare gli artt. 11 e 117, par. 1, della Costituzione, integrati dalla pertinente norma di diritto UE, come parametro di costituzionalità. Così facendo, la Corte Costituzionale può farsi carico del giudizio di compatibilità tra diritto interno e diritto UE (vedi esempio sent. 227/2010, sulla compatibilità tra diritto interno e la Decisione Quadro sul Mandato di Arresto Europeo). Se sussistono le condizioni a tal fine richieste (la norma di diritto UE mirava ad attribuire un diritto, il contenuto del diritto si può desumere dalla norma violata, c’è nesso di causalità tra inadempimento e danno subito), la persona fisica o giuridica danneggiata dall’inadempimento da parte dello Stato membro può far valere la responsabilità di questo, in linea con quanto stabilito dalla Corte di giustizia nella sent. *Francovich* e successive.

Tuttavia, se il caso rientra anche nell’ambito di applicazione della CEDU, potrebbe essere necessario considerare gli effetti della Convenzione nell’ordinamento nazionale. Infatti, se questo ammette la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con la CEDU, allora la prima potrebbe essere disapplicata (dal giudice *a quo*) (su questo aspetto, si veda, *infra*, la Domanda 2 dello Scenario 2).

Si noti anche che la norma di diritto UE potrebbe essere in contrasto con una norma della costituzione nazionale. Dal punto di vista del diritto UE, questa circostanza non altera il modo in cui il giudice nazionale deve comportarsi, che è lo stesso dell’ipotesi in cui il conflitto sussiste tra norma UE e norma nazionale non di rango costituzionale. Ciò in quanto, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, “in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione, che è una caratteristica essenziale dell’ordinamento giuridico dell’Unione, il fatto che uno Stato membro invochi norme di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, non può sminuire l’efficacia del diritto dell’Unione nel territorio di tale Stato”.³⁰

²⁹ Si veda il Focus 1 “In quali casi il giudice nazionale deve verificare la compatibilità delle norme nazionali ai diritti fondamentali UE?”.

³⁰ Melloni, cit., par. 59.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi (norma UE in contrasto con la Costituzione), pare opportuna un'ulteriore precisazione, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Fransson* e *Melloni*, relative alla interpretazione dell'art. 53 della Carta (entrambe richiamate ai punti i) e ii) del *Focus* 2). Dalla loro lettura combinata si evince che la circostanza che una situazione ricada nell'ambito di applicazione della Carta non comporta automaticamente l'inapplicabilità dello *standard* nazionale di tutela dei diritti fondamentali, che cederebbe a favore della Carta. Infatti, ciò si verifica solo quando la situazione risulta essere "completamente determinata dal diritto UE" (ipotesi *Melloni*), ma non anche quando, viceversa, "non è completamente determinata dal diritto UE" (ipotesi *Fransson*). Quindi, se si rientra nel primo caso, non c'è spazio per l'applicazione del diverso *standard* nazionale e, se ne sussistono i presupposti, la norma nazionale in contrasto con il diritto UE va disapplicata (non rileva, dal punto di vista del diritto UE, il fatto che la norma nazionale esprime la diversa intensità di tutela accordata al diritto fondamentale in questione dalla Costituzione). Invece, nel secondo caso rimane spazio per l'applicazione del diverso *standard* nazionale di tutela, nei limiti in cui non risultino compromessi il primato, l'unità e l'effettività del diritto UE. Se quest'ultima circostanza non ricorre, il giudice nazionale non deve sostituire lo *standard* UE a quello nazionale. Tuttavia, il motivo per cui non si verifica la disapplicazione non è la natura costituzionale della norma nazionale che fissa lo *standard* rilevante; piuttosto, non esiste un vero e proprio conflitto tra diritto UE e diritto nazionale.

Scenario II – Situazioni non disciplinate dal diritto UE, ma che ricadono nell’ambito di applicazione della CEDU

Il caso pendente davanti al giudice nazionale non rientra nell’ambito del diritto UE, ma coinvolge un diritto garantito dalla CEDU o da un Protocollo alla stessa che è in vigore per lo Stato membro del giudice.³¹

Domanda 1: La misura nazionale è compatibile con la norma della CEDU (o del Protocollo alla stessa) rilevante?

Per rispondere a questa domanda, il giudice nazionale deve innanzitutto ricostruire il significato della norma della CEDU rilevante, e per farlo deve tenere in considerazione la giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell’uomo.

A) Se la **misura nazionale è compatibile** con la CEDU, può essere applicata.

Si noti che la misura nazionale che introduce una limitazione ad un diritto fondamentale garantito dalla CEDU è compatibile con quest’ultima se sono soddisfatte due condizioni: il diritto fondamentale in questione rientra tra quelli che ammettono limitazioni, e il test elaborato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per verificare l’ammissibilità delle limitazioni ai diritti CEDU è soddisfatto. Tale test richiede che la restrizione:

- sia prevista dalla legge;
- persegua un obiettivo legittimo (si noti che, diversamente da quanto accade nella Carta, le norme della CEDU che garantiscono diritti fondamentali che ammettono limitazioni precisano direttamente quali sono gli obiettivi che possono considerarsi legittimi; i motivi che possono giustificare delle limitazioni hanno quindi carattere esaustivo);
- sia necessaria in una società democratica: questa condizione è soddisfatta se esiste una “esigenza sociale pressante” (*pressing social need*);
- sia proporzionata; in particolare, la proporzionalità richiede che: 1) la misura sia appropriata rispetto all’obiettivo che si propone di raggiungere; 2) non esista una misura che consenta di raggiungere l’obiettivo sacrificando meno il diritto fondamentale in questione; 3) il contenuto essenziale del diritto fondamentale che è limitato sia comunque salvaguardato.

Per valutare la proporzionalità della misura nazionale, può aiutare considerare la giurisprudenza della Corte europea relativa a casi simili (**cooperazione verticale**). Infatti, nel sistema della CEDU, la responsabilità primaria per l’applicazione della Convenzione spetta alle autorità nazionali, compresi i giudici nazionali. Inoltre, la Corte europea dei diritti dell’uomo a volte lascia agli Stati membri un certo **margin di apprezzamento** per operare il bilanciamento tra un diritto fondamentale ed un obiettivo di interesse generale o un altro diritto fondamentale. In questi casi, la competente autorità nazionale deve individuare la soluzione più adeguata per garantire la tutela del diritto fondamentale in questione, evitando, al contempo, di restringere in modo ingiustificato l’interesse o diritto fondamentale confliggente. L’ampiezza, se non anche l’esistenza stessa del margine di apprezzamento varia a seconda dell’esistenza di un consenso (“European consensus”) nelle leggi e pratiche delle Alte Parti Contraenti per quanto riguarda la protezione che deve essere offerta ad un diritto CEDU in un contesto specifico.

³¹ Lo stato delle ratifiche dei Protocolli alla CEDU può essere monitorato al seguente indirizzo: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

Un corollario della dottrina del margine di apprezzamento è che l'applicazione della CEDU non è necessariamente uniforme negli ordinamenti delle Parti Contraenti. Da questo punto di vista, il sistema della CEDU si distingue nettamente da quello della Carta e del diritto UE più in generale, al cui applicazione, in forza del principio del primato, è meno sensibile alle peculiarità locali. Allo stesso tempo, occorre sottolineare che il margine di apprezzamento è un meccanismo di deferenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto ai sistemi/pratiche nazionali, ma ciò non equivale a garantire alcuna immunità dalla Convenzione. Infatti, il riconoscimento di un certo margine di apprezzamento alle Parti Contraenti non esclude la supervisione della Corte di Strasburgo sul modo in cui in concreto viene applicato il margine di apprezzamento.³²

B) Se il significato della norma nazionale rimane aperto a diverse interpretazioni, il giudice nazionale deve optare per quella (se disponibile) che assicura la conformità della norma nazionale con la CEDU, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (interpretazione conforme).

C) Se la norma nazionale non è compatibile con la CEDU, poiché non esiste una sua interpretazione conforme alla Convenzione, il giudice nazionale deve affrontare la domanda 2, sotto.

Domanda 2: È possibile disapplicare la norma nazionale in contrasto con la CEDU?

Si noti che la risposta a questa domanda varia da Stato a Stato, poiché dipende dal rango e, soprattutto, dagli effetti assegnati alla CEDU nell'ordinamento giuridico nazionale. In altre parole, spetta all'ordinamento nazionale stabilire se, in caso di contrasto tra norma nazionale e norma CEDU il giudice comune può procedere alla disapplicazione della prima (in modo analogo a quanto accade in caso di contrasto tra norma nazionale e norma UE produttiva di effetto diretto) o invece (come nel caso italiano) occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Con giurisprudenza ormai costante a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale italiana ha affermato che le norme CEDU “pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno” (sent. 348 del 2007, punto 3.3). La ragione risiede nel fatto che, a differenza di quanto accade per i trattati istitutivi delle Comunità europee, non è possibile ravvisare rispetto alla CEDU alcuna limitazione della sovranità nazionale nel senso dell'art. 11 Cost., che costituisce invece il fondamento costituzionale dell'efficacia diretta delle norme di diritto UE nell'ordinamento italiano (*ibid.*). Piuttosto, le norme della CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, integrano, quali “norme interposte” il parametro costituzionale di cui all'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui stabilisce che la legislazione interna deve conformarsi ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, n. 311 e 317 del 2009, n. 39 del 2008, n. 80 del 2011).

Ne deriva che, in caso di contrasto tra norma interna e norma CEDU che non può essere risolto attraverso l'interpretazione, il giudice comune non può disapplicare la norma nazionale (come

³² Questo aspetto è stato chiarito in più occasioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si veda, ad esempio la sent. 8 luglio 2008, app. no. 33629/06, *Attila Vajnai v Hungary*, in cui la Corte ha affermato che: “[t]he test of «necessity in a democratic society» requires the Court to determine whether the interference complained of corresponded to a «pressing social need». The High Contracting Parties have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a «restriction» is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 of the Convention. [...] In particular, the Court must determine whether the reasons adduced by the national authorities to justify the interference were «relevant and sufficient», and whether the measure taken was «proportionate to the legitimate aims pursued». In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities, basing themselves on an acceptable assessment of the relevant facts, applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10”.

dovrebbe, invece, fare nel caso di contrasto tra norma nazionale e norma UE produttiva di effetti diretti). Egli deve, invece, “denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in relazione [all’art. 117, comma 1, Cost., integrato dalla norma della CEDU applicabile, nell’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo]”, che quindi funge da “norma interposta” (sent. n. 80 del 2011; la questione di legittimità costituzionale sarà invece proposta con riferimento all’art. 10, primo comma, Cost. “ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta”: sentenze n. 264/2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010 e n. 311 del 2009).

Dal canto suo, la Corte costituzionale, pur non potendo contestare tale interpretazione, potrà tuttavia verificare la compatibilità con la Costituzione della rilevante norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo; infatti, poiché la CEDU ha nell’ordinamento interno rango di fonte sub-costituzionale, le sue norme non potranno fungere da parametro interposto laddove risultino in contrasto con la Costituzione (sent. n. 348 del 2007 e sent. 80 del 2011).

Inoltre, **nella sent. n. 80 del 2011**, replicando a quanto contrariamente affermato da alcuni giudici italiani,³³ **la Corte costituzionale ha precisato che i principi enunciati nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007** (e, in particolare, l’impossibilità per il giudice comune di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma CEDU) **rimangono “pienamente attuali” anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sugli stessi non incidendo la nuova formulazione dell’art. 6 TUE** (punto 5.6). Come noto, tale norma afferma, al primo paragrafo, che la Carta dei diritti fondamentali UE ha lo stesso valore dei Trattati; al secondo paragrafo prevede che “[l]’Unione aderisce alla [CEDU]” (cosicché non solo l’Unione viene dotata della competenza ad aderire alla CEDU della quale prima difettava – cfr. il parere 2/94 della Corte di giustizia –, ma viene anche introdotto un vero e proprio obbligo per l’Unione di aderire alla CEDU (*rectius*, di adoprarsi al fine di consentire l’adesione dell’UE alla CEDU); da ultimo, il terzo paragrafo riprende, sebbene con una formulazione in parte diversa, l’art 6, par. 2, dell’art. 6 TUE nella versione *pre*-Lisbona, e recita che “i diritti fondamentali garantiti dalla [CEDU] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”.

La Corte costituzionale ha sottolineato, da un lato, che “la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 [TUE] resta (...), allo stato, ancora improduttiva di effetti[.] la puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l’adesione verrà realizzata” (punto 5.3). Dall’altro, ha evidenziato come la rilevanza della CEDU per il tramite della Carta (art. 52, par. 3 CDF) e dei principi generali riguarda solo le fattispecie che rientrano nell’ambito di applicazione del diritto UE, in nessun modo, quindi, andando ad incidere sulle situazioni di contrasto tra norma nazionale e norma CEDU che si verificano rispetto a fattispecie regolate solo dalla normativa nazionale (punto 5.4).

A sua volta, **la Corte di giustizia ha confermato tali affermazioni della Corte costituzionale** nella sent. 24 aprile 2012, causa C-571/10 *Kamberaj*, rilevando che:

62. [L]’articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale.

63. Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall’articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di

³³ Cfr., in particolare, Consiglio di Stato, sent. n. 1220 del 2010, e Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione II-*bis*, sent. n. 11984 del 2010, i quali avevano sostenuto che l’art. 6 TUE, nella versione post-Lisbona, consentiva la diretta applicabilità delle norme CEDU nell’ordinamento italiano, con conseguente superamento della differenza di trattamento tra contrasto norma nazionale/norma UE, da un lato (disapplicazione ad opera del giudice nazionale se la norma UE ha effetti diretti), e norma nazionale/norma CEDU, dall’altro (no disapplicazione ma questione di legittimità costituzionale).

conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le norme di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.

Similmente, ma con riferimento anche alla rilevanza della CEDU per il tramite della Carta, nella sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10 *Fransson*, la Corte di giustizia ha affermato che

44. Per quanto riguarda, anzitutto, le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra il diritto nazionale e la CEDU, occorre ricordare che, anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale.

Si può peraltro aggiungere, con riferimento agli effetti dell'adesione dell'Unione alla CEDU (punto sul quale sia la Corte di giustizia che la Corte costituzionale non si sono pronunciate), che essi saranno in ogni caso limitati alle fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto UE. Infatti, l'art. 6, par. 2, TUE stesso esplicitamente afferma che l'adesione non deve incidere sul riparto delle competenze tra Stati membri ed Unione quale delineato dai Trattati (in particolare, estendendo le competenze dell'Unione a scapito degli Stati membri).

Allegato

LE PRINCIPALI TECNICHE DI INTERAZIONE GIUDIZIARIA: PANORAMICA ED ESEMPI PRATICI

i) Tecniche esperibili sia in caso di contrasto tra norma nazionale e norma CEDU, che tra norma nazionale e norma UE

Interpretazione conforme: secondo una tecnica di interpretazione comune a molti ordinamenti nazionali, i giudici nazionali devono interpretare il diritto interno in modo conforme alla Costituzione, scegliendo, quando vi sono più interpretazioni possibili della stessa norma, quelle che non comportino un contrasto con il dettato costituzionale. Allo stesso tempo, i giudici nazionali sono tenuti ad applicare le norme interne in modo conforme con le norme di diritto UE e della CEDU che sono rilevanti nel caso di specie. Ciò richiede, quindi, al giudice nazionale di optare per l'interpretazione della norma nazionale che è maggiormente in linea con il significato della norma UE o CEDU rilevante, tenendo conto dell'interpretazione che di queste norme è fornita dalla Corte di giustizia UE o dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Esempio di interpretazione conforme nel rapporto tra norma nazionale e norma CEDU/giurisprudenza Corte EDU

Corte di Cassazione, sentenza n. 4184/12 del 15 marzo 2012

In questa sentenza, la Corte di Cassazione ha modificato la propria giurisprudenza relativa alla contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento di matrimoni tra persone dello stesso sesso, tenendo conto degli sviluppi in materia nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte EDU.

Una coppia di uomini italiani vedeva respinta – per motivi di contrasto con l'ordine pubblico – la propria richiesta di ottenere il riconoscimento del matrimonio celebrato in Olanda. Anche le azioni proposte in sede civile venivano respinte con la stessa motivazione dai giudici di primo e di secondo grado. Di fronte alla Cassazione, la coppia sosteneva, tra l'altro, la contrarietà del diniego di riconoscimento agli obblighi dell'Italia in tema di non-discriminazione derivanti dal diritto UE, come interpretati alla luce dello *standard* di protezione accolto dalla CEDU.

La Corte di Cassazione ha rifiutato di sollevare una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 9 (Diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia) della Carta dei diritti fondamentale UE, ritenendo assente un legame con il diritto dell'Unione Europea come richiesto dall'art. 51, par. 1, della Carta stessa. Allo stesso tempo, però, la Cassazione ha sviluppato il ragionamento della Corte Costituzionale nella sent. 14 aprile 2010, n. 138, e dalla Corte EDU nella sent. 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria* (app. no. 30141/04). Queste avevano, rispettivamente, garantito copertura costituzionale alle unioni omosessuali (in quanto “formazioni sociali” ai sensi dell'art. 2 della Costituzione) e chiarito che non esiste un obbligo in forza del quale solo persone di sesso diverso possono contrarre matrimonio. In particolare, la Corte EDU, tenendo conto della formulazione dell'art. 9 della Carta (che, a differenza dell'art. 12 CEDU, non fa espresso riferimento al matrimonio come un'unione tra un uomo e una donna), ha affermato che anche il diritto di contrarre matrimonio ex art. 12 CEDU non può più considerarsi come limitato alle sole coppie di sesso diverso. Tuttavia, registrando la mancanza di *consensus* tra gli Stati membri del Consiglio di Europa circa l'esistenza di un obbligo di rendere il matrimonio accessibile alle coppie omosessuali. Pertanto, la Corte EDU ha concluso che il riconoscimento del matrimonio omosessuale è una competenza che rientra nell'ambito delle competenze esclusive dello Stato e, perciò, nel loro margine di apprezzamento.

La Cassazione ha confermato la legalità del rifiuto di riconoscere il matrimonio in Italia, ma –

modificando la propria giurisprudenza precedente, anche alla luce della sent. *Schalk e Kopf c. Austria* – ha chiarito che non vi sarebbe stato alcun problema di ordine pubblico legato all'eventuale riconoscimento. Piuttosto, il rifiuto era giustificato dal fatto che nel diritto italiano non esiste un istituto equivalente al matrimonio omosessuale nel diritto italiano.

Poco dopo, facendo espresso riferimento a tutte le pronunce sin qui richiamate della Cassazione, Corte Costituzionale, e Corte EDU), la Corte d'Appello Milano, sez. lavoro, nella sentenza 31 agosto 2012 n. 7176 è andata oltre l'interpretazione conforme, sostenendo che i diritti che spettano alle coppie di fatto devono estendersi alle coppie omosessuali:

Per quanto riguarda, in particolare, l'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto UE, i giudici nazionali devono anche tenere in considerazione alcune regole specifiche/limiti relativi a tale tecnica di interpretazione che sono stati individuati dalla Corte di giustizia UE. In primo luogo, secondo la definizione fornita dalla Corte di giustizia, l'interpretazione conforme richiede al giudice nazionale di interpretare il diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della rilevante norma di diritto UE, onde conseguire il risultato prescritto da quest'ultima. Nel far questo, il giudice nazionale deve tenere in considerazione tutto il diritto nazionale (non solo le norme nazionali che sono state eventualmente previste per dare attuazione alla norma di diritto UE), e valutare in che modo questo può essere applicato in modo tale da non raggiungere un risultato contrario a quello cui mira la norma di diritto UE.

Se il diritto nazionale riconosce metodi interpretativi volti a evitare un conflitto tra norme di diritto nazionale, o a limitare a tal fine la portata di una norma nella misura in cui è compatibile con l'altra, allora il giudice nazionale *deve* utilizzare le stesse tecniche al fine di ottenere il risultato perseguito dalla norma di diritto UE. Allo stesso tempo, però, attraverso l'interpretazione conforme il giudice nazionale non può avallare una interpretazione *contra legem* della norma nazionale, né violare i principi generali del diritto, in modo particolare quelli della certezza del diritto e di non retroattività. Quindi, attraverso l'interpretazione conforme non si può giungere ad aggravare la responsabilità penale di una parte. Nel rispetto di questi limiti, l'interpretazione conforme di una norma nazionale ad una direttiva è praticabile anche nell'ambito di controversie tra privati (mentre non è possibile, in tal caso, invocare l'effetto diretto delle norme di una direttiva: cfr. l'approfondimento sugli effetti diretti nella parte II di queste Linee guida).

Esempio di interpretazione conforme nel rapporto tra norma nazionale e norma UE/giurisprudenza della Corte di giustizia UE

Tribunale di Milano, sentenza 9 agosto 2007, n. 2694, (licenziamento dovuto alla gravidanza della lavoratrice)*

* Esempio tratto da *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008(4), con testo della sentenza e commento di M. Peruzzi, "Sul licenziamento «discriminatorio» della lavoratrice madre"

La ricorrente era stata licenziata in ragione di una riorganizzazione aziendale, che – secondo il datore di lavoro – aveva reso necessaria la soppressione del suo posto di lavoro. Tuttavia, il datore non aveva dimostrato il nesso di causalità tra la riorganizzazione aziendale ed il licenziamento. Il giudice ravvisava, invece, la sussistenza di gravi indizi relativi al carattere discriminatorio del licenziamento, che sarebbe stato piuttosto determinato dalla prolungata assenza della lavoratrice per maternità.

Il giudice nazionale ha interpretato la norma nazionale che definisce la discriminazione diretta in base al sesso tra lavoratori e lavoratrici (art. 4, legge n. 125/1991, adesso trasfuso nell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna) alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui "il licenziamento di una lavoratrice che avviene nel corso della gravidanza a seguito di assenze dovute all'incapacità lavorativa derivante da quest'ultima (...) può riguardare soltanto le donne

e costituisce quindi una discriminazione diretta basata sul sesso” (cfr., *inter alia*, causa C-191/03 *McKenna* [2005] *Raccolta* I-7631, par. 47). Così facendo, il giudice nazionale ha esteso al caso di specie i rimedi previsti dal diritto nazionale per il caso di licenziamenti discriminatori. L’interpretazione del licenziamento per ragione di gravidanza come discriminatorio comportava un’estensione dei rimedi disponibili per il dipendente. Infatti, il diritto nazionale prevedeva un distinto regime rimediario: solo nel caso di licenziamento discriminatorio (ai sensi dell’art. 3, legge 108/90) era prevista la possibilità per il lavoratore di scegliere tra la reintegrazione nel posto di lavoro o il risarcimento di quindici mensilità, oltre al risarcimento del danno (comunque non inferiore a cinque mensilità). Nel caso di licenziamento basato sullo stato di gravidanza, invece, si utilizzavano solamente i rimedi tipici della nullità contrattuale, per cui al lavoratore non era offerta la scelta del risarcimento forfettario, né esisteva un livello minimo di risarcimento in caso di reintegrazione.

È interessante notare come questa parificazione dei rimedi, introdotta dalla giurisprudenza in ossequio alla dottrina di interpretazione conforme, è adesso codificata nella legge: dopo la riforma Fornero l’art. 18(1) dello Statuto dei Lavoratori include la causa di gravidanza tra i criteri discriminatori tassativi.

Sul tema, si veda anche la sent. 6 marzo 2014, causa C-595/12, *Loredana Napoli c. Ministero della Giustizia*, nel box relativo al rinvio pregiudiziale, *infra*. pronunciata dalla Corte di giustizia su richiesta del TAR Lazio, relativa alla esclusione da un corso di formazione per i neo-vice commissari della polizia penitenziaria a seguito dell’assenza dal corso per più di 30 giorni, motivata da un congedo obbligatorio di maternità. Tale esclusione derivava dall’art. 10, comma 2, D. Lgs. n. 146/2000, secondo cui “il personale di sesso femminile, la cui assenza oltre i trenta giorni è stata determinata da maternità, è ammesso a frequentare il corso successivo ai periodi d’assenza dal lavoro previsti dalle norme sulla tutela delle lavoratrici madri”.

Nella sua ordinanza di rinvio, il TAR Lazio escludeva la possibilità di interpretare l’articolo 10 del D. Lgs. n. 146/2000 in modo conforme alla Costituzione ed al diritto dell’Unione. A suo avviso, la chiara lettera della norma, che rinvia ai periodi di assenza prescritti dalle norme poste a tutela delle lavoratrici madri, tra cui dovrebbe necessariamente rientrare l’articolo 16 del D. Lgs. n. 151/2001 in tema di congedo obbligatorio per maternità, impedirebbe al giudice del rinvio di scegliere, tra i possibili significati dell’enunciato normativo in parola, quello più vicino ai principi costituzionali nazionali e ai principi fondamentali del diritto dell’Unione, salvo attribuire al testo della norma un significato non voluto dal legislatore.

La Corte di giustizia ha dichiarato la contrarietà della norma nazionale all’art. 15 della Direttiva 2006/54/CE (riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego). Dapprima la Corte ha ricordato che l’articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della Direttiva 2006/54 stabilisce che un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità costituisce una discriminazione basata sul sesso, e che l’articolo 15 della stessa prevede che alla fine del periodo di congedo per maternità la donna abbia diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza. La Corte ha poi ritenuto che l’esclusione dal corso di formazione professionale a causa del congedo di maternità ha avuto un’incidenza negativa sulle condizioni di lavoro della sig.ra Napoli, poiché – a differenza dei propri colleghi – non ha potuto sostenere l’esame di accesso al superiore livello di carriera di vice commissario, percependo la retribuzione corrispondente a tale livello. Ciò integra un trattamento sfavorevole ai sensi dell’art. 15 della Direttiva.

La Corte ha poi precisato che, “anche se le autorità nazionali dispongono, a seconda delle circostanze, di un certo margine discrezionale quando adottano le misure che ritengono necessarie per garantire la pubblica sicurezza di uno Stato membro, esse sono tuttavia tenute, quando adottano misure in deroga a

un diritto fondamentale, quale il diritto alla parità di trattamento tra uomini e donne, di cui la direttiva 2006/54 mira a garantire l'attuazione, a rispettare il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione". Secondo la Corte, "una misura come quella controversa nella causa principale, che prevede l'esclusione automatica dal corso di formazione e comporta l'impossibilità di presentarsi a sostenere l'esame organizzato in seguito senza tenere conto, in particolare, né della fase del corso in cui si verifica l'assenza per congedo di maternità, né della formazione già acquisita, e che si limita a riconoscere alla donna che abbia fruito di detto congedo il diritto di partecipare a un corso di formazione organizzato in data successiva ma incerta, non appare conforme al principio di proporzionalità. La violazione di tale principio è tanto più flagrante in quanto, come rilevato dal giudice del rinvio, la circostanza che l'inizio del successivo corso di formazione costituisca un evento incerto deriva dal fatto che le autorità competenti non sono obbligate a organizzare detto corso a scadenze predeterminate" (paragrafi 36 e 37).

Argomento comparativo: talvolta, e soprattutto quando il giudice nazionale si trova a dover risolvere una questione che ben può presentarsi in termini simili davanti a giudici di altri Stati membri (ad esempio, una questione relativa alla determinazione del contenuto dell'obbligo di protezione di un diritto fondamentale, ovvero al bilanciamento tra due diritti fondamentali o tra un diritto fondamentale ed un interesse generale), può aiutare osservare le scelte di altri giudici (ma anche i legislatori di altri Stati membri). Questa tecnica è particolarmente opportuna rispetto ai diritti fondamentali di origine sovranazionale, che costituiscono una fonte comune a tutti gli Stati membri UE. Il giudice nazionale che intende cimentarsi nel ragionamento comparativo dovrà porre particolare attenzione sia nella individuazione delle decisioni straniere che sono utili ai fini della soluzione della questione, sia nell'adattare la soluzione seguita in un diverso ordinamento giuridico al contesto e alle peculiarità del proprio ordinamento

Esempi di utilizzo dell'argomento comparativo

Corte cost., sent. 1/2014, sulla costituzionalità della legge elettorale

"Il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.). Esso, infatti, pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi (sentenza n. 43 del 1961) ed assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto. In ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato detto principio e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita", ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare (BVerfGE, sentenza 3/11 del 25 luglio 2012; ma v. già la sentenza n. 197 del 22 maggio 1979 e la sentenza n. 1 del 5 aprile 1952)".

Tribunal Constitucional (Spagna), sent. 198/2012, sul matrimonio tra persone dello stesso sesso

Un altro caso particolarmente interessante di utilizzo dell'argomento comparativo è la sentenza 6 novembre 2012, n. 198, della Corte costituzionale spagnola, che ha affermato la costituzionalità di una modifica al Codice civile volta a consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Per sostenere la propria conclusione, la Corte costituzionale ha fatto uso, tra l'altro, dell'argomento comparativo. Dapprima, ha citato una sentenza del Privy Council, prendendo in prestito l'immagine della Costituzione

come un “growing tree”, un albero che cresce (*Edwards v A.G. Canada* [1930] AC 123, 1 DLR 98 (PC)). Poi ha ricordato l’uso di questa analogia nella sentenza della Corte Suprema del Canada sul matrimonio tra persone dello stesso sesso (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79). Inoltre, la Corte ha svolto un’analisi completa di diversi Stati che riconoscono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia in forza di una legge o in conseguenza di una decisione giudiziaria (si vedano i riferimenti alla Corte Suprema del Massachusetts – *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) – e alla Corte Costituzionale della Slovenia – sent. 2 luglio 2009, *Blažič and Kern v. Slovenia* U-I-425/06-10).

Test di proporzionalità: il giudice nazionale deve cimentarsi con questa tecnica quando si trova in presenza di una misura nazionale che limita un diritto fondamentale quale garantito dalla Carta o dalla CEDU. Infatti, a meno che il diritto fondamentale in questione non rientri tra quelli che non ammettono limitazioni (quali il diritto alla vita e il divieto di tortura e di pene inumane e degradanti), simili misure nazionali sono compatibili con la Carta/CEDU purché soddisfino il test di proporzionalità. Quest’ultimo è enucleato, per quanto riguarda i diritti fondamentali garantiti dalla Carta, dall’art. 52, par. 1, della stessa, mentre è stato affermato dalla Corte europea nella sua giurisprudenza per quanto riguarda i diritti fondamentali della CEDU. Una descrizione dettagliata degli *steps* dei due test è fatta nella Parte II di queste Linee guida.¹

Una delle principali differenze tra i due strumenti per quanto riguarda il regime delle limitazioni ammesse consiste nel fatto che, a differenza della Carta, la CEDU individua specificamente, per ciascun diritto che ammette limitazioni, i motivi per i quali queste ultime sono ammesse. Tuttavia, questa divergenza sembra solo apparente quando si è in presenza di diritti della Carta che corrispondono a norme della CEDU, poiché allora l’art. 52, par. 3, CDF – letto alla luce della sua spiegazione – esclude che si possano ammettere limitazioni per motivi ulteriori rispetto a quelli consentiti rispetto ai corrispondenti diritti CEDU.²

Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Sent. 24 settembre 2013, app. n. 43612/10, *Belpietro c. Italia*

Maurizio Belpietro, direttore del quotidiano italiano “Il Giornale” era stato condannato per diffamazione per la pubblicazione di un articolo, scritto da un parlamentare italiano, che analizzava la mancanza di risultati nella lotta contro la mafia di Palermo. In particolare, l’autore muoveva critiche sia di negligenza nei confronti della magistratura italiana e di alcuni membri dell’ufficio della procura di Palermo nell’esercizio delle loro funzioni, che di utilizzo di strategie politiche. Considerando l’articolo diffamatorio, due pubblici ministeri depositavano una denuncia penale sia contro il deputato che contro l’editore del giornale, reo, a loro avviso, di aver pubblicato dichiarazioni diffamatorie senza una sufficiente base fattuale. Nel 2007, il Tribunale di Milano assolveva l’editore, sottolineando il diritto di un politico di esprimere pubblicamente le proprie opinioni personali su una questione importante come la lotta alla mafia. Tuttavia, nel 2009 l’editore veniva condannato in appello ad una pena di quattro mesi di reclusione (sospesa), nonché al pagamento di € 110.000 in favore delle parti civili. Secondo la Corte d’Appello di Milano, la cui sentenza veniva successivamente confermata dalla Cassazione, alcune delle accuse contro i due pubblici ministeri erano diffamatorie, in quanto particolarmente gravi e non supportate da una base fattuale sufficiente .

L’editore ricorreva alla Corte europea dei diritti dell’uomo, sostenendo che la condanna per diffamazione

¹ Si veda, in particolare, per quanto riguarda il test di proporzionalità di cui all’art. 52, par. 1, CDF, lo Scenario 1, Domanda 1, punto B); per quanto riguarda il test di proporzionalità enucleato dalla Corte EDU, Secondo Scenario, Domanda 1, punto A).

² Il testo dell’art. 52, par. 3, CDF è riportato nella Parte II di queste Linee guida, in particolare nel *Focus 2*. La spiegazione di questa disposizione precisa espressamente che la regola dell’interpretazione parallela riguarda anche “le limitazioni ammesse”.

aveva violato la sua libertà di espressione di cui all'articolo 10 della CEDU. La Corte EDU, dopo aver diffusamente richiamato i principi generali della propria giurisprudenza in materia di limitazioni all'attività giornalistica (compresa la necessità di trovare un giusto equilibrio tra il diritto alla tutela della reputazione dei pubblici ministeri protetto dall'articolo 8 della CEDU e il diritto del direttore di giornale alla libertà di espressione ai sensi dell'articolo 10 CEDU), ha rilevato che le autorità italiane non avevano violato l'articolo 10 della CEDU nell'affermare la responsabilità dell'editore. Anche se l'articolo riguardava una questione sulla quale il pubblico aveva il diritto ad essere informato, alcune delle accuse rivolte contro i pubblici ministeri erano molto gravi e difettavano di un riscontro oggettivo sufficiente.

Allo stesso tempo, però, la Corte ha ritenuto la sanzione della reclusione e l'ingente condanna di risarcimento comminata sproporzionati rispetto allo scopo perseguito, giungendo quindi alla conclusione (unanime) che tanto bastava per rendere l'ingerenza delle autorità italiane illegittima ai sensi dell'articolo 10 CEDU. In particolare, la Corte ha sottolineato che la condanna era essenzialmente per non aver eseguito un controllo sufficiente prima di pubblicare un articolo diffamatorio. Pertanto, non vi erano circostanze eccezionali che giustificavano una sanzione così grave come quella inflitta.

Il test di proporzionalità ex art. 52, par. 1, CDF nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE

Sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*

Con questa sentenza, la Corte di giustizia ha dichiarato l'invalidità della Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione (GU L 105, p. 54). Si tratta quindi di un caso di controllo di validità ex art. 52, par. 1, CDF di un atto di diritto UE, e non di una misura nazionale. Tuttavia, le condizioni per l'ammissibilità delle limitazioni a diritti fondamentali previsti dall'art. 52, par. 1, CDF si applicano ugualmente sia agli atti di diritto UE che alle misure nazionali che ricadono nell'ambito di applicazione della Carta, quale definito dal suo art. 51, par. 1 (sul quale si veda il Focus 1 nella Parte I di queste Linee guida).

La Direttiva 2006/24/CE mira ad armonizzare le norme degli Stati membri relative alla conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, allo scopo di garantirne la disponibilità a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, come quelli legati alla criminalità organizzata e al terrorismo, nel rispetto dei diritti sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta. Ad avviso della Corte, anche se la Direttiva non consente la conservazione dei contenuti delle comunicazioni, ma solo dei dati relativi al traffico, all'ubicazione, e altri dati connessi necessari ad identificare l'abbonato o l'utente, essa comporta un'ingerenza particolarmente grave sui diritti fondamentali di cui agli artt. 7 ("Rispetto della vita privata e familiare") e 8 ("Protezione dei dati personali") della Carta.

Passando quindi ad esaminare la proporzionalità dell'ingerenza in base al test di cui all'art. 52, par. 1, CDF, la Corte ha escluso la sussistenza di un pregiudizio al contenuto essenziale dei diritti fondamentali in gioco, poiché appunto la Direttiva non consente di venire a conoscenza del contenuto delle comunicazioni, e inoltre impone ai fornitori alcune regole relative alla protezione e alla sicurezza dei dati. Anche il requisito secondo cui la limitazione deve rispondere ad un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione è soddisfatto, poiché tale può ritenersi la lotta alla criminalità grave, cui la Direttiva mira. Ciononostante, secondo la Corte il legislatore UE ha ecceduto i limiti che derivano dal principio di proporzionalità. Dopo aver precisato che, "tenuto conto, da un lato, del ruolo importante svolto dalla protezione dei dati personali sotto il profilo del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e, dall'altro, della portata e della gravità dell'ingerenza in tale suddetto diritto che la direttiva 2006/24 comporta, il potere discrezionale del legislatore dell'Unione risulta ridotto e di conseguenza è necessario procedere ad un controllo stretto", la Corte ha affermato che la comunicazione dei dati

imposta dalla Direttiva è idonea a raggiungere l'obiettivo della stessa. D'altro canto, però, la Direttiva non contiene norme chiare e precise idonee a regolare la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta, in modo tale da garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario. Infatti, la Direttiva si applica in modo indiscriminato all'insieme degli individui, dei mezzi di comunicazione elettronica e dei dati relativi al traffico; non contiene alcun criterio oggettivo che permetta di limitare il numero di persone che dispongono dell'autorizzazione di accesso e di uso ulteriore dei dati conservati a quanto strettamente necessario alla luce dell'obiettivo perseguito, né simili criteri per determinare la durata della conservazione dei dati (entro il *range* 6-24 mesi); l'accesso ai dati conservati da parte delle autorità nazionali competenti non è subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente; neanche vi sono garanzie sufficienti contro i rischi di uso abusivo o illecito dei dati.

Per tali motivi, la Corte ha concluso che, adottando la direttiva 2006/24, il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta.

ii) Tecniche esperibili solo nei rapporti tra norma nazionale e norma UE

Rinvio pregiudiziale: è disciplinato dall'Art. 267 TFEU e rappresenta il principale meccanismo di cooperazione diretta tra giudici degli Stati membri e Corte di giustizia UE, finalizzato ad assicurare l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione del diritto UE. Consente al giudice nazionale di rivolgere questioni alla Corte di giustizia sulla interpretazione di norme di diritto primario e derivato UE, nonché sulla validità di norme di diritto derivato UE. Le questioni di interpretazione sono spesso funzionali a stabilire la compatibilità del diritto nazionale con la rilevante norma di diritto UE. In linea di principio, i giudici le cui decisioni non sono soggette ad impugnazione sono tenuti a sollevare il rinvio pregiudiziale, mentre gli altri giudici hanno solo una facoltà di farlo. Tuttavia, se un giudice nazionale dubita della validità di una norma UE, non potrà risolversi nel senso della invalidità della stessa (e quindi non applicarla) senza aver interpellato la Corte di giustizia al riguardo, e ciò a prescindere dal fatto che le sue decisioni siano o meno soggette ad impugnazione. Viceversa, i giudici di ultima istanza sono esentati dall'obbligo di proporre una questione pregiudiziale relativa alla interpretazione del diritto UE quando la Corte di giustizia ha chiarito il significato della norma rilevante, anche in un caso simile, ovvero la norma è di "chiara interpretazione" (*acte clair*). Tuttavia, il giudice nazionale può risolversi nel senso che la norma di diritto UE è chiara solo se si convince che il significato che attribuisce alla norma si imporrebbe con la stessa evidenza ad ogni altro giudice dell'UE e anche alla Corte di giustizia.

Esempi di rinvio pregiudiziale sollevati dal giudice italiano

TAR Lazio/Corte di giustizia UE, *Loredana Napoli c. Ministero della Giustizia*

Il TAR Lazio si è rivolto alla Corte di giustizia in quanto nutriveva dubbi sulla compatibilità con la Direttiva 2006/54/CE (riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego) della esclusione della ricorrente da un corso di formazione per un pubblico impiego, motivato dalla sua assenza dal corso per più di 30 giorni per un congedo obbligatorio di maternità. La ricorrente aveva superato il concorso per l'ammissione al corso di formazione per vice commissari dell'amministrazione penitenziaria. La sua successiva esclusione dal primo corso organizzato dopo l'esito del concorso derivava dall'art. 10, comma 2, D. Lgs. n. 146/2000, secondo cui "il personale di sesso femminile, la cui assenza oltre i trenta giorni è stata determinata da maternità, è ammesso a frequentare il corso successivo ai periodi d'assenza dal lavoro previsti dalle norme sulla tutela delle lavoratrici madri".

Nella sua ordinanza di rinvio, il TAR Lazio escludeva la possibilità di interpretare l'articolo 10 del

D. Lgs. n. 146/2000 in modo conforme alla Costituzione ed al diritto dell'Unione. A suo avviso, la chiara lettera della norma, che rinvia ai periodi di assenza prescritti dalle norme poste a tutela delle lavoratrici madri, tra cui dovrebbe necessariamente rientrare l'articolo 16 del D. Lgs. n. 151/2001 in tema di congedo obbligatorio per maternità, impedirebbe al giudice del rinvio di scegliere, tra i possibili significati dell'enunciato normativo in parola, quello più vicino ai principi costituzionali nazionali e ai principi fondamentali del diritto dell'Unione, salvo attribuire al testo della norma un significato non voluto dal legislatore.

La Corte di giustizia (sent. 6 marzo 2014, causa C-595/12) ha dichiarato la contrarietà della norma nazionale all'art. 15 della Direttiva 2006/54/CE. Dapprima la Corte ha ricordato che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della Direttiva 2006/54 stabilisce che un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità costituisce una discriminazione basata sul sesso, e che l'articolo 15 della stessa prevede che alla fine del periodo di congedo per maternità la donna abbia diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza. La Corte ha poi ritenuto che l'esclusione dal corso di formazione professionale a causa del congedo di maternità ha avuto un'incidenza negativa sulle condizioni di lavoro della sig.ra Napoli, poiché – a differenza dei propri colleghi – non ha potuto sostenere l'esame di accesso al superiore livello di carriera di vice commissario, percependo la retribuzione corrispondente a tale livello. Ciò integra un trattamento sfavorevole ai sensi dell'art. 15 della Direttiva.

La Corte ha poi precisato che, “anche se le autorità nazionali dispongono, a seconda delle circostanze, di un certo margine discrezionale quando adottano le misure che ritengono necessarie per garantire la pubblica sicurezza di uno Stato membro, esse sono tuttavia tenute, quando adottano misure in deroga a un diritto fondamentale, quale il diritto alla parità di trattamento tra uomini e donne, di cui la direttiva 2006/54 mira a garantire l'attuazione, a rispettare il principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione”. Secondo la Corte, “una misura come quella controversa nella causa principale, che prevede l'esclusione automatica dal corso di formazione e comporta l'impossibilità di presentarsi a sostenere l'esame organizzato in seguito senza tenere conto, in particolare, né della fase del corso in cui si verifica l'assenza per congedo di maternità, né della formazione già acquisita, e che si limita a riconoscere alla donna che abbia fruito di detto congedo il diritto di partecipare a un corso di formazione organizzato in data successiva ma incerta, non appare conforme al principio di proporzionalità. La violazione di tale principio è tanto più flagrante in quanto, come rilevato dal giudice del rinvio, la circostanza che l'inizio del successivo corso di formazione costituisca un evento incerto deriva dal fatto che le autorità competenti non sono obbligate a organizzare detto corso a scadenze predeterminate” (paragrafi 36 e 37).

La Corte ha poi affermato che l'art. 15 della Direttiva soddisfa i requisiti per l'effetto diretto, e “che, per consolidata giurisprudenza, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (par. 50).

Tribunale di Bolzano/Corte di Giustizia UE, Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri

Il ricorrente nel procedimento principale era un cittadino albanese residente e stabilmente occupato nella Provincia autonoma di Bolzano dal 1994, titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato. Dopo aver beneficiato - dal 1998 al 2008 - del sussidio per l'alloggio previsto all'articolo 2, primo comma, lettera k), della legge provinciale n. 13, del 17 dicembre 1998 (nella versione vigente all'epoca dei fatti), il ricorrente vedeva rigettata la domanda relativa all'anno 2009, a motivo che lo stanziamento

destinato ai cittadini di paesi terzi era esaurito. Avverso questa decisione proponeva quindi ricorso ai sensi degli artt. 44 D.lgs. 286/98 e 442 c.p.c. davanti al Giudice del Lavoro del Tribunale di Bolzano. Con esso lamentava il carattere discriminatorio della norma della predetta legge provinciale (art. 5) che, ai fini dell'attribuzione del sussidio, distingueva due categorie di potenziali beneficiari: i cittadini di Stati membri, da un lato, e i cittadini di Stati terzi e gli apolidi, dall'altro. L'allocazione delle risorse alle due categorie seguiva il criterio della media ponderata della consistenza numerica e del fabbisogno, ma criteri diversi erano previsti per stabilire la consistenza numerica per i due gruppi, di modo che le risorse allocate al secondo erano inferiori.

Il giudice adito accoglieva il ricorso con ordinanza, che veniva reclamata dalla Provincia Autonoma di Bolzano davanti al Tribunale di Bolzano. Quest'ultimo decideva di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, cui veniva richiesto – in sostanza – di chiarire se la Direttiva 2003/109/CE (relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, attuata in Italia dal decreto legislativo n. 3, dell'8 gennaio 2007, in G.U. n. 24, del 30 gennaio 2007, p. 4) ostasse ad una norma quale l'art. 5 della legge provinciale 13/1998, anche alla luce degli articoli 21 (non discriminazione) e 34 (sicurezza sociale e protezione sociale) della Carta.

Nella sent. 24 aprile 2012, causa C-571/10, la Corte di giustizia ha esaminato la compatibilità della normativa provinciale con l'art. 11 della Direttiva 2003/109/CE, che sancisce la parità di trattamento tra soggiornanti di lungo periodo e cittadini nazionali in materia di prestazioni di previdenza sociale, assistenza sociale e protezione sociale, quali definite dagli Stati membri. La Corte ha chiarito che, nonostante il rinvio al diritto nazionale, gli Stati membri, sono tenuti a rispettare l'art. 34 della Carta in materia di protezione sociale, cosicché spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di questa norma e «tenendo conto dell'obiettivo di integrazione perseguito da tale direttiva, (...) se un sussidio per l'alloggio, come quello previsto dalla legge provinciale, rientri in una delle categorie contemplate da detto articolo 11, paragrafo 1, lettera d)» (par. 81).

Passando ad esaminare la possibilità – lasciata agli Stati membri dall'art. 11, paragrafo 4, della Direttiva – di limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle “prestazioni essenziali”, la Corte ha precisato che questa nozione, che va interpretata alla luce della finalità della Direttiva, non può ricomprendere «le prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale concesse dalle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, che contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute» (par. 91). Inoltre, con il verosimile intento di circoscrivere ulteriormente la discrezionalità del legislatore e dei giudici nazionali nell'individuare le prestazioni che soddisfano tali requisiti, la Corte ha anche aggiunto che, «conformemente all'articolo 34 della Carta, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti; ne] consegue che, nei limiti in cui il sussidio di cui trattasi nel procedimento principale risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non può essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, della direttiva 2003/109» (par. 92).

Successivamente alla pronuncia della Corte di giustizia, il Tribunale di Bolzano ha confermato – con l'ordinanza n. 2324 del 29.11.2012 – la decisione del Giudice del Lavoro, rigettando dunque il reclamo. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che il sussidio per l'alloggio di cui alla legge provinciale n. 13 del 1998 non potesse essere qualificato come una “prestazione essenziale” nell'accezione indicata dalla Corte di giustizia. Questa conclusione è stata basata sulla differenza tra questo sussidio ed il contributo alle spese di locazione e accessorie di cui alla legge provinciale n. 13 del 1991. Quest'ultima contiene una clausola di sussidiarietà in forza della quale il contributo è dovuto in via subordinata rispetto alle altre prestazioni alle quali il beneficiario ha titolo (tra cui il sussidio per l'alloggio), con la conseguenza che quando il sussidio non viene percepito, il contributo è comunque dovuto. Inoltre, la legge relativa al contributo non prevede alcuna limitazione dei fondi dai quali si attingono i contributi, a prescindere dallo status soggettivo del richiedente. Dunque, il sussidio per l'alloggio ha natura di prestazione solo

complementare, e non essenziale. Ciononostante, il Tribunale ha rigettato il reclamo, poiché, diversamente da quanto richiesto dalla Corte di giustizia nella sua pronuncia pregiudiziale (cfr. para. 87), niente nella legge provinciale n. 13 del 1991 dava conto della “chiara intenzione” del legislatore di volersi avvalere della deroga di cui all’art. 11, par. 4, della Direttiva 2003/109/CE, e la previsione di criteri diversi per il calcolo della consistenza numerica dei due gruppi di beneficiari del sussidio costituisce un trattamento discriminatorio.

Disapplicazione: questa tecnica è probabilmente quella che determina il maggior grado di interferenza del diritto sovranazionale sul diritto nazionale, in quanto richiede al giudice nazionale di non applicare la norma nazionale che risulti in contrasto con una norma di diritto UE produttiva di effetti diretti. Nell’ordinamento italiano non è invece consentito al giudice comune di disapplicare la norma nazionale in contrasto con una norma della CEDU (nella interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell’uomo); in tal caso, il giudice dovrà invece sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale della norma nazionale rispetto all’art. 117, comma 1, Cost., e alla norma CEDU pertinente, che funge da “parametro interposto” di costituzionalità. Al contrario, ogni giudice nazionale può (*rectius*, deve) disapplicare le norme nazionali in contrasto con le norme di diritto UE, senza dover previamente adire la Corte costituzionale. In particolare, l’obbligo di disapplicare sussiste quando si è in presenza di un vero e proprio contrasto tra le due norme (ossia, non sussiste la possibilità di interpretare la norma nazionale in modo conforme alla rilevante norma di diritto UE: cfr. **interpretazione conforme**), e solo se la norma di diritto UE è produttiva di effetti diretti (cfr. il box dedicato alla questione degli effetti diretti nella parte II delle Linee guida). In ogni caso, la disapplicazione non incide sulla validità della norma dal punto di vista del diritto nazionale, ma ne preclude soltanto l’applicazione nel caso di specie. La “sorte” della norma nazionale disapplicata non è regolata, infatti, dal diritto UE.

Esempio di disapplicazione di una norma nazionale in contrasto con una norma UE

Tribunale di Pavia, ordinanza 19 settembre 2009, Manara c. INPS (Discriminazione in base all’handicap)*

* Esempio tratto da *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, p. 770-773, con testo dell’ordinanza e nota di S. Russi

Un dipendente INPS contestava la propria collocazione in graduatoria nell’ambito di una procedura di selezione interna, adducendo che l’anzianità di servizio era stata sottostimata, non essendosi tenuto conto di un periodo di congedo non retribuito di sei mesi usufruito dal ricorrente ai sensi dell’art. 4, comma 2, L. 53/2000 (*Norme per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e per il coordinamento dei tempi delle città*) per accudire la madre disabile. Tale ultima norma stabilisce, infatti, che “il congedo non è computato nell’anzianità di servizio”.

Il Tribunale di Pavia ha correttamente ritenuto di dover tenere in considerazione la Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (recepita in Italia dal D. lgs. 216/2003), che riguarda – *inter alia* – la discriminazione (diretta ed indiretta) basata sull’handicap, e trova applicazione a varie aree dell’impiego pubblico e privato, incluse le condizioni di lavoro e tra queste gli avanzamenti di carriera. Il Tribunale ha poi richiamato la sentenza della Corte di giustizia nella sent. *Coleman* (causa C-303/05, in *Raccolta* 2008, I-5603), in cui il giudice di Lussemburgo ha chiarito che la nozione di discriminazione in base alla disabilità ai sensi della Direttiva copre anche la cd. discriminazione per associazione, che ricorre quando la vittima non è la persona disabile stessa, ma piuttosto la disabilità di quest’ultima costituisce il motivo del trattamento meno favorevole cui è assoggettata una persona che ha con la prima una relazione (*lato sensu*, come, appunto, nel caso di chi si prende cura del disabile).

Il Tribunale di Pavia ha ritenuto che l’art. 4, comma 2, della L. 53/2000 integrasse una discriminazione

(diretta) per associazione e lo ha pertanto disapplicato, ordinando la collocazione del ricorrente nella posizione della graduatoria quale risultava tenendo conto anche del periodo di congedo.

iii) Tecniche esperibili in caso di conflitto tra norma nazionale e norma CEDU

Margine di apprezzamento (dottrina del): è una tecnica (sostanzialmente di *self-restraint*) utilizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per preservare le specificità (giuridiche, politiche, culturali, etiche, sociali) delle Alte parti contraenti. Consiste, infatti, nel lasciare alle autorità di queste ultime (compresi, quindi, i giudici) un certo margine di discrezionalità nell'interpretazione e applicazione delle clausole di limitazione e di deroga previste dalla CEDU. Ciò accade, in particolare, oppure quando occorre effettuare un bilanciamento tra due diritti fondamentali, oppure quando la Corte EDU non ritiene sussistente quello che in dottrina viene spesso definito "consenso europeo", ossia una visione condivisa che emerge dall'analisi dei sistemi giuridici e prassi delle Alte parti contraenti.

Una delle implicazioni della dottrina del margine di apprezzamento è che l'applicazione della CEDU non riceve necessariamente un'interpretazione uniforme negli ordinamenti delle Alte parti contraenti. In questo, il sistema di tutela cui fa capo la CEDU si distingue nettamente da quello di diritto UE, in cui l'applicazione di *standards* di protezione nazionali che si discostano (in ogni caso, solo *in melius*) da quello della Carta è ammessa solo in assenza di pregiudizio per "il primato, l'unità, e l'effettività del diritto UE", e purché il legislatore UE non abbia già determinato il livello di protezione.³

Il margine di apprezzamento nella prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo

Sent. 8 luglio 2008, app. n. 33629/06, *Attila Vajnai c. Ungheria*, §§ 44-45:

"[i] requisito secondo cui [una limitazione ad un diritto fondamentale garantito dalla CEDU] deve essere «necessario in una società democratica» esige che la Corte [EDU] stabilisca se l'interferenza di cui ci si lamenta risponde ad un «bisogno sociale imperativo». Le Alte Parti Contraenti hanno un certo margine di discrezionalità nello stabilire se sussiste un tale bisogno, che tuttavia non le esonera dal controllo europeo [i.e., da parte degli organi della Convenzione], che riguarda sia gli atti del legislatore nazionale che le decisioni che li applicano, incluse quelle rese da una corte indipendente. Pertanto, spetta comunque alla Corte [EDU] l'ultima parola circa la compatibilità di una «limitazione» con la libertà di espressione quale è protetta dall'art. 10 CEDU. [...] In particolare, la Corte europea deve stabilire se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificare l'interferenza erano «rilevanti e sufficienti», e se le misure adottate erano «proporzionate rispetto all'obiettivo legittimo perseguito». Nel fare questo, la Corte [EDU] deve giungere al convincimento che i giudici nazionali si sono basati su una valutazione dei fatti condivisibile, e che hanno applicato *standards* conformi ai principi di cui all'art. 10 [CEDU]" (traduzione nostra dall'inglese).

Sent. 7 febbraio 2012, app. n. 40660/08 e 60641/08, *Von Hannover c. Germania* (n. 2), §§ 104-107:

"La Corte ribadisce che la scelta dei mezzi necessari per assicurare il rispetto dell'art. 8 CEDU nella sfera delle relazioni tra privati è, in linea di principio, una materia che ricade nel margine di apprezzamento degli Stati membri [...]. Tuttavia, questo margine va di pari passo con il controllo europeo [i.e., da parte degli organi della Convenzione], che riguarda sia gli atti del legislatore nazionale che le decisioni che li applicano, incluse quelle rese da una corte indipendente. Nell'esercizio della sua funzione di supervisione, il compito della Corte [EDU] non è quello di sostituirsi alle corti nazionali, ma piuttosto di verificare, tenendo conto del caso nel suo complesso, se le decisioni da queste adottate sono compatibili

³ Sul ruolo degli *standards* nazionali di tutela nelle situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione della Carta, si veda il *box* su "Interpretazione della Carta e interrelazione tra giudizio di compatibilità e questione dello standard di protezione" nella Parte II di queste Linee guida.

con le rilevanti norme della CEDU. [...] Laddove il bilanciamento [tra due confliggenti diritti fondamentali garantiti dalla CEDU] è stato effettuato dalle autorità nazionali in conformità con i criteri enucleati dalla Corte [EDU] nella sua giurisprudenza, quest'ultima può sostituire la propria valutazione a quella delle corti nazionali solo in presenza di solide ragioni” (traduzione nostra dall'inglese).

Sent. 8 aprile 2014, app. n. 17120/09, *Dhahbi c. Italia*

Il caso riguardava il rifiuto opposto dalle autorità italiane ad un cittadino tunisino titolare di un soggiorno di lungo periodo di ottenere un sussidio per le famiglie (che secondo il ricorrente gli spettava in forza dell'Accordo cd. Euro-mediterraneo, ratificato dall'Italia con la l. 3 febbraio 1997, n. 35), nonché il rifiuto della Corte di Cassazione di proporre un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione di tale Accordo. La Corte di Strasburgo ha ritenuto l'Italia responsabile di una violazione tanto dell'art. 6 (diritto ad un giusto processo) che dell'art. 14 (non discriminazione). In particolare, con riguardo a quest'ultimo profilo, la Corte, dopo aver constatato che il mancato riconoscimento del sussidio si basava esclusivamente sulla nazionalità del ricorrente, ha escluso la sussistenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole del diverso trattamento riservato al Dhahbi rispetto ai cittadini italiani; ciò nonostante la sussistenza di un ampio margine di discrezionalità delle autorità nazionali nella materia in considerazione.

“Per quanto riguarda le "ragioni di bilancio" addotte dal governo [italiano], la Corte riconosce che la tutela degli interessi del bilancio dello Stato è un obiettivo legittimo della distinzione contestata. Tuttavia, questo obiettivo non può di per sé giustificare la disparità di trattamento denunciata. Si deve stabilire se sussiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra l'obiettivo legittimo di cui sopra e il mezzo utilizzato per perseguirlo. A questo proposito, la Corte ricorda che il rifiuto delle autorità nazionali di concedere al ricorrente il beneficio del sussidio familiare è fondato unicamente sul fatto che egli non possedeva la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea. È inoltre pacifico che a un cittadino italiano] nelle stesse circostanze del ricorrente sarebbe stato concesso il sussidio in questione. Pertanto, la nazionalità è l'unico criterio della differenza di trattamento contestata. Ora, la Corte ricorda che solo motivazioni particolarmente pressanti possono giustificare una disparità di trattamento fondata esclusivamente sulla nazionalità. In queste circostanze, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento di cui godono le autorità nazionali in materia di sicurezza sociale, gli argomenti addotti dal governo italiano non sono stati sufficienti a convincere la Corte dell'esistenza, in questo caso, di un ragionevole rapporto di proporzionalità, tale da rendere la contestata distinzione conforme all'articolo 14 della Convenzione” (par. 53; traduzione nostra dal francese).



European
University
Institute

DEPARTMENT
OF LAW



***STOSOWANIE TECHNIK INTERAKCJI SĄDOWEJ PRZEZ SĄDY KRAJOWE W
SPRAWACH DOTYCZĄCYCH PRAW PODSTAWOWYCH:
WSKAZÓWKI PRAKTYCZNE***



**EUROPEJSKA WSPÓŁPRACA SĄDOWA W PRAKTYCE
DOTYCZĄCEJ PRAW PODSTAWOWYCH SĄDÓW KRAJOWYCH -
NIEWYKORZYSTANY POTENCJAŁ METODOLOGII DIALOGU
SĄDOWEGO – PROJEKT FINANSOWANY W RAMACH PROGRAMU
KOMISJI EUROPEJSKIEJ „PRAWA PODSTAWOWE I OBYWATELSTWO”
(JUST/2012/FAC/AG/2755)**

Opracowanie wskazówek praktycznych:

**Zespół projektowy Centrum Współpracy Sędziowskiej (EUI CJC)
pod kierownictwem Prof. Fabrizio Cafaggi:**

dr Federica Casarosa
dr Filippo Fontanelli
dr Nicole Lazzerini
dr Giuseppe Martinico
dr Mislav Mataija
Madalina Moraru, LLM
Prof. Cesare Pitea
Karolina Podstawa, LLM
Prof. Aida Torres Perez

Opracowanie wersji polskiej wskazówek praktycznych:

**Wydział Prawa Europejskiego Biura Orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego
pod kierownictwem Prof. UJ dr hab. Niny Półtorak:**

Przemysław Florjanowicz-Błachut
Marta Kulikowska
Piotr Wróbel

© Centre for Judicial Cooperation, European University Institute, 2014

No part of this document may be copied, reproduced or transmitted without prior permission of the authors. The contents of this document are the sole responsibility of the authors and cannot be taken to reflect the views of the European Commission.

**STOSOWANIE TECHNIK INTERAKCJI SĄDOWEJ PRZEZ SĄDY KRAJOWE W
SPRAWACH DOTYCZĄCYCH PRAW PODSTAWOWYCH:
WSKAZÓWKI PRAKTYCZNE***

SPIS TREŚCI: I. Wprowadzenie – II. Schemat orzekania w sprawach dotyczących praw podstawowych przez sądy krajowe: zarys – III. Proces orzekania w sprawach dotyczących praw podstawowych przez sądy krajowe: dyskusja

I. Wprowadzenie

Niniejsze wskazówki dotyczą „interakcji sądowej”¹ rozumianej jako zestaw technik, które *są* lub *mogą* być stosowane przez sądy i sędziów w Europie dla zapewnienia spójności i koordynacji (lub przynajmniej zminimalizowania ryzyka powstawania konfliktów) w obszarze ochrony praw podstawowych. Stanowią one integralną część Podręcznika przygotowanego w ramach projektu „Europejska współpraca sądowa w zakresie stosowania praw podstawowych w orzecznictwie sądów krajowych”, ale zostały pomyślane również jako samodzielny, kompletny dokument.

Techniki interakcji sądowej są szczególnie ważne wtedy, gdy wydanie orzeczenia w danej sprawie wymaga uwzględnienia nie tylko prawa krajowego, ale także jednego lub kilku źródeł prawa ponadnarodowego. Ma to często miejsce wtedy, gdy sąd danego państwa członkowskiego zajmuje się kwestiami dotyczącymi ochrony praw podstawowych. Istnienie wielu ponadnarodowych systemów prawnych gwarantujących ochronę praw podstawowych (EKPC i prawo UE) z częściowo nakładającymi się sferami ich stosowania, różnymi zasadami wykładni normatywnej i różną hierarchią, jest dla sędziów krajowych skomplikowanym zadaniem. Przypisana została im rola sędziów właściwych zarówno dla prawa UE, jak i EKPC. Dlatego zawsze, gdy orzekają w sprawach dotyczących praw podstawowych, muszą: (i) ustalić, czy w rozstrzyganej przez nich sprawie zastosowanie znajdują ponadnarodowe źródła ochrony praw podstawowych i jeśli tak, to które; (ii) ustalić precyzyjny zakres, znaczenie i poziom ochrony praw podstawowych, biorąc pod uwagę orzecznictwo przynajmniej jednego trybunału ponadnarodowego (TSUE/ ETPC); (iii) zapewnić skuteczność odpowiednich norm ponadnarodowych, co może wymagać rozwiązania konfliktu pomiędzy przepisami europejskimi a prawem krajowym; (iv) znaleźć równowagę pomiędzy różnymi prawami podstawowymi i/lub interesami publicznymi. Jeżeli w wybranej sprawie zastosowanie znajdują zarówno przepisy prawa UE, jak i EKPC, sędziowie krajowi muszą rozstrzygnąć złożoną kwestię relacji pomiędzy tymi dwoma systemami (i odpowiednimi trybunałami).

* Niniejsze Wskazówki zostały przygotowane przez Filippo Fontanelli, Nicole Lazzerini i Madalina Moraru a następnie zweryfikowane przez innych ekspertów prawnych Zespołu Projektowego; stanowią one załącznik do Podręcznika Metody interakcji sądowych w sprawach dotyczących europejskich praw podstawowych.

¹ W niniejszych Wskazówkach i Podręczniku, którego są integralną częścią używane jest bardziej neutralne i szersze pojęcie „interakcji sądowej”, zamiast „dialogu sądowego”. „Interakcja sądowa” obejmuje *wszystkie formy kontaktów (celowe lub przypadkowe)* pomiędzy sądami, podczas gdy „dialog sądowy” odnosi się głównie do celowych, formalnych kontaktów pomiędzy sądami. Konkretnie przypadki interakcji mogą różnić się pod względem intensywności, rezultatu i typologii. W szerszym sensie „interakcja sądowa” może być rozumiana jako *zestaw technik stosowanych przez sądy i sędziów w celu promocji spójności i koordynacji (lub przynajmniej zminimalizowania ryzyka konfliktów) pomiędzy różnymi systemami prawnymi i sądowymi w zakresie ochrony wybranych dóbr konstytucyjnych* – takich jak prawa człowieka – które są chronione na różnych poziomach (krajowym, międzynarodowym i ponadnarodowym).

Poprzez zastosowanie technik interakcji sądowej sądy krajowe dążą do zapewnienia skuteczniejszego i bardziej spójnego poziomu ochrony praw podstawowych w Europie, skracając dzięki temu czas trwania postępowania sądowego. Jeżeli zastosowania nie znajduje żadne źródło prawa ponadnarodowego, sprawę należy rozstrzygnąć na podstawie prawa krajowego, ale nadal może pojawić się interakcja sądowa na poziomie krajowym skutkująca podobnymi, korzystnymi rezultatami.²

Sędziowie krajowi stosują różne techniki rozwiązywania konfliktów pomiędzy krajowymi, europejskimi i międzynarodowymi źródłami prawa dotyczącymi praw podstawowych. Techniki dostępne dla sędziów krajowych w danej sprawie i kolejność ich zastosowania są uwarunkowane czynnikami takimi jak *rodzaj mających zastosowanie źródeł prawa i istnienie(lub nie) konfliktu pomiędzy przepisem krajowym a przepisem prawa ponadnarodowego* (w rozumieniu konfliktu, który nie może być rozwiązany za pomocą wykładni).

Jeśli chodzi o pierwszy czynnik (*rodzaj mających zastosowanie źródeł prawa*), niniejsze wskazówki wyznaczają schemat rozumowania sędziego krajowego w sytuacji, gdy w sprawie dotyczącej ochrony praw podstawowych, zastosowanie znajdują przepisy wywodzące się z przynajmniej jednego źródła prawa ponadnarodowego. Zgodnie z przyjętą w Podręczniku strukturą, zastosowanie znajdują dwa ponadnarodowe źródła prawa: Karta praw podstawowych UE (KPP UE lub Karta) i Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC). Przewidziano dwa warianty postępowania w zależności od tego, czy dana sprawa mieści się w zakresie prawa unijnego (**Scenariusz 1**), czy też nie (**Scenariusz 2**). Ze względu na to, że Karta znajduje zastosowanie tylko w sprawach mieszczących się w zakresie prawa UE³, Scenariusz 2 dotyczy sytuacji, kiedy zastosowanie znajduje wyłącznie EKPC.⁴ Natomiast w Scenariuszu 1 zastosowanie mogą znajdować zarówno Karta, jak i EKPC. Dzieje się tak dlatego, że Wysokie Układające się Strony EKPC „zapewnią każdemu człowiekowi podlegającemu ich jurysdykcji prawa i wolności określone [w Konwencji]” (art. 1 EKPC). Innymi słowy Konwencja nie podlega ograniczeniom właściwości rzeczowej, którym podlega Karta.⁵

W sprawach, w których oprócz prawa krajowego zastosowanie znajdują Karta i/lub EKPC, możliwe jest zastosowanie następujących technik interakcji sądowej: **wykładnia zgodna (odpowiednio: wykładnia pronijna, wykładnia zgodna z EKPC), kierowanie pytań prejudycjalnych (tylko w przypadku prawa UE), test proporcjonalności, margines oceny, metoda prawoporównawcza, wzajemne uznawanie, odstąpienie od stosowania przepisów krajowych i wstrzymanie sądu.**⁶ Kolejność ich zastosowania jest

² Na temat interakcji pomiędzy sądami krajowymi – zob. punkt 4.a Części II Podręcznika. Należy również zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w kompetencji TSUE leży wydawanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym również w ograniczonej liczbie sytuacji nie mieszczących się w zakresie prawa unijnego, w szczególności gdy prawo krajowe odnosi się do treści określonych przepisów prawa UE, czyniąc je bezpośrednio i bezwarunkowo stosowalnym w przypadku czysto wewnętrznych sytuacji: por. np. wyroki TSUE: z 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-482/10 Cicala, Zb. Orz. 2011, s. I-14139 i z 7 listopada 2013 r. w sprawie C-313/12 Romeo, dotychczas niepublikowany w Zbiorze.

³ Zob. ramkę „Kiedy prawa podstawowe UE znajdują zastosowanie w prawie krajowym?” w punkcie 1 poniżej.

⁴ Państwa członkowskie mogą jednak zdecydować o rozszerzeniu zakresu zastosowania Karty, w ramach prawa krajowego, o sytuacje, które z zasady nie znalazłyby się w zakresie jej zastosowania: zob. przypis nr 2 powyżej, por. również wyrok austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 14 marca 2012 r. w sprawach U 466/1 i U 1836/11, gdzie Kartę uznano za wzorzec kontroli sądowej konstytucyjności przepisów prawa krajowego.

⁵ Dodatkowo, istnieją również pewne ograniczenia charakterystyczne dla praw podstawowych. Więcej informacji na temat konkretnego zakresu zastosowania EKPC w odniesieniu do praw podstawowych objętych Projektem w porównaniu do zakresu zastosowania prawa UE i prawa krajowego – zob. Podręcznik, Część I.

⁶ Więcej informacji na temat podstaw prawnych wskazanych technik, ich funkcji, strategicznego stosowania i konsekwencji – zob. Podręcznik, Część II, która zawiera również konkretne przykłady zastosowania tych technik w obszarze niedyskryminacji, rzetelnego procesu sądowego i wolności słowa.

uwarunkowana głównie istnieniem (lub nie) konfliktu pomiędzy przepisem krajowym a normą ponadnarodową. Na przykład w sytuacji braku wątpliwości co do znaczenia przepisu prawa UE, należy zbadać, czy przepis krajowy jest oczywiście zgodny z prawem UE, czy też możliwa jest jego prounijna (zgodna) wykładnia. Jeśli nie, istnieje możliwość skierowania pytania prejudycjalnego do TSUE (sądy krajowe ostatniej instancji mają obowiązek skierować takie pytanie).⁷ Natomiast w sytuacji, gdy znaczenie przepisu prawa UE jest niejasne, a tym samym trudno jest ocenić zgodność przepisu krajowego z prawem UE, w pierwszej kolejności należy rozważyć skierowanie pytania prejudycjalnego. Zgodnie z powyższym niniejsze wskazówki przedstawiają możliwe sposoby działania (A, B, C, itd.) w zależności od tego, czy: przepis prawa krajowego jest zgodny z odpowiednimi normami ponadnarodowymi, z nimi niezgodny lub istnieją wątpliwości co do jego zgodności. Tam, gdzie to stosowne, dokonano dalszego rozróżnienia w zależności od charakteru wątpliwości sędziego krajowego.

Wskazówki składają się z dwóch części. W Punkcie 1 przedstawiono schemat procesu orzekania w sprawach dotyczących praw podstawowych w sądach krajowych, który uwzględnia dwa wspomniane wyżej scenariusze. W Punkcie 2 omówiono je bardziej szczegółowo, prezentując dodatkowe spostrzeżenia i wskazówki, przydatne dla sędziów krajowych podczas rozstrzygania spraw dotyczących europejskich praw podstawowych.

II. Schemat orzekania w sprawach dotyczących praw podstawowych

A. Czy w sprawie ma zastosowanie prawo UE?

Na to pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, jeżeli istnieje przepis prawa UE (pierwotnego lub wtórnego) inny niż przepis Karty, który znajduje zastosowanie w stanie faktycznym danej sprawy: (por. ramka poniżej).

NIE → W sprawie może jednak mieć zastosowanie EKPC. Jeśli tak, zob. część C niżej. W przeciwnym przypadku sprawę należy rozstrzygnąć na podstawie prawa krajowego.

TAK → Jeśli w sprawie ma zastosowanie prawo UE, to również zastosowanie znajdują przepisy Karty. Dodatkowo stosowane mogą być również przepisy EKPC. Zob. część B poniżej.

Kiedy prawa podstawowe UE znajdują zastosowanie?

Zgodnie z art. 51 ust. 1 Karty praw podstawowych UE zatytułowanym „Zakres zastosowania” prawa i zasady w nim określone są wiążące dla państw członkowskich „wylącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii”. W wyroku z dnia 26 lutego 2013 roku w sprawie C-617/10 Åkerberg Fransson, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, TSUE zinterpretował ten przepis w taki sposób, że „poszanowanie praw podstawowych chronionych na mocy Karty jest (...) konieczne w sytuacji, gdy przepisy krajowe mieszczą się w zakresie zastosowania prawa Unii”. (pkt 21, dodano kursywę). W dwóch nowszych wyrokach (odpowiednio z 6 marca 2014 r. w sprawie C-206/13, *Cruciano Siragusa*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze i z 27 marca 2014 r. w sprawie C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, TSUE wskazał, że „pojęcie stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 Karty wymaga istnienia powiązania określonego stopnia [z prawem UE]” (wyrok w sprawie C-206/13, *Cruciano Siragusa*, pkt 24) i że „jeżeli stan prawny nie jest objęty zakresem stosowania prawa Unii, Trybunał nie jest

⁷ Art. 267 TFUE.

właściwy do jego oceny, a przytaczane ewentualne postanowienia Karty nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do nadania mu takiej właściwości” (wyrok w sprawie C-265/13, Emiliano Torralbo Marcos, pkt 30). Wynika z tego, że naruszenie przepisu Karty można rozpatrywać wyłącznie wówczas, gdy w sprawie zastosowanie znajdzie przepis prawa UE, inny niż przepis Karty, którego naruszenie jest przedmiotem skargi.

Jak wskazuje Allan Rosas,

„Karta znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy sprawa nie tylko dotyczy postanowień Karty, ale również innych norm prawa Unii. Musi istnieć przepis lub zasada pierwotnego lub wtórnego prawa Unii, która odnosi się do danej sprawy. Jest to podstawowy wniosek, który należy wyciągnąć: problem nie polega głównie na zastosowaniu przepisów Karty, ale raczej relewantności innych norm unijnych”

Poniżej znajduje się wykaz sytuacji, przygotowany na podstawie orzecznictwa TSUE, w których obowiązują postanowienia Karty, ponieważ w sprawie zastosowanie znajduje innych przepis/zasada prawa UE (łącznik):

- sprawy dotyczące przepisów krajowych przyjętych w celu wykonania rozporządzenia UE (np. wyroki TSUE: z 1 lipca 1989 r. w sprawie 5/88 Wachauf, Zb. Orz. 1989, s. 2609; z 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-292/97 *Kjell Karlsson*, Zb. Orz. 2000, s. I-2737 lub pierwotnego prawa UE (przepisów TUE/TFUE);
- sprawy dotyczące przepisów przyjętych w celu wdrożenia dyrektywy (np. wyroki TSUE: z 10 lipca 2003 r., w sprawach połączonych C-20/00 i C-64/00, *Booker Aquacultur i Hydro Seafood*, Zb. Orz. 2003, s. I-7411; z 15 stycznia 2014 r. w sprawie C-176/12 *Association de médiation sociale* dotychczas nieopublikowany w Zbiorze; z 22 listopada 2012 r. w sprawie C-385/11, *Elbal Moreno*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, przepisów krajowych, które stanowią wdrożenie dyrektywy, ale nie zostały przyjęte wprost w tym celu (państwa członkowskie nie muszą przyjmować nowych środków w celu wdrożenia dyrektywy, jeżeli krajowy porządek prawny zapewnia zgodność z tą dyrektywą) lub służą wykonaniu obowiązków państw członkowskich, nawet jeśli takie przepisy zostały przyjęte przed wejściem w życie przepisu unijnego nakładającego dany obowiązek (np. obowiązek przyjęcia sankcji, których celem jest zapewnienie skutecznego pobierania podatku VAT: wyrok TSUE w sprawie C-617/10 *Åkerberg Fransson*);
- sprawy dotyczące przepisów krajowych mieszczących się w zakresie *ratione materiae* i *personae* dyrektywy po upływie terminu transpozycji (ale należy zauważyć, że nie jest to jeszcze utrwalone orzecznictwo: por. wyrok TSUE z 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 *Kücükdeveci*, Zb. Orz. 2010, s. I-365);
- sprawy dotyczące przepisów krajowych, wprowadzających odstępstwo od zasad przewidzianych w pierwotnym lub wtórnym prawie UE ze względu na interes publiczny (np. art. 36 TFUE, art. 45 ust. 3 TFUE, art. 4 Decyzji ramowej ENA, ograniczenia swobodnego przepływu obywateli UE i ich bliskich określone w Dyrektywie 2004/38/WE; por. wyroki TSUE: z 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, Zb. Orz. 1991, s. I-2925; z 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, Zb. Orz. 2010, s. I-13693; gdy przepis krajowy wprowadza odstępstwo od prawa UE w celu ochrony prawa podstawowego, należy wyważyć pomiędzy ograniczoną swobodą a chronionym prawem podstawowym (por. wyroki TSUE: z 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 *Schmidberger*, Zb. Orz. 2003, s. I-5659; z 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega*, Zb. Orz. 2004, s. I-9609; z 30 kwietnia 2014 r. w sprawie C-390/12 *Pfleger*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze.
- sprawy dotyczące krajowych przepisów procesowych, które regulują wykonanie praw

przyznanych przez prawo UE (takich jak prawo do odszkodowania od państwa członkowskiego za szkody wyrządzone osobom prawnym lub fizycznym poprzez nieterminowe wdrożenie dyrektywy: zob. wyrok TSUE z 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-279/09 *DEB*, Zb. Orz. 2010, s. I-13849).

Należy również zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, Trybunał może dokonywać wykładni przepisów prawa Unii w sytuacjach czysto krajowych, jeśli jest to uzasadnione tym, że przepisy prawa UE znajdują zastosowanie poprzez prawo krajowe w sposób bezpośredni i bezwarunkowy w celu zapewnienia identycznego traktowania sytuacji krajowych i sytuacji regulowanych prawem Unii: por. np. wyroki TSUE: w sprawie C-482/10 *Cicala* i w sprawie C-313/12 *Romeo*.

B. Sytuacje, w których ma zastosowanie prawo UE

Sytuacja, określona w Scenariuszu 1 w Punkcie 2 niniejszych wskazówek.

Aby udzielić odpowiedzi na poniższe Pytanie 1 (**Czy przepis prawa krajowego jest zgodny z prawem UE?**), należy wziąć pod uwagę, że:

- przepisy prawa UE, a w szczególności Karty podlegają szczególnym zasadom wykładni;
- w sytuacji, gdy przepis Karty odnosi się do prawa podstawowego przyznanego na mocy EKPC, należy zwrócić uwagę na art. 52 ust. 3 KPP (obowiązek wykładni zgodnej z EKPC/orzecznictwem ETPC);⁸
- wymagania wynikające z obowiązku dokonywania zgodnej wykładni są uzależnione od relacji pomiędzy przepisem prawa krajowego a przepisem prawa UE, który powoduje, że sprawa mieści się w zakresie zastosowania prawa UE (ma charakter „sprawy unijnej”).

Zob. pierwsza ramka w Punkcie 2 („Wykładnia Karty i wymagania dotyczące zapewnienia zgodności przepisów krajowych z Kartą”)

Pytanie 1: Czy przepis prawa krajowego jest zgodny z prawem UE?

TAK: sędzia może zastosować prawo krajowe.

NIE WIADOMO:

i. – ponieważ istnieją wątpliwości co do wykładni przepisu prawa UE

Sąd krajowy może (a sąd, od którego orzeczeń nie przysługują środki zaskarżenia - ma obowiązek – art. 267 TFUE) skierować pytanie prejudycjalne do TSUE dotyczące wykładni przepisów prawa UE, których interpretacja nie jest oczywista. Skierowanie pytania prejudycjalnego nie jest konieczne, jeżeli TSUE dokonał już wykładni danego przepisu.⁹

Pytanie prejudycjalne

⁸ Art. 52 ust. 3 Karty praw podstawowych brzmi następująco: „W zakresie, w jakim niniejsza Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję. Niniejsze postanowienie nie stanowi przeszkody, aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę.”

⁹ Zob. wyrok TSUE z 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 Srl CILFIT i Lanificio di Galardo, Zb. Orz. 1982, s. 3415 – zob. Podręcznik, Część II.

Po ustaleniu właściwej wykładni przepisu prawa UE, należy ocenić, czy przepis krajowy jest zgodny z prawem UE lub, czy istnieje możliwość wykładni zapewniającej zgodność z prawem UE (zob. punkt ii poniżej).

Wykładnia pronijna

ii. – ponieważ przepis krajowy może być różnie interpretowany

Inaczej niż w przypadku i) sędzia nie ma wątpliwości co do właściwej wykładni przepisu prawa UE. Ze względu jednak na to, że przepis krajowy może być różnie interpretowany, należy w takim przypadku przyjąć interpretację, która zapewnia zgodność przepisu krajowego z prawem UE, z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE.

Wykładnia pronijna

Jeżeli nie jest możliwa taka wykładnia, dochodzi do konfliktu: zob. Pytanie 2.

iii. – ponieważ przepis krajowy stanowi ograniczenie prawa podstawowego przyznanego na mocy Karty

Przepis krajowy jest zgodny z prawem UE, jeżeli spełni kryteria testu proporcjonalności. Ograniczenie krajowe musi: *być przepisem rangi ustawowej, szanować istotę prawa podstawowego, rzeczywiście odpowiadać celom interesu ogólnego, ustanawiać środki niezbędne i adekwatne (proporcjonalne) do zakładanego celu.*

Proporcjonalność

Przy ocenie proporcjonalności ograniczenia krajowego, przydatne może okazać się zwrócenie uwagi na:

1) orzecznictwo TSUE;

Współpraca wertykalna

2) orzecznictwo sądów krajowych innych państw członkowskich.

Metoda prawoprównawcza

Jeżeli istnieją wątpliwości co do oceny proporcjonalności, sąd krajowy może skierować pytanie prejudycjalne do TSUE, w kwestii dopuszczalności krajowego ograniczenia w świetle postanowień

Karty. Obowiązek skierowania pytania istnieje tylko w przypadku sądów krajowych ostatniej instancji i tylko wtedy, gdy dana sprawa nie została jeszcze wyjaśniona przez TSUE.

Pytanie prejudycjalne

TSUE może albo udzielić sądowi krajowemu wskazówek, albo pozostawić mu margines oceny w zakresie oceny proporcjonalności.

Precyzyjne wytyczne a
wstrzeźliwość

NIE: zob. Pytanie 2.

Pytanie 2: Czy możliwe jest odstępianie od stosowania krajowego przepisu sprzecznego z prawem UE?

Dla udzielenia twierdzącej odpowiedzi na to pytanie odpowiedni przepis prawa UE musi mieć bezpośredni skutek, tj. być jasny, precyzyjny i bezwarunkowy.

Odmowa zastosowania

TAK: sędzia musi zastosować prawo UE i odmówić zastosowania przepisu prawa krajowego.

Uwaga: jeżeli zachodzi sprzeczność z dyrektywą UE, odmowa zastosowania przepisu krajowego jest możliwa tylko wtedy, gdy jest to w interesie jednostki w sporze z organem państwa (*więcej informacji na temat skutku horyzontalnego praw podstawowych UE zob. druga ramka w Punkcie 2 („Bezpośredni skutek przepisów prawa UE, w szczególności przepisów Karty”)*).

NIE: Państwo członkowskie może zostać pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie prawa UE (zgodnie z wyrokiem TSUE z 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych C-6/90 oraz C-9/90 Francovich i Bonifaci, Zb. Orz. 1991, s. I-5357). Jednak jeżeli sprawa mieści się także w zakresie zastosowania EKPC, konieczne może okazać się rozpatrzenie skutków Konwencji w prawie krajowym. Jeżeli krajowy porządek prawny dopuszcza odstępianie od stosowania sprzecznego z EKPC przepisu krajowego, wtedy można odmówić zastosowania takiego przepisu. Zob. szerzej Pytanie 2 części C.

C. Sytuacje pozostające poza zakresem prawa UE, ale w zakresie EKPC

Scenariusz 2 w Punkcie 2 niniejszych wskazówek.

Pytanie 1. Czy przepis krajowy jest zgodny z odpowiednim przepisem EKPC również w świetle orzecznictwa ETPC?

TAK: sędzia może go zastosować.

NIE: dochodzi do konfliktu. Zob.pytanie 2 poniżej.

NIE WIADOMO:

i. – jeśli przepis krajowy ogranicza prawo podstawowe przyznane na mocy EKPC

Jeżeli prawo podstawowe należy do praw, które dopuszczają ograniczenia, przepis krajowy jest zgodny z EKPC wtedy, gdy wynik testu proporcjonalności ustalonego przez ETPC jest pozytywny. Przepis krajowy musi **być określony w ustawie, służyć słusznemu celowi, być niezbędny w demokratycznym społeczeństwie oraz być proporcjonalny w wąskim rozumieniu.**

Margines oceny

Proporcjonalność

Oceniając proporcjonalność środka należy uwzględnić orzecznictwo ETPC. Margines oceny, jakim dysponują sądy krajowe przy przeprowadzaniu testu proporcjonalności, zależy od tego, czy w Europie istnieje konsensus w sprawie danego ograniczenia prawa podstawowego. Na tej podstawie ETPC ustala zakres swobody państw – stron i ich sądów (zob. Scenariusz 2).

Współpraca wertykalna

ii. – jeśli przepis krajowy może być różnie interpretowany

Sędzia krajowy musi wybrać wykładnię prawa krajowego zapewniającą zgodność z EKPC, z uwzględnieniem orzecznictwa ETPC.

Wykładnia zgodna

Pytanie 2: Czy możliwe jest niezastosowanie normy krajowej sprzecznej z EKPC?

Sędzia krajowy musi ocenić, czy prawo krajowe dopuszcza odmowę zastosowania przepisów krajowych sprzecznych z EKPC.

TAK: sędzia może odmówić zastosowania przepisu krajowego.

Odmowa zastosowania

NIE: Istnieje możliwość, że odmowa zastosowania normy krajowej sprzecznej z EKPC będzie wynikiem zbadania jej konstytucyjności (bezpośrednio, z EKPC służącą za wzorzec oceny lub pośrednio z wykorzystaniem Konwencji jako elementu istotnego przy wykładni stosownego przepisu konstytucyjnego).

Wykładnia zgodna

III. Proces orzekania w sprawach dotyczących praw podstawowych w sądach krajowych: dyskusja

A. Pierwszy scenariusz

Sąd krajowy musi rozstrzygnąć sprawę wchodzącą w zakres prawa UE i dotyczącą stosowania prawa podstawowego przyznanego na mocy Karty. W niektórych przypadkach spór może dotyczyć również zastosowania EKPC.

Aby dokonać oceny zgodności środka krajowego z Kartą, należy wziąć pod uwagę dwa elementy. Po pierwsze, należy ustalić treść (znaczenie) przepisu Karty.¹⁰ W tym celu należy dokonać wykładni w świetle specyficznych zasad wykładni prawa UE (np. zasada *effet utile*), a w szczególności samej Karty (zob. art. 52 KPP). Jeżeli treść przepisu prawa UE nadal (w tym przepisów Karty) jest niejasna, należy rozważyć skierowanie pytania prejudycjalnego do TSUE. Po drugie, ocena zgodności prawa krajowego z Kartą różni się w zależności od relacji pomiędzy prawem krajowym a prawem UE. Kwestie te, które mają podstawowe znaczenie dla ustalenia, czy krajowe przepisy są zgodne z prawem UE, zostały omówione w poniższej ramce a) i b).

Wykładnia Karty (a) i wymagania dotyczące zapewnienia zgodności przepisów krajowych z Kartą (b)

(a) Przy ustalaniu treści przepisów Karty, należy uwzględnić Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych¹¹ i orzecznictwo TSUE.

Zgodnie z art. 52 ust. 3 KPP „W zakresie, w jakim niniejsza Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznaných przez tę konwencję”. Dlatego należy ustalić, czy dany przepis Karty odpowiada prawu podstawowemu przyznanemu na mocy EKPC. Jeśli tak, należy wziąć pod uwagę orzecznictwo ETPC dotyczące wykładni odpowiedniego przepisu EKPC. Jednak w art. 52 ust. 3 KPP dodano także, że „Niniejsze postanowienie nie stanowi przeszkody, aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę”. Zgodnie z powyższym, sędzia krajowy nie ma obowiązku kierować się orzecznictwem ETPC, gdy ustanawia ono niższy poziom ochrony, niż ten przyznany przez TSUE.

Wyjaśnienie do art. 52 ust. 3 Karty zawiera wykaz przepisów Karty, które odpowiadają (całkowicie

¹⁰ Sędzia krajowy może mieć wątpliwości co do wykładni wybranego przepisu Karty, ale także co do znaczenia innego przepisu prawa UE w świetle Karty. W obydwu przypadkach wykładnia, o którą proszono TSUE, jest potrzebna do ustalenia zgodności przepisów krajowych z prawem UE. Na przykład w wyroku TSUE w sprawie C-279/09 *DEB* sąd krajowy wnioskował o wykładnię art. 47 Karty. Sąd miał wątpliwości dotyczące zgodności z art. 47 krajowego przepisu, zgodnie z którym dochodzenie odpowiedzialności państwa członkowskiego na zasadzie ustalonej w wyroku TSUE w sprawach połączonych C-6/90 i 9/90 *Francoovich i Bonifaci* wymagało zapłaty kosztów postępowania z góry, a osoby prawne nie miały możliwości otrzymania pomocy prawnej. Z kolei w wyroku TSUE z 16 września 2010 r. w sprawie C-149/10 *Chatzi*, Zb. Orz. 2010, s. I-8489, sąd krajowy zwrócił się do TSUE o wyjaśnienie wykładni art. 2 ust. 2 Porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego (określonego w załączniku do dyrektywy 96/34/WE) w świetle art. 24 Karty dotyczącego praw dziecka. Sąd kierujący pytanie miał wątpliwości dotyczące spójności z Porozumieniem ramowym krajowych przepisów wykonawczych, które przyznawały matkom bliźniąt jeden okres urlopu rodzicielskiego. Ponieważ Karta ma taki sam status jak Traktaty (art. 6 ust. 1 TUE), przepisy prawa UE muszą być spójne z prawami podstawowymi w niej zawartymi. To oznacza, że o ile to możliwe, przepisy prawa UE muszą być interpretowane zgodnie z Kartą.

¹¹ Wyjaśnienia w języku polskim zostały opublikowane w Dz. Urz. UE C 303 z 14 grudnia 2007 r., s. 17.

lub w części) podstawowym prawem przyznanym przez EKPC.

(b) Karta znajduje zastosowanie wtedy, gdy przepis krajowy mieści się w zakresie prawa UE.¹² W zależności od związku pomiędzy stanem faktycznym w danej sprawie a prawem UE, można wymienić trzy scenariusze:

i) **Zakres działania państwa członkowskiego „jest określony w całości prawem UE” (wyroki TSUE w sprawie C-399/11 *Melloni*¹³ oraz w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10 *N.S. i M.E.*¹⁴):** w tym scenariuszu przepis krajowy dokonuje transpozycji aktu prawa UE (lub zawartego w nim przepisu) przewidującego dokładny poziom ochrony, który należy zapewnić prawu podstawowemu. Innymi słowy, prawodawca unijny zatroszczył się o zrównoważenie – za pomocą wspomnianego aktu lub przepisu – dwóch konkurujących praw podstawowych lub prawa podstawowego i celu leżącego w interesie publicznym (np. prawo oskarżonego a skuteczność systemu ENA (wyrok TSUE w sprawie C-399/11 *Melloni*); prawo osoby wnioskującej o azyl a podział obowiązków pomiędzy państwami członkowskimi UE (interes państwa, do którego adresowany jest wniosek o azyl, w zakresie odesłania wniosków do państwa wjazdu azylantów) (wyrok w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, *N.S. i M.E.*). Oczywiście akt prawa UE musi być zgodny z Kartą. Dlatego też jeżeli sąd krajowy ma wątpliwości, czy poziom ochrony wynikający z aktu prawa UE jest zgodny z Kartą, może zakwestionować ważność aktu prawa UE w procedurze pytania prejudycjalnego. Jeśli istnieją wątpliwości co do ważności aktu/przepisu UE, nie można odmówić jego zastosowania bez skierowania pytania prejudycjalnego do TSUE, nawet jeśli dany sąd nie jest sądem ostatniej instancji. Z kolei jeżeli nie ma wątpliwości co do ważności aktu prawa UE, należy zbadać, czy przepis krajowy ustanawia odpowiedni poziom ochrony, wynikający z aktu/przepisu prawa UE. Jeżeli poziom ochrony wynikający z przepisów krajowych jest niższy, to przepis krajowy będzie sprzeczny z Kartą (wyrok w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, *N.S. i M.E.*). Podobnie sprzeczny z prawem UE jest przepis krajowy, który poprzez zawyżenie poziomu ochrony narusza skuteczność przepisów prawa UE (wyrok TSUE w sprawie C-399/11 *Melloni*).

ii) **Zakres działania państw członkowskich „nie jest określony w całości prawem UE” (wyroki TSUE w sprawach: C-279/09 *DEB*, C-617/10 *Fransson*, C-81/12 *ACCEPT*):** w tym scenariuszu przepis krajowy wdraża akt prawa UE, który pozostawia państwom członkowskim margines oceny w kwestii ustalenia poziomu ochrony praw podstawowych (np. krajowe przepisy proceduralne określające wykonanie praw przyznaných na mocy prawa UE przed sądami krajowymi [*DEB*]¹⁵ lub na mocy przepisów krajowych określających sankcje zapewniające ochronę praw przyznaných przez prawo UE [*Fransson*, *ACCEPT*]¹⁶). W takich przypadkach państwa członkowskie (w tym sądy) muszą zagwarantować, że przepis krajowy jest zgodny z Kartą lub, co skutkuje tym samym, przewiduje ograniczenie zawartego w niej prawa podstawowego, które spełnia warunki testu proporcjonalności określonego w art. 52 ust. 1 KPP. Inaczej niż w poprzednim scenariuszu, państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o zwiększeniu poziomu ochrony w stosunku do poziomu ochrony ustalonego na mocy Karty (np. ze względu na fakt, że

¹² Por. ramka „Kiedy prawa podstawowe UE znajdują zastosowanie w prawie krajowym?”.

¹³ Wyrok TSUE z 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 *Melloni*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 59.

¹⁴ Wyrok TSUE z 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, *N.S. i M.E.*, Zb. Orz. 2011, s. I-13905.

¹⁵ Wyrok TSUE w sprawie C-279/09 *DEB*.

¹⁶ Wyrok z 31 maja 2013 r. w sprawie C-81/12 *ACCEPT*; dotychczas nieopublikowany w Zbiorze; zob. wyrok TSUE w sprawie C-617/10 *Fransson*, pierwsza ramka.

krajowa konstytucja przewiduje wyższy poziom ochrony praw podstawowych). Jednak taki przepis nadal musi być zgodny¹⁷ z aktem prawa UE i nie może w nieuzasadniony sposób ograniczać praw podstawowych. Co więcej, w przypadku krajowych sankcji nakładanych za naruszenie praw UE (wyroki TSUE w sprawach: C-81/12 *ACCEPT*, C-617/10 *Fransson*), przepis krajowy musi spełniać warunki wynikające z dwóch podstawowych zasad UE: równoważności i skuteczności. Zasada równoważności wymaga od sędziów krajowych odmowy zastosowania krajowych przepisów proceduralnych, które ustanawiają mniej korzystne warunki realizacji prawa przyznanego na mocy prawa UE w porównaniu do równoważnych praw zagwarantowanych w prawie krajowym; zgodnie z zasadą skuteczności, krajowe przepisy proceduralne nie mogą czynić praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym dochodzenia (również zwykłych) praw przyznaných na mocy prawa UE.¹⁸ Zgodność z zasadą skuteczności oceniana jest „z uwzględnieniem miejsca tego przepisu w całej procedurze i jej biegu oraz jej cech szczególnych, przed różnymi sądami krajowymi.”¹⁹

iii) **Państwa członkowskie chcą zastosować prawnie uzasadnione odstępstwo od prawa UE (wyroki TSUE w sprawach: C-260/89 *ERT*, C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*):** przepis krajowy dokonujący transpozycji odstępstw określonych w pierwotnym i wtórnym prawie UE (por. przykłady w pierwszej ramce) musi być proporcjonalny: musi zachowywać równowagę pomiędzy realizacją (słusznego) celu, w którym został wprowadzony, a niezastosowaniem zasady prawa UE. Wszystkie środki krajowe będące odstępstwem od prawa UE muszą być zgodne z Kartą. Dlatego wszelkie ograniczenia praw podstawowych przyznaných na mocy Karty w celu realizacji uzasadnionego interesu muszą spełniać warunki testu proporcjonalności (art. 52 ust. 1 KPP).

Pytanie 1: Czy przepis prawa krajowego jest zgodny z prawem UE?

A. Jeżeli **przepis krajowy jest zgodny z prawem UE** (w rozumieniu określonym w i), ii) lub iii) ramki 1 powyżej) sędzia krajowy może go zastosować.

Należy zauważyć, że przepis krajowy zgodny z prawem UE może być niezgodny z EKPC lub obowiązkami wypływającymi z innych traktatów międzynarodowych wiążących dane państwo członkowskie. Chociaż TSUE i ETPC w ostatnich latach coraz częściej powoływały się wzajemnie na swoje orzecznictwo, wciąż mogą istnieć pewne różnice.²⁰ W takim przypadku sędzia krajowy

¹⁷ W punkcie 29 wyroku w sprawie C-617/10 *Fransson*, TSUE wskazał, że „gdy sąd państwa członkowskiego przystępuje do kontroli zgodności z prawami podstawowymi przepisu prawa krajowego lub działania organów krajowych stanowiącego akt stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty – a dotyczy to sytuacji, w której działanie państw członkowskich nie jest w pełni określone przepisami prawa Unii – organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z Karty stosownie do wykładni Trybunału ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii”.

¹⁸ Wyrok TSUE z 9 listopada 1983 r. w sprawie 199/82 *San Giorgio*, Zb. Orz. 1983, s. 3595.

¹⁹ Wyroki TSUE: z 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 *Peterbroeck*, Zb. Orz. 1995, s. I- 4599, pkt 14; z 10 kwietnia 2003 r. w sprawie C-276/01 *Joachim Steffensen*, Zb. Orz. 2003, s. I-3735, pkt 66; z 18 września 2003 r., w sprawie C-12/501 *Peter Pflücke*, Zb. Orz. 2003, s. I-9375, pkt 33; z 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-63/01 *Samuel Sidney Evans*, Zb. Orz. 2003, s. I-14447, pkt 46.

²⁰ Zob. np. różnice w wykładni nadawanej przez TSUE i ETPC zasadzie niedyskryminacji, prawu do rzetelnego procesu i wolności słowa w części II Podręcznika.

może być zobowiązany do dokonania wyboru pomiędzy zgodnością z prawem UE a zgodnością z innymi międzynarodowymi zobowiązaniami.

B. Nie jest jasne, czy przepis krajowy jest zgodny z odpowiednim przepisem prawa UE.

Na przykład, istnieją wątpliwości co do znaczenia przepisu prawa UE.²¹ W tym przypadku można skierować do TSUE pytanie prejudycjalne w przedmiocie wykładni stosownego przepisu Karty (lub aktu/przepisu prawa UE).²² Jak już wskazano wyżej, obowiązek skierowania pytania prejudycjalnego dotyczy sądów ostatniej instancji (**pytanie prejudycjalne**). Skierowanie pytania prejudycjalnego nie jest konieczne, jeżeli TSUE wyjaśnił już znaczenie danego przepisu. Dlatego przed skierowaniem pytania należy przeanalizować dotychczasowe orzecznictwo TSUE (**współpraca wertykalna**). Gdy znaczenie przepisu (przepisów) prawa UE zostanie ustalone, należy ocenić, czy przepis prawa krajowego jest z nim zgodny lub, w innym przypadku, czy jest możliwa **wykładnia prounijna**. Jeśli nie, pojawia się sprzeczność, o której mowa w Pytaniu 2.

Mogą istnieć wątpliwości co do zgodności z prawem UE przepisu krajowego, który ogranicza prawo przyznane na mocy Karty. Należy zauważyć, że środek, który ogranicza prawo przyznane na mocy Karty, może mimo to być z nią zgodny (zob. punkty ii) i iii) w ramce 1 na końcu niniejszego Scenariusza), zgodnie z wymogami art. 52 ust. 1 KPP, który przewiduje **test proporcjonalności**. Należy udzielić odpowiedzi na następujące pytania:

- Czy ograniczenie jest przewidziane w przepisie o randze ustawowej?
- Czy przepis krajowy chroni istotę prawa podstawowego przyznanego na mocy prawa UE, którego wykonanie jest ograniczone?
- Jeśli tak, czy prawo unijne chroni ogólny interes uznany przez Unię, lub czy konieczna jest ochrona praw i wolności innych osób? (*sluszny interes*)
- Jeśli tak, czy dany przepis krajowy jest odpowiedni do osiągnięcia ustalonego celu? (*adekwatność*)
- Jeśli tak, to czy przepis krajowy jest najmniej restrykcyjnym środkiem krajowym pozwalającym na osiągnięcie tego celu (w odniesieniu do ograniczonego prawa przyznanego na mocy Karty i prawa UE)? (*niezbędność*)
- Jeśli tak, ograniczenie prawa podstawowego musi być uzasadnione koniecznością zapewnienia ochrony istotnego interesu (*proporcjonalność w ścisłym znaczeniu*).

Jeżeli którykolwiek z aspektów testu proporcjonalności nie zostanie spełniony, przepis krajowy nie jest zgodny z prawem UE: zobacz **D**).²³

Do ustalenia proporcjonalności przepisu krajowego, przydatne jest uwzględnienie wykładni tego prawa podstawowego UE w orzecznictwie Trybunału (**współpraca wertykalna**) lub innych sądów krajowych (**metoda prawnoporównawcza**).

Jeżeli nie da się usunąć wątpliwości, odnosząc się do orzecznictwa innych sądów, można skierować pytanie prejudycjalne do TSUE (sądy krajowe ostatniej instancji muszą wypełnić ten obowiązek), dotyczące tego, czy odpowiedni przepis Karty rzeczywiście dopuszcza ograniczenie w określonym zakresie (**kierowanie pytań prejudycjalnych**). Chociaż ostateczna decyzja dotycząca

²¹ Lub innego przepisu prawa UE, którego wykładnię należy ustalić w świetle Karty.

²² Tak może być np. w sprawie, w której przepis prawa UE można różnie interpretować, a to, czy prounijna wykładnia jest możliwa, zależy od tego, która wykładnia przepisu prawa UE zostanie przyjęta. Ponieważ TSUE jest jedynym organem dokonującym wiążącej wykładni prawa UE (por. art. 19 TUE), sąd krajowy nie może we własnym zakresie przesądzić, który sposób wykładni prawa UE, zapewnia zgodność z krajowym porządkiem prawnym.

²³ Zob. wyrok TSUE z 8 kwietnia 2014 r. w sprawach połączonych C-293/12 i C-594/12 *Digital Rights*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze.

proporcjonalności środka krajowego zawsze jest pozostawiona sędziemu krajowemu, w niektórych przypadkach TSUE dostarcza bardzo precyzyjnych wytycznych i w zasadzie wskazuje, czy przepis krajowy jest proporcjonalny czy nie. Z kolei w innych sytuacjach pozostawia sądowi krajowemu duży margines oceny w zakresie przeprowadzenia testu proporcjonalności (wstrzemięźliwość sądu).²⁴

C. Nie ma wątpliwości co do znaczenia stosownego przepisu (przepisów) prawa UE, ale **przepis krajowy może być interpretowany w różny sposób**. W takiej sytuacji, należy zastosować wykładnię zapewniającą, że przepis krajowy jest zgodny z prawem UE, także w świetle orzecznictwa TSUE (wykładnia pronunijna). Jeżeli nie można ustalić wykładni pronunijnej, zachodzi konflikt: zob. Pytanie 2 poniżej.

D. Jeżeli **przepis krajowy jest wyraźnie niezgodny z prawem UE**: zob. Pytanie 2 poniżej.

Jeżeli nie można rozstrzygnąć konfliktu poprzez zastosowanie pronunijnej wykładni, należy ustalić, czy stosowny przepis prawa UE wywołuje bezpośredni skutek, a tym samym pozwala na odstępnie od stosowania sprzecznego z nim przepisu krajowego.

Bezpośredni skutek prawa UE, w szczególności przepisów Karty

Przepisy prawa UE, które są jasne, precyzyjne i nie pozostawiają swobody co do ich wykonania przez państwa członkowskie, mogą stanowić podstawę roszczeń osób prawnych i fizycznych przed sądami krajowymi dotyczących odmowy stosowania przepisów krajowych sprzecznych z prawem UE. Wyróżnia się odpowiednio wertykalny i horyzontalny skutek bezpośredni, w zależności od tego, czy bezpośredni skutek przepisu prawa UE stanowi podstawę działań w kontekście postępowania pomiędzy osobą fizyczną lub prawną a państwem członkowskim (a dokładniej, jednym z jego organów) lub w sporach pomiędzy jednostkami. Należy zauważyć, że do celów bezpośredniego skutku wertykalnego TSUE przyjął szerokie rozumienie terminu „państwo”: jak stwierdził w pkt 39 wyroku w sprawie C-282/10 *Dominguez*²⁵: „wśród podmiotów, przeciwko którym dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, figuruje również podmiot, któremu – niezależnie od jego formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i który w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.”

Jeśli chodzi o skutek horyzontalny, istnieją pewne ograniczenia. W szczególności przepisy dyrektyw UE nie mogą być powoływane w sporach pomiędzy jednostkami w celu odmowy zastosowania sprzecznych z prawem UE przepisów krajowych (np. wyrok TSUE w sprawie C-282/10 *Dominguez*, pkt 37). Natomiast wykładnia pronunijna może być zastosowana w sporach pomiędzy jednostkami w celu zapewnienia zgodności prawa krajowego z dyrektywą. Jednak „spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i zasadę niedziałania prawa wstecz, i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*”.²⁶

Jeśli nie można zastosować pronunijnej wykładni w sporze pomiędzy jednostkami w celu

²⁴ Por. np. wyrok ETPC z 24 czerwca 2010 r., *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* (skarga nr 30141/04). Szerzej na temat testu proporcjonalności i doktryny marginesu oceny: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

²⁵ Wyrok TSUE z 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10 *Dominguez*, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze.

²⁶ Wyrok TSUE z 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 *Impact*, Zb. Orz. 2008, s. I-2483, pkt 100.

rozwiązania konfliktu pomiędzy dyrektywą a prawem krajowym, środkiem przyznanym jednostkom przez prawo UE jest dochodzenie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa zgodnie z wyrokiem TSUE w sprawach połączonych C-6/90 i 9/90 *Francovich i Bonifaci*. Należy przy tym spełnić pewne wymagania: celem przepisu prawa UE, który nie został wdrożony do prawa krajowego, musi być przyznanie jednostkom określonego prawa, musi istnieć związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy naruszeniem ze strony państwa i szkodą poniesioną przez jednostkę. Naruszenie musi być wystarczająco poważne, jednak ten wymóg jest zawsze spełniony, w sytuacji braku implementacji przepisów dyrektywy (ale nie błędnej interpretacji).

Jeśli chodzi o Kartę, art. 52 ust. 5 KPP UE zasadniczo wylacza bezpośrednią skuteczność tych przepisów Karty, które zawierają „zasady”. Jednak ani Karta, ani Wyjaśnienia nie obejmują wyczerpującej listy przepisów zawierających „zasady”. Wyjaśnienie do art. 52 ust. 5 KPP UE tylko w celach poglądowych wskazuje art. 25, 26 i 37 jako przykłady „zasad” Karty. W tym samym wyjaśnieniu dodano również, że „w niektórych przypadkach artykuł zawarty w Kartce może zawierać zarówno elementy prawa, jak i zasady, np. 23, 33 i 34”. Dlatego warto rozważyć możliwość skierowania pytania prejudycjalnego w przedmiocie wyjaśnienia charakteru przepisu Karty w kontekście danej sprawy.

Należy zauważyć, że w wyroku w sprawie C-176/12 *Association de médiation sociale*, TSUE potwierdził, że przynajmniej niektóre przepisy Karty mogą wywoływać bezpośredni skutek, w tym w sporach pomiędzy jednostkami (pod warunkiem, że dana sprawa mieści się w zakresie prawa UE).²⁷ Aby przepis Karty miał bezpośredni skutek, musi być „sam z siebie wystarczający do tego, aby przyznać jednostkom prawo podmiotowe, które może być powoływane jako takie” (por. wyrok w sprawie C-176/12 *Association de médiation sociale*, pkt 47). TSUE potwierdził także, że zakaz dyskryminacji ze względu na wiek zawarty w art. 21 ust. 1 KPP spełnia warunki tego testu (nie spełnia ich natomiast art. 27 dotyczący prawa pracowników do informacji i konsultacji). Jeżeli tocząca się sprawa dotyczy innego przepisu Karty, warto, wykorzystując procedurę pytania prejudycjalnego, zwrócić się do TSUE o wyjaśnienie, czy taki przepis jest bezpośrednio skuteczny.

Pytanie 2: Czy możliwe jest odstąpienie od stosowania krajowego przepisu sprzecznego z prawem UE?

A. Jeżeli **przepis prawa UE jest bezpośrednio skuteczny** należy go zastosować odmawiając zastosowania sprzecznego z nim przepisu krajowego (odmowa zastosowania przepisów krajowych).

B. Jeżeli **nie jest jasne, czy przepis prawa UE jest bezpośrednio skuteczny**, należy rozważyć zasadność skierowania pytania prejudycjalnego.

C. Jeżeli **przepis prawa UE nie jest bezpośrednio skuteczny** i nie można zastosować prounijnej wykładni, środkiem procesowym przyznanym jednostkom przez prawo UE jest roszczenie odszkodowawcze, zgodnie z wyrokiem w sprawach połączonych C-6/90 i 9/90 *Francovich i Bonifaci*.²⁸ Jednak jeżeli sprawa mieści się także w zakresie zastosowania EKPC, konieczne może okazać się rozpatrzenie skutków EKPC w ramach krajowego porządku prawnego. Jeżeli krajowy porządek prawny dopuszcza odstąpienie od stosowania sprzecznego z

²⁷ Zob. pierwszą ramkę „Kiedy prawa podstawowe UE znajdują zastosowanie?”

²⁸ Zob. ramkę dotyczącą skutku bezpośredniego powyżej oraz wyrok TSUE w sprawach połączonych C-6/90 i 9/90 *Francovich i Bonifaci*.

EKPC przepisu krajowego, wtedy można odmówić zastosowania takiego przepisu (zob. poniżej Pytanie 2 Scenariusza 2).

Należy zwrócić uwagę, że zasada prawa UE może być sprzeczna z krajową konstytucją. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE „na mocy zasady pierwszeństwa prawa UE (...) zasady prawa krajowego, nawet dotyczące porządku konstytucyjnego, nie mogą naruszać skuteczności prawa UE na terytorium takiego państwa”.²⁹

B. Drugi scenariusz

Sprawa tocząca się przed sądem krajowym nie mieści się w zakresie prawa Unii, ale dotyczy prawa podstawowego przyznanego na mocy EKPC lub Protokołu wiążącego dane państwo członkowskie *a quo*.³⁰

Pytanie 1: Czy przepis krajowy jest zgodny z odpowiednim przepisem EKPC (lub protokołem do niej)?

Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy ustalić znaczenie przepisu EKPC (lub protokołu do niej) istotnego w rozstrzyganej sprawie, z uwzględnieniem orzecznictwa ETPC.

Jeżeli **przepis krajowy jest zgodny z EKPC**, można go zastosować.

Należy zauważyć, że przepis krajowy, który ustanawia ograniczenie prawa podstawowego przyznanego na mocy EKPC, jest dopuszczalny, jeżeli spełnione są dwa warunki: dane prawo podstawowe podlega ograniczeniu (nie jest absolutne) oraz test opracowany przez ETPC w celu sprawdzenia dopuszczalności ograniczeń przyniesie pozytywny wynik. W ramach tego testu wymaga się, aby ograniczenie:

- było przewidziane w ustawie;
- służyło słusznemu celowi (należy zauważyć, że inaczej niż w przypadku Karty, przepisy EKPC określające prawa podstawowe zawierają enumeratywne wyliczenie dopuszczalnych celów ograniczeń);
- było niezbędne w demokratycznym społeczeństwie, tj. z wprowadzeniem ograniczenia wiąże się odpowiednia potrzeba społeczna;
- było proporcjonalne; **proporcjonalność** w szczególności wymaga, aby: 1) krajowy środek był odpowiedni do zakładanego celu; 2) mniej restrykcyjne środki nie były dostępne; 3) zachowana zostaje istota prawa podstawowego.

Przy ocenie proporcjonalności środka krajowego, należy zwrócić uwagę na orzecznictwo ETPC w podobnych sprawach (**współpraca wertykalna**), ze względu na to, że zgodnie z EKPC główna odpowiedzialność za stosowanie Konwencji spoczywa na krajowych władzach publicznych, w tym sądach krajowych. Co więcej, ETPC czasami pozostawia państwom określony **margines oceny** przy ustalaniu odpowiedniej równowagi pomiędzy prawem podstawowym a celem związanym z interesem publicznym/konkurującym prawem podstawowym. W takich przypadkach krajowe władze publiczne muszą ustalić najodpowiedniejsze rozwiązanie, spełniające warunki prawa podstawowego, którego ochrona jest priorytetem w danej sprawie, nie ograniczając przy tym nadmiernie konkurencyjnego interesu/prawa podstawowego. Zakres, jeśli nie samo istnienie,

²⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-399/11 *Melloni*, pkt 59.

³⁰ Status ratyfikacji Protokołów do EKPC można monitorować pod adresem <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

marginesu oceny jest uwarunkowany istnieniem konsensusu w ramach prawa i praktyk państw dotyczących obowiązkowej ochrony prawa podstawowego przyznanego na mocy Konwencji („Konsensus europejski”). Następstwem doktryny marginesu oceny jest to, że państwa niekoniecznie stosują EKPC w jednolity sposób. To pokazuje różnice w stosunku do Karty (i a prawa UE w ogóle), której zastosowanie jest w mniejszym stopniu uzależnione od krajowych uwarunkowań, w zgodzie z zasadą pierwszeństwa prawa UE. Jednocześnie należy wskazać, że zakres marginesu oceny jest mechanizmem powściągliwości ETPC względem krajowych systemów prawa i/lub praktyki, przy czym mechanizm ten nie gwarantuje zwolnienia z obowiązku przestrzegania przepisów Konwencji. Przyznanie państwom członkowskim marginesu oceny nie wyłącza więc nadzoru ze strony ETPC.³¹

B. Jeżeli **przepis krajowy może być różnie interpretowany**, należy zastosować wykładnię (jeśli taka jest dostępna), która zapewnia zgodność z EKPC również w świetle ewentualnych orzeczeń ETPC (wykładnia zgodna).

C. Jeśli **przepis krajowy nie jest zgodny z EKPC** i nie jest możliwa wykładnia zgodna, dochodzi do konfliktu, o którym mowa w pytaniu 2.

Pytanie 2: Czy możliwe jest niezastosowanie normy krajowej sprzecznej z EKPC?

Należy zwrócić uwagę, że odpowiedź na to pytanie różni się w zależności od państwa, ponieważ zależy ona od formalnej rangi i skutków EKPC w ramach prawa krajowego.

A. Jeżeli krajowy porządek prawny **dopuszcza odmowę zastosowania przepisów krajowych sprzecznych z EKPC**, można odmówić zastosowania przepisu krajowego (**odmowa zastosowania przepisów krajowych**).

B. Jeżeli krajowy porządek prawny **nie dopuszcza odmowy zastosowania przepisów krajowych sprzecznych z EKPC**, być może istnieje możliwość skierowania pytania dotyczącego jego konstytucyjności. Takie pytanie dotyczyć będzie naruszenia EKPC, czy to bezpośredniego (z EKPC służącą za wzorzec kontroli) czy pośredniego (z wykorzystaniem Konwencji do dokonania wykładni stosownego przepisu konstytucyjnego) (**wykładnia zgodna**).

³¹ ETPC wyjaśniał tę kwestię wielokrotnie. Na przykład w wyroku z 8 lipca 2008 r., *Attila Vajnai przeciwko Węgrom* (skarga nr 33629/06) ETPC dokonał następującej analizy: Test „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” wymaga, aby Trybunał ustalił, czy ingerencja, której dotyczy skarga, odpowiadała „pilnej potrzebie społecznej”. Wysokie Ukladające się Strony dysponują pewnym marginesem oceny w zakresie oceny, czy taka potrzeba istnieje, jednak idzie to w parze z nadzorem europejskim obejmującym zarówno legislację, jak i wdrażające ją decyzje, nawet te wydawane przez niezależny sąd. Trybunał jest więc upoważniony do wydania prawomocnego orzeczenia, w którym stwierdzi, czy «ograniczenie» jest możliwe do pogodzenia z wolnością wyrażania opinii chronioną na mocy postanowień art. 10 Konwencji. [...] W szczególności Trybunał musi ustalić, czy powody przytoczone przez władze krajowe w celu uzasadnienia ingerencji, były «istotne i wystarczające» i czy zastosowany środek był «proporcjonalny do założonego słusznego celu» Trybunał musi przy tym upewnić się, czy władze krajowe, opierając się na odpowiedniej ocenie istotnych faktów, stosowały normy zgodne z zasadami określonymi w art. 10.”

ZAŁĄCZNIK

Przykłady orzeczeń ilustrujące użycie technik interakcji sędziowskiej

1. Wykładnia zgodna z prawem UE lub EKPC

- Sąd Najwyższy (Zjednoczone Królestwo), Home Office przeciwko Tariq [2011] UKSC 35, 13 lipca 2011 r., i powiązane sprawy
- Sprawy dotyczące Ustawy Pinto (Włochy): wyrok ETPC z 29 lipca 2004 r., Scordino przeciwko Włochom (skarga nr 36813/97); wyrok ETPC z 6 września 2001 r., Brusco przeciwko Włochom (skarga nr 69789/01); Sąd Najwyższy (Włochy), nr 1338 – 1341, 26 stycznia 2004 r. i nr 14, 18 kwietnia 2008 r.;
- Trybunał Konstytucyjny (Chorwacja), wyrok U-III/5270/2012, D.A.P.T. (skarżący) przeciwko Republice Chorwacji, i wyrok U-III / 464 /2013, A. Z. (skarżący) przeciwko Republice Chorwacji
- Wysoki Trybunał (Irlandia), P.M. (Botswana) przeciwko Ministrowi Sprawiedliwości i Reformy Prawa, Prokuratorowi Generalnemu i Irlandii [2012], IEHC 34, 31 stycznia 2012 r.;
- Trybunał w Mediolanie (sąd pierwszej instancji, Włochy), wyrok z 9 sierpnia 2007 r. (zwolnienie z powodu ciąży; dyskryminacja ze względu na płeć);
- Trybunał Konstytucyjny (Hiszpania), STC 198/2012, 6 listopada 2012 r. (małżeństwa tej samej płci, dyskryminacja ze względu na orientację seksualną);
- Trybunał Konstytucyjny (Włochy), wyrok nr 227, 21 czerwca 2010 r. (konstytucyjność przepisów wykonawczych ENA);
- Trybunał Konstytucyjny (Polska), wyrok K 63/07, 15 lipca 2010 r. (wiek emerytalny, dyskryminacja ze względu na płeć);
- Trybunał Konstytucyjny (Polska), wyrok SK 45/09, z 16 listopada 2011 r. (wykładnia przyjazna integracji europejskiej);
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok II FSK 2083/10, 20 marca 2012 r. (dyskryminacja ze względu na orientację seksualną);
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok I OSK 793/10, 20 października 2010 r., (dyskryminacja ze względu na pochodzenie rasowe i etniczne);
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), uchwała I OPS 10/13, 12 maja 2014 r., (prawo do sądu w standardzie unijnym);
- Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Polska), wyrok IV SA/Wa 154/13, 15 marca 2013 r. (dyskryminacja ze względu na orientację seksualną a prawo pobytu);
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), postanowienie II OZ 403/14, 7 maja 2014 r. (prawo pomocy a prawo do sądu w art. 47 KPP);
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), postanowienie I OSK 508/09, 28 października 2009 r. (prawo do informacji, standard ETPC).

2. Pytania prejudycjalne

- Trybunał Konstytucyjny (Austria), wyrok U466/11 i inne, 12 marca 2012 r.;
- Trybunał Konstytucyjny (Hiszpania), STC 199/2009, Wilson Adran John, 28 września 2009 r. i ATC 86/2011, Melloni (postanowienie, skierowanie do TSUE), 9 czerwca 2011 r.; wyrok TSUE z 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 Stefano Melloni, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze;
- Wyrok TSUE z 29 stycznia 2013 r. w sprawie C-396/11 Radu, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze; wyrok Sądu Apelacyjnego w Constancie (Rumunia) zgodny z orzeczeniem wydanym w trybie prejudycjalnym przez TSUE w sprawie Radu oraz wyrok Wysokiego Trybunału Rumunii z 17 lipca 2013 r.;
- Wyrok TSUE z 30 maja 2013 r. w sprawie C-168/13 Jeremy F. przeciwko Premier ministre, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze i Conseil Constitutionnel (Francja), nr 2013-314, Jeremy F. przeciwko Premier ministre, 14 czerwca 2013 r.;
- Sąd Najwyższy (Zjednoczone Królestwo), R przeciwko Horncastle & Ors [2009], UKSC 14, 9 grudnia 2009 r. oraz Sąd Apelacyjny (Zjednoczone Królestwo) R przeciwko Ibrahim [2012] EWCA Crim 837, 27 kwietnia 2012 r.;
- Wysoki Trybunał Kasacji i Sprawiedliwości (Rumunia), wyrok nr 5043/2012, Circul Globus București;
- Wyrok TSUE z 29 listopada 2001 r. w sprawie C-366/99 Joseph, Zb. Orz. 2001, s. I-9383;
- Wyrok TSUE z 30 września 2010 r. w sprawie C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez, Zb. Orz. 2010, s. I-08661;
- Wyrok TSUE z 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 Seda Küçükdeveci, Zb. Orz. 2010, s. I-365;
- Wyrok ETPC z 7 czerwca 2001 r., Kress przeciwko Francji (skarga nr 39594/98);
- Postanowienie ETPC z 4 czerwca 2013 r., Marc-Antoine przeciwko Francji (skarga nr 54984/09);
- Wyrok TSUE z 19 listopada 2009 r. w sprawie C-314/08 Filipiak, Zb. Orz. 2009, s. I-11049; Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), I FSK 1370/12 z 20 września 2013 r. (procedura prejudycjalna a związanie sądu wyrokiem sądu wyższej instancji);
- Trybunał Konstytucyjny (Polska), wyrok Kp 3/08 z 18 lutego 2009 r. (procedura prejudycjalna jako ważny element prawa do sądu);
- Trybunał Konstytucyjny (Polska) postanowienie P 37/05 z 19 grudnia 2006 r. (pytanie prejudycjalne do TSUE a pytanie do TK w sytuacji wątpliwości co do zgodności prawa polskiego z prawem UE);
- Wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-544/07 Rüffler, Zb. Orz. 2009, s. I-3389; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu (Polska) z 25 sierpnia 2009 r., I SA/Wr 946/09 wydany po orzeczeniu prejudycjalnym TSUE w sprawie Rüffler.

3. Odstąpienie od stosowania przepisów krajowych

- Trybunał w Pavi (sąd pierwszej instancji, Włochy), postanowienie z 9 września 2009 r., Manara przeciwko INPS (dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność);

- Trybunał Konstytucyjny (Hiszpania), STC 145/2012, Iberdola, 2 lipca 2012 r. i STC 78/2010, Metropole, 20 października 2010 r..

4. Test proporcjonalności

Sprawy ukazujące znaczenie testu proporcjonalności i/lub doktryny marginesu oceny w obszarze niedyskryminacji:

- Trybunał Konstytucyjny (Chorwacja), wynik U-I/4170/2004, Damir Jelušić (skarżący) przeciwko Republice Chorwacji, 29 września 2010 r.;
- Sąd Najwyższy (Zjednoczone Królestwo), Seldon przeciwko Clarkson Wright and Jakes, [2012], UKSC, 16, 30 kwietnia 2012 r.;
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok I OSK 2436/12, 13 lutego 2014 r. (ingerencja w prawo do prywatności przy przetwarzaniu danych pracownika).

Sprawy dotyczące konfliktu pomiędzy prawami podstawowymi:

1) Równowaga pomiędzy różnymi gwarancjami w ramach wolności słowa: wolność mediów w kontekście ochrony źródeł informacji dziennikarskiej:

- Wyrok ETPC z 15 lipca 2003 r., Ernst i inni przeciwko Belgii (skarga nr 33400/96).

2) Wolność słowa i prawo do prywatności i życia rodzinnego:

- Wyrok ETPC z 24 czerwca 2004 r., Von Hannover przeciwko Niemcom I (skarga nr 59320/00);
- Wyrok ETPC z 7 lutego 2012 r., Von Hannover przeciwko Niemcom II (skargi nr 40660/08 i 60641/08);
- Wyrok ETPC z 19 września 2013 r., Von Hannover przeciwko Niemcom III (skarga nr 8772/10);
- Wyrok ETPC z 7 lutego 2012 r., Axel Springer AG przeciwko Niemcom (skarga nr 39954/08);
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok I OSK 123/13, 24 kwietnia 2013 r.;
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok I OSK 1666/12, 21 sierpnia 2013 r.

3) Dobre imię (sprawa zniesławienia):

- Wyrok ETPC z 17 grudnia 2004 r., Cumpana i Mazare przeciwko Rumunii (skarga nr 33348/96);
- Wyrok ETPC z 24 września 2013 r., Belpietro przeciwko Włochom (skarga nr 43612/10);
- Wyrok ETPC z 18 września 2012 r., Lewandowska-Malec przeciwko Polsce (skargi nr 39660/12);
- Trybunał Konstytucyjny (Chorwacja), wyrok w sprawie U-III/2858/2008;
- Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok I OSK 123/13, 24 kwietnia 2013 r. (informacja publiczna, standard ETPC).

4) Wolność słowa i ochrona danych osobowych:

- • Wyrok TSUE z 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-73/07 Satamedia, Zb. Orz. 2008, s. I-9831;
- • Trybunał w Mediolanie (sąd pierwszej instancji, Włochy), wyrok nr 5820/2013, 26 kwietnia 2013 r.;
- • Wyrok TSUE z 13 maja 2014 r. w sprawie C-131/12 Google Spain (Opinia rzecznika generalnego Jääskinen, 25 czerwca 2013 r.), dotychczas nieopublikowany w Zbiorze;
- • Naczelny Sąd Administracyjny (Polska), wyrok I OSK 1666/12, 21 sierpnia 2013 r. (informacja publiczna, wyrok TSUE).

5) Wolność wypowiedzi w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej:

- Wyrok TSUE z 24 listopada 2011 r. w sprawie C-70/10 Scarlet Extended NV, Zb. Orz. 2011, s. I-11959;
- Wyrok TSUE z 24 listopada 2011 r. w sprawie C-283/10 Circul Globus, Zb. Orz. 2011, s. I-12031;
- Wysoki Trybunał Kasacji i Sprawiedliwości (Rumunia), decyzja nr 5043/2012, Circul Globus București;
- Wyrok TSUE z 7 grudnia 2006 r. w sprawie C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), Zb. Orz. 2006, s. I-11519.

5. Metoda prawnoporównawcza

- Trybunał w Mediolanie (sąd pierwszej instancji, Włochy), wyrok z 9 sierpnia 2007 r. (zwolnienie z powodu ciąży; dyskryminacja ze względu na płeć);
- Trybunał Konstytucyjny (Polska), wyrok w sprawie SK 26/08, 5 października 2010 r. (sprawa dotycząca niewłaściwego wdrożenia Decyzji ramowej ENA);
- Trybunał Konstytucyjny (Chorwacja), wyrok U-I/722/2009, 15 kwietnia 2011 r. (sprawa Ustawy o pomocy prawnej);
- Sąd Najwyższy (Zjednoczone Królestwo), Assange przeciwko Swedish Prosecution Authority, [2011] EWHC 2849, 30 maja 2012 r.;
- Sąd Apelacyjny w Bukareszcie (Rumunia), sprawa nr 3374/2/2012 R.M. (sprawa ta została umieszczona w tej kategorii raczej z powodu jej podobieństwa do sprawy Assange niż przyjęcia toku rozumowania opartego na metodzie prawnoporównawczej);
- Sąd Apelacyjny (Apelacyjny Sąd Pracy, Zjednoczone Królestwo), Falkirk Council i inni przeciwko Whyte i inni, [1997] IRLR 560, 30 czerwca 1997 r.



European
University
Institute

DEPARTMENT
OF LAW



COOPERAREA JUDICIARĂ ÎN MATERIA DREPTURILOR FUNDAMENTALE EUROPENE: GHID PRACTIC



ACEST GHID ESTE PARTE INTEGRANTĂ (ANEXA I) A MANUALULUI “*JUDICIAL INTERACTION TECHNIQUES - THEIR POTENTIAL AND USE IN EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHTS ADJUDICATION*”, ELABORAT ÎN CADRUL PROIECTULUI “*EUROPEAN JUDICIAL COOPERATION IN THE FUNDAMENTAL RIGHTS PRACTICE OF NATIONAL COURTS*” (JUDCOOP), CU FINANȚAREA COMISIEI EUROPEANE, PROGRAMUL DREPTURI FUNDAMENTALE ȘI CETĂȚENIE.

Instituția lider de Proiect:

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, CENTRE FOR JUDICIAL COOPERATION

Partner:

Institutul Național al Magistraturii și Consiliul Superior al Magistraturii

Experți echipei de Proiect:

Prof. Fabrizio Cafaggi – Project Director

Dr. Federica Casarosa

Dr. Filippo Fontanelli

Dr. Nicole Lazzerini

Dr. Giuseppe Martinico

Dr. Mislav Mataija

Ms. Madalina Moraru, LL.M

Ms. Karolina Podstawa, LL.M

Prof. Aida Torres Pérez

© Centre for Judicial Cooperation, European University Institute, 2014

Nicio parte din prezentul document nu poate fi copiată, reprodusă, transmisă sau utilizată fără autorizarea prealabilă a autorilor

Cooperarea Judiciară în Materia Drepturile Fundamentale Europene: Ghid practic*

„Este cert că fiecare dintre aceste mecanisme de protecție [CEDO și UE] urmărește obiective specifice, fiind construit pornind de la instrumente juridice care îi sunt proprii, însă care devin uneori aplicabile acelorași situații de fapt. Într-un astfel de context, este important, în cazul oricărui sistem de protecție existent, ca, fără a-i pune în pericol autonomia, să fie înțeles modul în care sunt interpretate și dezvoltate aceleași drepturi fundamentale de către celelalte sisteme, nu numai pentru a minimaliza riscurile de apariție a unor conflicte, ci și pentru a demara un proces de construcție informală a unui spațiu european de protecție a drepturilor fundamentale. Spațiul european astfel instituit va reprezenta, în mare parte, rezultatul diverselor contribuții individuale din partea diferitelor sisteme de protecție existente la nivel european.”

AG M. Poiares Maduro, Concluziile în cauza C-465/07, *Elgafagi* [2008] ECR I-921, par. 22

CUPRINS

I.	INTRODUCERE	127
II.	PARTEA I. Calea logică de deliberare în cauzele privind materia drepturilor fundamentale europene garantate de surse supranaționale în fața instanțelor naționale: schiță.....	131
	A. Cauza intră în sfera de aplicare a dreptului UE ?.....	131
	B. Scenariul I - Situații care intră în sfera de aplicare a dreptului UE.....	131
	Întrebarea 1: Este norma internă compatibilă cu legislația UE relevantă?	131
	Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a prevederii dreptului intern în conflict cu dreptul UE?	133
	C. Scenariul II - Situații care nu intră în domeniul de aplicare a legislației UE, dar intră în domeniul de aplicare al CEDO	134
	Întrebarea 1: Este dispoziția internă compatibilă cu dispozițiile relevante din CEDO, de asemenea, în lumina jurisprudenței CEDO?.....	134
	Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a normei naționale în conflict cu CEDO?.....	135
III.	PARTEA II. Noțiuni fundamentale pentru aplicare practică a ghidului.....	137
	A. Scenariul I – Situații care intră în sfera de aplicare a dreptului UE.....	139
	Întrebarea 1: Este dispoziția națională compatibilă cu dreptul UE?	143
	Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a dispoziției naționale în conflict cu dispozițiile UE?	145
	B. Scenariul II – Situații care nu intră în sfera de aplicare a dreptului UE, dar care implică un drept fundamental garantat de CEDO	149
	Întrebarea 1: Este măsura internă compatibilă cu dispozițiile relevante din CEDO (sau a unui Protocol adițional)?.....	150

Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a normei naționale în conflict cu CEDO?.....	151
ANEXA	155

I. Introducere

În contextul acestui ghid practic, prin noțiunea „interacțiune judiciară”¹ înțelegem un set de tehnici care sunt și pot fi utilizate de către instanțele naționale și instanțele europene, cu scopul de a promova coerență și coordonare (sau cel puțin de a diminua riscul conflictelor) în domeniul protecției drepturilor fundamentale. Acestea constituie o parte integrantă a Manualului Final elaborat în cadrul proiectului „Cooperarea judiciară europeană în materia drepturilor fundamentale în practica instanțelor naționale”, dar reprezintă, de asemenea, un document de sine stătător ușor de utilizat de către judecători.

Tehnicile de interacțiune judiciară sunt deosebit de importante atunci când o cauză trebuie să fie soluționată ținând cont nu doar de legislația națională, ci și de una sau mai multe izvoare de drept supranaționale. Această situație intervine frecvent în cazul în care apar probleme privind protecția drepturilor fundamentale pe rolul unei instanțe naționale a unui stat membru al UE. Existența mai multor sisteme supranaționale care asigură protecția drepturilor fundamentale (CEDO și dreptul UE), conferă un mandat complex judecătorilor naționali. Acestora le este atribuit rolul de judecători naturali (*judges naturels*) atât ai dreptul UE, cât și CEDO. Faptul se datorează suprapunerii semnificative a domeniilor de aplicare a sistemelor supranaționale (între ele însele, dar și cu sistemele de drept naționale) și existenței regulilor diferite privind interpretarea normativă, ierarhia precum și a modului în care trebuie soluționate interacțiunile și/sau conflictele.

Prin urmare, ori de câte ori sunt chemați să se pronunțe cu privire la drepturile fundamentale, judecătorii statelor membre trebuie să: (i) înțeleagă dacă sursele supranaționale de protecție a drepturilor fundamentale sunt aplicabile în cauza pendinte și, în cazul unui răspuns pozitiv, care sunt acestea; (ii) determine domeniul normei de aplicare, sensul și nivelul de protecție a dreptului(-rilor) fundamental(-e) supranațional(-e) relevant(-e), ținând cont de jurisprudența a cel puțin unei instanțe supranaționale relevante (CJUE și/sau CEDO); (iii) să asigure aplicarea efectivă a normei(-elor) supranaționale relevante, ceea ce ar putea necesita soluționarea conflictelor dintre regula(-ile) europeană(-e) și legislația națională; (iv) să pună în balanță diferitele drepturi fundamentale și/sau

*Versiunea în engleză a acestui ghid a fost elaborată de către Filippo Fontanelli, Nicole Lazzarini și Mădălina Moraru, sub supravegherea Directorului Prof. Fabrizio Cafaggi și revizuit de experții echipei de proiect. Versiunea tradusă din engleză și adaptată la contextul juridic național a fost editată de Mădălina Moraru și Viorica Viță (experți legali la Centre for Judicial Cooperation, European University Institute, Florence, Italy); îi mulțumim dnei inspector judiciar Daniela Iancu pentru ajutorul acordat în selecționarea și colectarea jurisprudenței relevante. Pentru detalii despre Centre for Judicial Cooperation, a se vedea <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Home.aspx>

¹ În acest ghid, am preferat conceptul "interacțiunea judiciară", mai neutru și cu un sens mai larg față de "dialogul judiciar". "Interacțiunea Judiciară" cuprinde toate episoadele de contact (intenționate sau ocazionale) între instanțele judecătorești, în timp ce "dialogul judiciar" se referă în mare parte la episoadele de contact intenționate, formale între instanțe. Cazurile unitare de interacțiune pot diferi în intensitate, rezultat și tipologie. În sens larg, "interacțiunea judiciară" poate fi înțeleasă ca fiind un set de tehnici utilizate de către instanțe și judecători pentru a promova coerența și coordonarea (sau, cel puțin, pentru a diminua riscul de conflicte) între sisteme legislative și judiciare diferite în vederea protejării unor bunurilor constituționale - precum drepturile omului - care sunt protejate la diferite niveluri de guvernare (nivelurile normative naționale, internaționale și supranaționale).

interese generale. În cazul în care cauza intră sub incidența atât a legislației UE cât și CEDO, analiza anterioară este multiplicată, iar judecătorii naționali trebuie să se angajeze într-un raționament complex privind relațiile dintre cele două sisteme (și instanțele acestora).

Prin utilizarea tehnicilor de interacțiune judiciară, instanțele naționale contribuie la asigurarea eficienței drepturilor fundamentale, precum și a coerenței acestora în ceea ce privește *nivelul de protecție* la nivel European, eventual reducând, în același timp, durata procedurilor judiciare. Dacă nici o sursă supranațională nu este aplicabilă, cauza trebuie soluționată în conformitate cu legislația internă, însă interacțiunea judiciară ar putea să intervină în continuare la nivel național, cu rezultate benefice similare.²

Judecătorii naționali pot folosi diverse tehnici pentru a rezolva conflictele dintre sursele interne, europene și internaționale cu privire la drepturile fundamentale. Tehnicile disponibile pentru judecătorii naționali într-un caz specific și ordinea lor de utilizare sunt condiționate de mai mulți factori, cum ar fi: *numărul surselor aplicabile, existența (ori lipsa) unui conflict veritabil între o dispoziție națională și o normă supranațională* (adică, un conflict care nu poate fi rezolvat pe cale de interpretare). În conformitate cu structura generală a Manualului Final și a proiectului în care acesta a fost elaborat, Ghidul ia în considerare două surse supranaționale: **Carta Drepturilor Fundamentale a UE** (în continuare, CDF sau Carta) și **Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale** (în continuare, CEDO).³

În ceea ce privește primul factor (*numărul surselor de drept aplicabile*), prezentul Ghid prezintă calea logică pe care un judecător național ar trebui să o urmeze, atunci când hotărăște în cauze privind drepturile fundamentale, și cel puțin o sursă supranațională este aplicabilă. Mai exact, Ghidul ia în considerare două scenarii.

Scenariul 1 se referă la situațiile în care speța cade în sfera de aplicare a dreptului UE, situație care atrage în consecință aplicabilitatea Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. În acest caz, însă, nu este exclusă aplicabilitatea CEDO. Situația este o consecință a diverselor criterii care inspiră delimitarea domeniilor de aplicare a acestor două instrumente. Astfel, Carta se adresează statelor membre „numai în cazul în care acestea pun în aplicare dreptul Uniunii”⁴ (cf. art.51, par.1, CDF și *Focus 1, infra*), pe când art.1 CEDO statuează că Înaltele Părți Contractante „recunosc oricărei persoane [...] drepturile și libertățile definite în Titlul I al prezentei Convenții”.⁵ Cu alte cuvinte, Convenția nu cunoaște limitările *ratione materiae* care sunt aplicabile

² Privind interacțiunea între instanțele naționale, vezi *amplius* secțiunea 4.a din partea a II-a a Manualului Final. A se reține, de asemenea, că, în conformitate cu jurisprudența bine stabilită, CJUE are competența de a hotărî cu titlu preliminar, într-un set limitat de situații care nu intră în sfera de aplicare a dreptului Uniunii, în special atunci când legislația națională se referă la conținutul anumitor prevederi ale legislației UE, făcând-o aplicabilă în mod direct și necondiționat situațiilor pur interne: cf. de exemplu, cauza C-482/10 Cicala [2011] nepublicată, și Hotărârea C-313/12 Romeo [2013], nepublicată.

³ A se vedea Focus 1, *Când trebuie judecătorul național să verifice compatibilitatea normei naționale cu drepturile fundamentale ale UE?* Partea I a prezentului Ghid.

⁴ A se vedea „*Când sunt aplicabile drepturile fundamentale UE în dreptul intern?*” Secțiunea 1 mai jos.

⁵ Există, de asemenea, restricții suplimentare-„structurale”- specifice anumitor drepturi fundamentale (sau, cel puțin, specifice modului în care sunt concepute de către unele sau altele surse de protecție). Spre exemplu, principiul

Cartei.⁶ **Scenariul 2** se referă, în schimb, la situațiile în care speța nu intră în sfera de aplicare a dreptului UE, caz în care se va aplica CEDO, însă nu și Carta.⁷

Următoarele tehnici de interacțiune judiciară vor fi, în principiu, disponibile judecătorilor naționali atunci când Carta și/sau CEDO sunt aplicabile, în complementar față de legislația națională: **interpretare conformă, întrebarea preliminară (numai atunci când legislația UE este aplicabilă), testul de proporționalitate, marja de apreciere, raționamentul comparativ, recunoașterea reciprocă, înlăturarea de la aplicare și deferența.**⁸

După cum a fost anticipat, ordinea utilizării acestor tehnici este în mare parte condiționată de *existența (ori nu) a unui conflict veritabil* între o dispoziția națională și norma supranațională. Spre exemplu, în cazul în care judecătorul național nu are îndoieli asupra sensului prevederii dreptului UE aplicabil, va aprecia dacă dispoziția națională este în mod clar compatibilă, sau, în orice caz, dacă există posibilitatea interpretării conforme (obligația interpretării conforme). Dacă interpretarea conformă nu este posibilă, ar putea decide să adreseze o întrebare preliminară către CJUE (de regulă, instanțele naționale de ultim grad de jurisdicție au obligația să adreseze o trimitere preliminară).⁹ În cazul în care CJUE confirmă incompatibilitatea dispoziției naționale și norma UE are efect direct, instanța națională trebuie să înlătore de la aplicare dispoziția internă. În schimb, o întrebare preliminară va fi prima opțiune în cazul în care sensul prevederii dreptului UE este neclar, făcând astfel dificilă evaluarea legalității dispoziției naționale în lumina dreptului UE.

Aceste exemple demonstrează că, deși ordinea logică și cronologică a acestor tehnici este diferită în funcție de situație, trimiterea preliminară se combină de regulă cu interpretarea conformă sau cu înlăturarea de la aplicare. În același timp, se pare, că funcția trimiterii preliminare este văzută diferit din punctul de vedere al CJEU (care vede trimiterea preliminară ca principalul instrument pentru asigurarea interpretării uniforme și aplicarea corectă a legislației UE), în contrast cu punctul de vedere al instanțelor naționale (care caută în primul rând să obțină o clarificare, pentru

nediscriminării reglementat de art. 14 CEDO nu este garantat ca drept autonom, dar interzice, cu toate acestea, orice discriminare în privința exercitării altor drepturi garantate de CEDO.

⁶ În plus, există, de asemenea, unele limitări specifice drepturilor fundamentale. Pentru mai multe detalii cu privire la domeniul specific de aplicare a CEDO față de dreptul UE și național privind drepturile fundamentale vizate de proiect, consultați Manualul Final, Partea I, b. i. "Suprapunerea surselor drepturilor fundamentale", pag. 9 și urm.

⁷ Mai exact, Carta nu are aplicabilitate independentă, "prin forță proprie". Cu toate acestea, statele membre pot decide să extindă, în virtutea dreptului național, domeniul de aplicare al Cartei, în așa mod „evadând” din domeniul său de aplicare astfel cum este definit la art. 51, alin. 1: a se vedea nota de subsol 2 de mai sus; cf. de asemenea, hotărârea Curții Constituționale a Austriei în cauzele U 466/1 și U 1836/11, 14 martie 2012, în care Carta a fost privită ca un parametru în cadrul controlului de constituționalitate a legislației interne. *Curtea Constituțională a României* a admis, de asemenea, aplicabilitatea de principiu a Cartei ca normă interpusă în cadrul controlului de constituționalitate, a se vedea Decizia nr. 871/2010, publicată în Monitorul Oficial Partea I nr. 433 din 28.06.2010 (în speță, dreptul național în litigiu nu intra sub incidența dreptului UE).

⁸ Pentru o discuție cu privire la temeiul juridic al acestor tehnici, funcția lor, utilizarea strategică și consecințele acestora a se vedea Manualul Final, Secțiunea 2 din partea a II-a, "Lista de tehnici de interacțiune judiciară existente ca instrumente pentru soluționarea conflictelor referitoare la drepturile fundamentale", care prevede, de asemenea, exemple concrete de aplicare a acestora în domeniul nediscriminării, dreptul la un proces echitabil și libertatea de exprimare.

⁹ Art. 267(3) TFEU.

a evita, de exemplu, ca hotărârea să fie ulterior anulată sau casată în căile de atac, sau revizuită ca urmare a unui control de constituționalitate).

Prezentul Ghid este structurat în două părți. **Secțiunea 1** oferă o prezentare semi-grafică a procesului logico-juridic de deliberare în materia drepturilor fundamentale garantate de sistemele de drept supranaționale, pe care judecătorul național ar trebui să o urmeze în cazul deliberării, luându-se în considerare cele două scenarii menționate mai sus. Ghidul individualizează căile de acțiune **logico-juridico alternative**, disponibile în funcție de următoarele situații: dispoziția internă este în mod clar compatibilă cu norma(-ele) supranaționale vizate, în mod cert incompatibilă sau există îndoieli în privința compatibilității acesteia. O distincție suplimentară se va face, după caz, în funcție de natura îndoielii judecătorului național în privința compatibilității normei naționale cu *standardele* supranaționale. **Secțiunea 2** discută cele două scenarii în profunzime, oferind detalii și indicații suplimentare, care ar trebui să asiste judecătorii naționali atunci când se ocupă de cauzele care implică drepturile fundamentale europene.

Versiunea în limba engleză a prezentului Ghid este parte integrantă a Manualului Final „*Judicial Interaction Techniques - their Potential and Use in European Fundamental Rights Adjudication*”, elaborat în cadrul proiectului „*European Judicial Cooperation in Fundamental Rights Practice of National Courts*” (JUDCOOP). Această versiune, fidelă primei, este destinată în mod special instanțelor române, cărora își propune să le ofere un document simplu și util în soluționarea problemelor cu care acestea se confruntă în mod frecvent.¹⁰ În acest scop, acest Ghid ia în considerare o serie de particularități ale legislației române care afectează modul de utilizare a tehnicilor de interacțiune judiciară. Acesta este cazul, în special, privind relația dintre dispozițiile naționale, pe de o parte, și CEDO și/sau dreptul UE, inclusiv Carta, pe de altă parte. În același scop, **Anexa** atașată Ghidului conține o scurtă descriere a fiecărei tehnici de interacțiune judiciară, însoțită de exemple practice, în special, jurisprudența instanțelor române și europene cu privire la cele trei drepturi de bază analizate în cadrul proiectului JUDCOOP: *principiul nediscriminării, dreptul la un proces echitabil, libertatea de exprimare.*

¹⁰ Versiuni similare au fost redactate pentru uzul instanțelor aparținând sistemelor de drept corespunzătoare țărilor de proveniență a partenerilor de proiect: Croația, Italia, Polonia și Spania.

II. PARTEA I. Calea logică de deliberare în cauzele privind materia drepturilor fundamentale europene garantate de surse supranaționale în fața instanțelor naționale: schiță

Gama tehnicilor de interacțiune judiciară la îndemâna instanțelor naționale este diferită după cum cauza intră sau nu în sfera de aplicare a dreptului UE. Prin urmare, acesta este primul aspect care trebuie clarificat.

A. Cauza intră în sfera de aplicare a dreptului UE ?

NU → Cauza ar putea intra totuși în domeniul de aplicare al CEDO. În acest caz, a se vedea mai jos, **punctul C**. În caz contrar, cauza trebuie soluționată potrivit legislației naționale.

DA → Carta este aplicabilă în cauză. În plus, CEDO s-ar putea aplica de asemenea. A se vedea **punctul B**, *infra*.

Raspunsul la această întrebare va fi afirmativ în cazul în care există o prevedere a legislației UE (primară sau secundară), alta decât Carta aplicabilă în speță. Casetă *Focus 1* din Partea a II-a oferă detalii în privința „domeniului de aplicare a dreptului UE”, precum și o serie de situații specifice preluate din jurisprudența CJEU.

B. Scenariul I - Situații care intră în sfera de aplicare a dreptului UE¹¹

Prima întrebare relevantă acestor situații este: în ce măsură norma internă este compatibilă cu dreptul UE? Pentru a răspunde, judecătorul național trebuie să ia în considerare următoarele: i) există tehnici specifice de interpretare a dreptului Uniunii, și, în mod special, a Cartei; ii) în cazul în care o prevedere a Cartei pretinsă a fi încălcată corespunde unui drept fundamental garantat de către CEDO, trebuie să se acorde atenție și articolului 52, alin. 3 al CDF (obligația de interpretare conformă în paralel cu CEDO/jurisprudența CEDO);¹² iii) cerințele de compatibilitate diferă în funcție de relația dintre norma internă și norma dreptului UE, care aduce situația în sfera de aplicare a legislației UE. Mai multe detalii cu privire la modul de abordare a acestor puncte sunt descrise în prima casetă *Focus 2*, Partea a II-a „[Interpretarea Cartei \(a\). Relația dintre compatibilitate și problema nivelului de protecție \(b\)](#)”

Întrebarea 1: Este norma internă compatibilă cu legislația UE relevantă?

DA → judecătorul poate aplica norma internă.

Întrebarea preliminară

NU → există un conflict veritabil între o dispoziția națională și norma supranațională (care nu poate fi soluționat pe cale interpretativă). A se vedea, prin urmare, Întrebarea 2.

¹¹ Aceasta parte corespunde Scenariului 1 din Partea a II-a a prezentului Ghid.

¹² Art. 52 (3), Carta UE are următorul cuprins: „În măsura în care prezenta carte conține drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și întinderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată. Această dispoziție nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă.”

NECLAR → pentru că:

i. interpretarea semnificației dispoziției dreptului UE lasă loc la dubii

Judecătorul național poate (instanțele de ultim grad de jurisdicție au obligația - art. 267 (3) TFUE) - să formuleze o trimitere preliminară către CJUE, solicitând interpretarea dispoziției dreptului UE a cărei semnificație este neclară.¹³ Trimiterea preliminară nu este necesară în cazul în care CJUE a clarificat deja sensul dispoziției.¹⁴

Odată stabilită interpretarea corectă a dispoziției dreptului UE, judecătorul național trebuie să verifice dacă dispoziția națională este în mod clar compatibilă sau, în orice caz, dacă există posibilitatea interpretării acesteia în conformitate cu dreptul UE (a se vedea punctul *ii*) de mai jos).

Interpretarea conformă

ii. dispoziția națională este susceptibilă de interpretări diferite

Spre deosebire de situația prezentată la punctul *i*), în acest caz, judecătorul nu are îndoieli în privința sensului dispoziției dreptului UE aplicabile. De asemenea, în cazul în care există o construcție a dispoziției interne care o face compatibilă cu legislația UE, în lumina jurisprudenței CJUE, aceasta trebuie să fie adoptată.

Interpretarea conformă

Dacă o astfel de construcție nu este disponibilă, există un conflict: a se vedea Întrebarea 2, *infra*.

iii. măsura internă restrânge un drept fundamental garantat de Cartă

O astfel de prevedere națională este compatibilă cu dreptul UE în cazul în care satisface testul de proporționalitate prevăzut de art. 52, par. 1 CDF potrivit căruia: „[o]rică restrângere a exercițiului drepturilor și libertăților recunoscute prin prezenta cartă trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța acestor drepturi și libertăți. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse restrângeri numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți”. Astfel, restricția internă trebuie să fie:

¹³ În cazul în care judecătorul național apreciază că în cauza pendinte se impune formularea unei trimiteri preliminare către CJEU pentru clarificarea scopului dispoziției neclare a dreptului UE, acesta va face aplicarea dispozițiilor articolului 412 alineatul 7, Nou Cod de Procedură civilă și va dispune prin încheiere suspendarea de drept a judecății până la pronunțarea unei hotărâri preliminare de către CJEU: „Judecarea cauzelor se suspendă de drept: (...) în cazul în care instanța formulează o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene, potrivit prevederilor tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană”. Cu toate acestea, formularea unei trimiteri preliminare nu împiedică pronunțarea unei hotărâri în cauză, dacă aceasta survine după încheierea dezbaterilor.

¹⁴ Pentru mai multe detalii privind chestiunea existenței unei jurisprudențe clare stabilită de către CJUE cu privire la o anumită prevedere UE, pașii de urmat sunt cei statuați de către CJUE în *CILFIT* (Cauza 283/81 *St/ CILFIT și Lanificio di Gavardo c. Ministry of Health* [1982] Rec. 3415), pentru mai multe detalii a se vedea Secțiunea 2 Partea a II-a a Manualului Final, “*Exemption from the obligation to raise a preliminary reference/Excepții de la obligația de a adresa întrebări preliminare*”.

prevăzută de lege, să respecte esența dreptului fundamental limitat, să urmărească un scop legitim, să fie adecvată și necesară pentru atingerea acestuia.

Proportionalitatea

Pentru a evalua proporționalitatea măsurii, ar putea fi utilă o scurtă analiză a:

- Jurisprudenței CJUE;
- Jurisprudenței altor instanțe naționale;

Raționamentul comparativ

Cu toate acestea, în cazul în care judecătorul național nu poate rezolva propria îndoială, ea/el poate sesiza CJUE cu o trimitere preliminară, întrebând dacă dispozițiile relevante din Cartă admit o restricție precum cea în cauză. Instanțele naționale de ultim grad de jurisdicție au obligația de a formula trimiterea în cazul în care problema nu a fost încă clarificată de către CJUE.

Întrebare preliminară

CJUE ar putea oferi judecătorilor naționali linii directoare precise, sau mai degrabă să le acorde o marjă semnificativă de apreciere în evaluarea proporționalității.

Orientări precise c. Deferență

Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a prevederii dreptului intern în conflict cu dreptul UE?

Această întrebare se impune în cazul în care judecătorul național a identificat un conflict veritabil între norma internă și norma supranațională. În acest caz, utilizarea tehnicilor de interacțiune judiciară este generată de necesitatea rezolvării conflictului între norme și nu de o eventuală divergență în interpretare. Răspunsul afirmativ presupune că dispoziția relevantă a dreptului UE este capabilă să producă efect direct, adică dispoziția UE este clară, precisă și necondiționată. A se vedea caseta *Focus 3*, Partea a II-a.

DA → judecătorul trebuie să aplice cu prioritate dreptul UE și să înlăturarea de la aplicare dispozițiilor naționale în conflict cu dreptul UE.¹⁵

Înlăturarea de la aplicare

¹⁵ Înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor naționale în conflict cu dreptul UE se impune potrivit articolului 148 (2) și (4) din Constituția României (norma de aderare), potrivit căruia dispozițiile obligatorii ale legislației UE au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, iar Statul Român, inclusiv autoritatea judecătorească se obligă să garanteze aducerea la îndeplinire a acestei norme constituționale.

N.B.: în cazul în care conflictul intervine cu o directivă a UE, înlăturarea de la aplicare este posibilă numai în cazul în care cererea este îndreptată împotriva unei autorități publice; (*pentru mai multe informații cu privire la efectul orizontal (litigii între privați) al drepturilor fundamentale UE, vă rugăm să consultați caseta Focus 3, Partea a II-a („Efectul direct al prevederilor legislației UE în genreal și al prevederilor Cartei, în special”).*

NU → Judecătorul român poate ridica din oficiu o excepție de neconstituționalitate în vederea anulării dispoziției de drept intern în baza dreptului UE, dacă norma comportă un anumit grad de relevanță constituțională.¹⁶

Excepție de neconstituționalitate

În temeiul legislației UE, s-ar putea intenta o acțiune în despăgubiri împotriva statului membru pentru încălcarea dreptului UE (potrivit jurisprudenței *Franovich* a CJUE).

Cu toate acestea, în cazul în care cauza cade și în domeniul de aplicare al CEDO, ar putea fi necesar să se ia în considerare efectele Convenției potrivit dreptului intern. A se vedea *amplius* sub **Întrebarea 2 din secțiunea C, infra.**

C. Scenariul II - Situații care nu intră în domeniul de aplicare a legislației UE, dar intră în domeniul de aplicare al CEDO

Aceste situații corespund Scenariului 2 din partea a II-a a prezentului Ghid.

Întrebarea 1: Este dispoziția internă compatibilă cu dispozițiile relevante din CEDO, de asemenea, în lumina jurisprudenței CEDO?

DA → judecătorul național o poate aplica.

NU → există un conflict. A se vedea **Întrebarea 2** de mai jos.

NECLAR → pentru că:

- i. dispoziția internă restrânge un drept fundamental prevăzut de CEDO

Dacă dreptul fundamental în cauză se numără printre cele care sunt susceptibile de limite, dispoziția internă este compatibilă dacă satisface testul proporționalității, după cum este formulat

¹⁶ A se vedea Decizia Curții Constituționale a României nr. 668/2011, par.2, potrivit căreia: „folosirea unei norme de drept european în cadrul controlului de constituționalitate ca normă interpusă celei de referință implică, în temeiul art. 148 alin. (2) și (4) din Constituția României, o condiționalitate cumulativă: pe de o parte, această normă să fie suficient de clară, precisă și neechivocă prin ea însăși sau înțelesul acesteia să fi fost stabilit în mod clar, precis și neechivoc de Curtea de Justiție a Uniunii Europene și, pe de altă parte, norma trebuie să se circumscrie unui anumit nivel de relevanță constituțională, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției?”.

de CEDO. Dispoziția internă trebuie: să fie prevăzută de lege, să urmărească un scop legitim, să fie necesară într-o societate democratică, să fie proporțională în sens restrâns.

Proporționalitatea

Pentru a evalua proporționalitatea măsurii, este deosebit de util să aruncăm o privire la jurisprudența CEDO. Acest lucru, deoarece marja de apreciere de care instanțele naționale s-ar putea bucura în soluționarea testului de proporționalitate variază în funcție existența un consens european în materia limitelor dreptului fundamental, în baza căreia CEDO determină marja de apreciere pe care aceasta este dispusă să o lase la latitudinea Înalțelor Părți Contractante și instanțelor acestora (pentru mai multe detalii privind proporționalitatea, marja de apreciere și cooperarea „pe linie verticală” între instanțele naționale și CEDO, a se vedea Scenariul 2 în Secțiunea 2).

Marja de apreciere

ii. dispoziția internă este susceptibilă de sensuri diferite

Judecătorul național trebuie să opteze pentru construcția(-ile) din legislația națională asigurând conformitatea cu CEDO, de asemenea, în lumina jurisprudenței relevante CEDO, în cazul în care aceasta există.¹⁷

Cooperare pe Verticală

Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a normei naționale în conflict cu CEDO?

Judecătorul național trebuie să verifice dacă ordinea juridică națională admite înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor naționale în conflict cu CEDO.¹⁸

DA → judecătorul național poate să anuleze dispoziția internă.

Înlăturarea de la aplicare

¹⁷ A se vedea art. 20(2) Constituția României: “Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.”

¹⁸ În România, a se vedea art. 20(2) din Constituția României care cere aplicabilitatea cu prioritate a CEDO atunci când normele interne sunt în conflict cu drepturile prevăzute de aceasta. În acest sens, Curtea Constituțională a subliniat în *Decizia nr.146/2000* modul în care instanțele naționale ar trebuie să interpreteze relația dintre CEDO și legislația națională: „ratificarea de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prin *Legea nr.30 din 18 mai 1994, a făcut ca această convenție să facă parte din dreptul intern, situație în care raportarea la oricare dintre textele sale este supusă aceleiași regim cu cel aplicabil raportărilor la dispozițiile din Legea fundamentală*”. În plus controlul de constituționalitate a legilor interne direct în baza CEDO este o practică frecventă a Curții Constituționale a României, a se vedea: *Decizia nr. 81/1994; Decizia nr.317/2003; Decizia nr. 1258/2009* în care a fost supusă controlul de constituționalitate *Legea nr.298/2008* de transpunere a Directivei 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice, în baza art. 8 CEDO; *Decizia nr. 1039/2012*.

NU → ar putea fi examinată posibilitatea ridicării unei excepții de neconstituționalitate, care va trata problema încălcării CEDO, fie direct, având CEDO drept standard de revizuire sau indirect, având Convenția ca reper pentru interpretarea dispoziției constituționale în cauză.



Interpretare Conformă

III. PARTEA II. Noțiuni fundamentale pentru aplicare practică a ghidului

După cum am subliniat în patrea Partea I, primul aspect care trebuie clarificat pentru determinarea corectă a gamei de tehnici care pot (sau ar trebui) să fie utilizate de către instanța națională este de a se stabili dacă cauza intră în sfera de aplicare a legislației UE.

Focus 1 – Când trebuie judecătorul național să verifice compatibilitatea normei naționale cu drepturile fundamentale ale UE?

În conformitate cu articolul 51, alin. 1, al Cartei drepturilor fundamentale a UE intitulat „Domeniul de aplicare”, drepturile și principiile prevăzute de aceasta sunt obligatorii pentru statele membre „numai în cazul în care acestea pun în aplicare dreptul Uniunii”. Prin hotărârea din 26 februarie 2013, în cauza C-617/10 *Åkerberg Fransson*, nepublicată, CJUE a interpretat această dispoziție în sensul că "drepturile fundamentale garantate de Cartă trebuie (...) să fie respectate în cazul în care legislația națională intră în domeniul de aplicare a dreptului Uniunii Europene" (paragraful 21).¹⁹

În două hotărâri recente, (respectiv, 06 martie 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13, nepublicată, și 27 martie 2014, *Emiliano Torralbo Marcos*, C-265/13, nepublicată), CJUE a subliniat că „noțiunea de ‚punere în aplicare’ în sensul articolul 51 din Cartă necesită un anumit grad de legătură [cu legislația UE]” (paragraful 24), și atunci când o situație juridică nu intră în domeniul de aplicare al dreptului Uniunii, Curtea nu este competentă să o examineze, iar dispozițiile eventual invocate ale Cartei nu pot constitui, prin ele însele, temeiul acestei competențe” (paragraful 30). Corespunzător, Carta se aplică, în cauza pendinte, în fața judecătorului național, în cazul în care o normă a dreptului UE, alta decât Carta ar fi pretins încălcată. În cuvintele judecătorului Allan Rosas:

„Carta este aplicabilă doar în cazul în care cauza se referă nu doar la o prevedere a Cartei, ci și la o altă normă de drept al Uniunii. Trebuie să existe o prevedere sau un principiu de drept primar sau secundar al Uniunii, care este în mod direct relevantă în cauză. Acesta, de fapt, este prima concluzie: problema nu se referă în primul rând la aplicabilitatea Cartei în sine, ci mai degrabă la relevanța altor norme de drept ale Uniunii” (A. Rosas, „When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at the national level?”, *Jurisprudence*, 2012, p.1269 și urm.)

Mai jos, urmează o listă de situații, selectate din jurisprudența CJUE, în care Carta este aplicabilă, deoarece cauza presupune, de asemenea, aplicarea unei alte norme UE diverse de dreptul

¹⁹ În același sens s-a pronunțat CJEU și asupra trimerilor preliminare adresate de Curtea de Apel Constanța și Tribunalul Dâmbovița în cauzele *Corpul Național al Polițiștilor* (C-434/11) și, respectiv, *Cozman* (C-462/11). Curtea a statuat ca este vădit incompetentă de a examina validitatea legislației naționale prin care au fost impuse reduceri salariale anumitor categorii de funcționari publici în lumina articolului 17 alin.1, 20 și 21 alin. 1 din Cartă, întrucât actele normative invocate în speță nu pun în aplicare dreptul UE potrivit articolului 51 alin. 1 din Cartă. De asemenea, Curtea a statuat că, în această situație, este inclusiv vădit incompetentă de a examina conformitatea măsurilor legislative naționale în lumina prevederilor și jurisprudenței CEDO.

fundamental a cărui violare este pretinsă (normă de declanșare):

- cazuri privind măsurile naționale adoptate în scopul punerii în aplicare a unui regulament UE (de exemplu, hot. din 13 iulie 1989, *Wachauf*, C-5/88 Rec., p. 2609, hot. din 13 aprilie 2000, *Kjell Karlsson*, C-292/97, Rec., p. I-2737) sau a legislației primare a Uniunii Europene (prevederi ale TUE/TFUE);
- cazuri privind măsurile naționale adoptate în vederea punerii în aplicare a unei directive (ex. hot. din 10 iulie 2003, *Booker Aquacultur and Hydro Seafood*, cauzele conexe C-20/00 și 64/00, Rec., p. I-7411, hot. din 15 ianuarie 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, nepublicată, hot. din 22 noiembrie 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11, nepublicată),
- cazuri privind măsurile naționale care se comportă în mod substanțial ca măsuri de punere în aplicare, deși nu au fost adoptate în acest scop (statele membre nu trebuie să adopte măsuri specifice în scopul punerii în aplicare a unei directive în cazul în care ordinea juridică internă este deja în conformitate cu directiva), sau măsuri naționale care oricum, au ca efect punerea în aplicare a unei obligații a statelor membre în conformitate cu dreptul UE, chiar dacă sunt adoptate înainte de norma UE care impune o obligație specifică asupra statelor membre (ex. obligația de a adopta sancțiuni menite să asigure colectarea efectivă a TVA-ului: *Åkerberg Fransson*, cit.);
- cazuri privind măsurile naționale care intră în domeniul de aplicare *ratione materiae* și *personae* a unei directive, înainte de expirarea termenului de transpunere (dar rețineți că aceasta nu este încă o jurisprudență bine stabilită: a se vedea hotărârea *Mangold*, C-144/04);
- cazuri privind măsurile naționale care derogă de la legislația UE prevăzute de legislația primară sau secundară a UE pe motive de interes public (ex. Articolul 36 TFUE /cerințe obligatorii, Articolul 45 alineatul (3) TFUE, Articolul 4 Decizia-cadru privind MEA, limite ale dreptului la libera circulație a cetățenilor UE și familiile acestora, prevăzute în Directiva 2004/38/CE; cf. hot. din 18 iunie 1991, *Elliniki Tiléorassi AE (ERT)*, C-260/89, Rec., p. I-2925, hot. din 22 decembrie 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, Rec., p. I-13693, *Pfleger*, Case C-390/12, hot. din 30 aprilie 2014); în cazul în care măsura națională urmărește derogarea de la legislația UE, cu scopul de a proteja un drept fundamental, atunci este necesară identificarea unui echilibru între obiectivul urmarit de legislatia EU (libertatea fundamentală a UE²⁰ sau obiectiv specific urmarit de legislatia UE secundara²¹) afectată și a dreptului fundamental în cauză;
- Cazuri privind dispozițiile naționale de drept procedural care afectează sau reglementează exercitarea drepturilor (ordinare) garantate de legislația UE (cum ar fi dreptul de a obliga statul membru la repararea daunelor cauzate persoanelor fizice sau juridice prin faptul

²⁰ A se vedea hot. din 12 iunie 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec., p. I - 5659, hot. din 14 octombrie 2004, *Omega Spielballen*, C-36/02, Rec., p. I-9609.

²¹ A se vedea hot. din 27 iunie 2006, *EP v Council*, C-540/03 și hot. din 4 martie 2010, *Chakroun*, Case C-578/08 referitor la derogari de la Directiva 2003/86/EC privitor la reintregirea familiei.

neimplementării la timp a unei directive: a se vedea hot. din 22 decembrie 2010, DEB, C-279/09, Rec., I-13849.

A se reține, de asemenea, că, potrivit jurisprudenței bine stabilite, CJUE este competentă de a decide cu titlu preliminar, de asemenea, într-un set limitat de situații care nu intră în sfera de aplicare a dreptului Uniunii, în special atunci când legislația națională se referă la conținutul anumitor prevederi ale legislației UE, făcându-le aplicabile în mod direct și necondiționat situațiilor pur interne: cf., *inter alia*, cauzele reunite C-297/88 & C-197/89 *Dzodzi v. The Belgian State* [1990] Rec. I-3783, hot. din 21 decembrie 2011, *Cicala*, C-482/10, nepublicată și hot. din 7 noiembrie 2013, *Romeo*, C-313/12, nepublicată.²²

A. Scenariul I – Situații care intră în sfera de aplicare a dreptului UE

Cauza pendinte în fața unei instanțe naționale intră în sfera de aplicare a dreptului Uniunii și implică un drept fundamental prevăzut de Cartă. În unele cazuri, disputa poate implica, de asemenea, aplicarea CEDO.

Pentru a înțelege dacă măsura națională este compatibilă cu Carta, un judecător național trebuie să ia în considerare două elemente.

În primul rând, trebuie să stabilească sensul dispoziției Cartei în cauză.²³ În acest scop, ar trebui să procedeze potrivit regulilor de interpretare aplicabile legislației UE (spre exemplu, principiul *efectului util*) și Cartei în special (a se vedea Articolul 52 CDF).

În cazul în care sensul unei dispoziții a dreptului UE (inclusiv prevederile Cartei) este ambiguu, un judecător național poate cere CJUE clarificarea acestuia printr-o **trimitere preliminară**. Instanțele de ultim grad de jurisdicție trebuie să formuleze întrebarea, cu excepția cazului în care CJUE s-a pronunțat deja asupra problemei de drept, potrivit art. 267 par. 3 din TFUE.

În al doilea rând, cerințele de compatibilitate a legislației naționale cu Carta variază în funcție de relația dintre legislația națională și legislația UE în cazul dat. Cu alte cuvinte, hotărârea de

²² Operațiunea de delimitare a sferei de aplicare a legislației UE s-ar putea dovedi uneori dificilă. A se vedea cauza *Agafitei* C- 310/10 din 7 iulie 2010, nepublicată, cu privire la sfera de aplicare a directivelor UE în domeniul nediscriminării (Directivele 2000/43 și 2000/78).

²³ Judecătorul național ar putea avea îndoieli cu privire la interpretarea unei dispoziții a Cartei, dar, de asemenea, în privința sensului unei alte dispoziții a dreptului Uniunii în lumina Cartei. În ambele cazuri, interpretarea solicitată de către CJUE este funcțională, pentru a stabili compatibilitatea dispoziției naționale cu legislația UE. Spre exemplu, în cauza C-279/09, *DEB* [2010], p. I - 13849, judecătorul național a cerut (în esență), interpretarea articolului 47 din Cartă. Ea/el a pus la îndoială compatibilitatea articolului 47 cu dispoziția internă, potrivit căreia exercitarea unei acțiuni de tip *Franovich* în antrenarea responsabilității statului membru a fost supusă plății în avans a cheltuielilor de judecată, iar persoanele juridice au fost excluse de la asistență juridică. Dimpotrivă, în cauza C-149/10, *Chatzi* [2010], p. I - 8489, judecătorul național a solicitat CJUE să clarifice interpretarea Articolului 2 alineatul (2) din Acordul-cadru privind concediul parental (prevăzute într-o anexă a Directivei 96/34/CE), având în vedere articolul 24 din Cartă privind drepturile copilului instanța de trimitere a pus la îndoială compatibilitatea legislației naționale de punere în aplicare a Acordul-cadru, care a acordat mamei de gemeni o singură perioadă de concediu pentru creșterea copilului. Deoarece Carta are același statut ca și tratatele (Articolul 6 alineatul (1) din TUE), legislația UE trebuie să fie compatibilă cu drepturile fundamentale prevăzute de aceasta. Aceasta implică faptul că, în măsura în care este posibil, legislația UE trebuie să fie interpretată în conformitate cu Carta.

compatibilitate nu presupune în mod automat că *nivelul de protecție* oferit de legislația națională coincide exact cu cel garantat de Cartă. Acesta este corolarul interpretărilor Curții de Justiție UE în cazul articolului 53 CDF, intitulat „**Nivelul de protecție**”.

Aceste două elemente (interpretarea Cartei și nivelul de protecție al dreptului fundamental), funcționale pentru a stabili dacă dispoziția națională este compatibilă cu legislația UE, sunt abordate în caseta următoare, respectiv în secțiunile (a) și (b).

Focus 2 - Interpretarea Cartei (a). Relația dintre compatibilitate și problema nivelului de protecție (b)

(a) Pentru a determina conținutul prevederilor Cartei, aceasta trebuie să fie interpretată în conformitate cu propriile sale reguli de interpretare (art. 52 CDF), luându-se în considerare, de asemenea, explicațiile Cartei,²⁴ și jurisprudența CJUE cu privire la interpretarea acestor dispoziții. Jurisprudența CJEU oferă un punct de referință util și indispensabil pentru instanța națională. Studiul jurisprudenței Curții de Justiție UE ar putea permite soluționarea problemei de drept, fără a se recurge la trimiterea preliminară (reducând astfel considerabil durata procesului),²⁵ în același timp, evitând riscul de aplicare incorectă a dreptului UE.

Dintre normele privind interpretarea Cartei statuate de art. 52 o atenție specială merită dispozițiile art. 52, alin. 3. Acestea prevăd regulile de interpretare a drepturilor fundamentale garantate de Cartă, care au corespondent un drept fundamental garantat de CEDO. În conformitate cu art. 52, alin. 3 CDF, semnificația și domeniul de aplicare a drepturilor fundamentale ale Cartei care corespund unor drepturi garantate de CEDO trebuie să fie aceleași cu cele ale acestora din urmă. Un judecător național ar trebui, prin urmare, să stabilească și dacă dispozițiile relevante ale Cartei corespund unui drept fundamental prevăzut de CEDO. În acest caz, ar trebui să se ia în considerare, de asemenea, jurisprudența CEDO privind interpretarea dispoziției corespunzătoare din CEDO. Cu toate acestea, Articolul 52, alin. 3, CDF, adaugă că regula interpretării paralele cu CEDO „*nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă*”. În consecință, un judecător național nu ar trebui să urmeze jurisprudența CEDO atunci când acesta oferă o protecție mai restrânsă decât cea prevăzută de către CJUE.

Pentru a asista judecătorul național în aplicarea articolului 52, alin. 3 al Cartei, Explicațiile Cartei pun la dispoziție o listă a prevederilor Cartei care corespund (total sau parțial), cu drepturile fundamentale protejate de CEDO.

(b) Carta se aplică în cazul în care o măsură internă se încadrează în sfera de aplicare a dreptului UE.²⁶ După cum s-a anticipat, aplicarea Cartei presupune că în cauză este aplicabilă o normă a dreptului UE, distinctă de o prevedere a Cartei (sau un principiu general al dreptului UE).

²⁴Explicațiile pot fi găsite la: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&qid=1400009220238&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&qid=1400009220238&from=EN)

²⁵ În cazul în care se trimite o întrebare preliminară în regim de urgență, timpul de soluționare este considerabil redus, CJEU putând soluționa cauza în termen de 2, maxim 3, luni. A se vedea pentru mai multe detalii Manualul Final secțiunea *Tipuri de proceduri de trimitere preliminară – ordinare, accelerate și de urgență*.

²⁶ Cf. casetei Focus 1 “*Când trebuie judecătorul național să verifice compatibilitatea normei naționale drepturile fundamentale ale UE?*”

Această normă distinctă a dreptului UE (normă de declanșare) poate stabili o legătură de o intensitate variată între dispozițiile naționale și dispozițiile UE, influențând astfel hotărârea de compatibilitate între dispoziția națională în cauză și Carta. În funcție de relația dintre situația de fapt și legislația UE, se pot identifica **trei scenarii**:

i) acțiunea statelor membre este „în întregime determinată de legislația UE” (Melloni, N.S, Radu): în acest scenariu, măsura națională pune în aplicare măsurile UE (sau o prevedere a acestora) care determină nivelul exact de protecție care trebuie acordat dreptului(-rilor) fundamental(-e) în cauză. Cu alte cuvinte, legiuitorul UE a avut în vedere echilibrarea - prin măsura UE sau dispoziția în cauză - a două drepturi fundamentale contradictorii, sau a unui drept fundamental și a unui obiectiv de interes general (ex. dreptul acuzatului *versus* eficacitatea mandatul european de arestare [Melloni²⁷ Radu²⁸], dreptul de a solicita azil *versus* distribuirea sarcinilor între statele membre ale UE (interesul statului solicitat de a delega cererea statului de intrare) [N.S.]²⁹).

În mod evident, nivelul de protecția a drepturilor fundamentale stabilit de legiuitor european prin măsura de drept UE trebuie să respecte prevederile Cartei. Prin urmare, în cazul în care judecătorul național consideră că standardul de protecție vizat de măsura UE nu este în conformitate cu Carta, validitatea actului UE poate fi pusă sub semnul întrebării prin intermediul trimerii preliminare. În special, un judecător național, care se îndoiește în privința validității unei măsurii/prevederi UE nu o poate lăsa deoparte fără a solicita cu titlu preliminar interpretarea CJUE, chiar și atunci când judecătorul *a quo* nu este o instanță de ultim grad de jurisdicție, după cum, potrivit jurisprudenței *Foto-Fost*, CJEU este unica instanță competentă să decidă asupra nevalidității sau ineficacității unei dispoziții a dreptului UE. Dimpotrivă, în cazul în care validitatea măsurii UE nu este în discuție, judecătorul național trebuie să se asigure că dispoziția națională este în conformitate cu *nivelul de protecție* stabilit de măsura/dispoziția UE. În cazul în care se diminuează acest nivel de protecție, prevederea dreptului intern nu este compatibilă cu Carta (potrivit hot. N.S.). În mod similar, dispoziția internă nu este conformă cu dreptul UE în cazul în care conferă dreptului(-rilor) fundamental(-e) un nivel mai ridicat de protecție decât cel vizat de măsura UE și prin acest nivel ridicat subminează aplicarea efectivă a măsurii UE (potrivit hot. *Melloni, Radu*).

ii) acțiunea statelor membre „nu este determinată în totalitate de legislația UE” (DEB, Fransson, ACCEPT): în acest scenariu, dispoziția internă, a cărei conformitate cu prevederile Cartei este analizată, corespunde unei măsuri a UE (norma de declanșare) care lasă statelor membre dreptul să determine nivelul de protecție a drepturilor fundamentale (ex. dispozițiile naționale de drept procedural care reglementează exercitarea drepturilor (ordinare) conferite de legislația UE în fața instanțelor naționale [DEB]³⁰ sau a dispozițiilor naționale de stabilire a

²⁷ Cauza C-399/11, *Melloni* [2013], nepublicată, par. 59.

²⁸ Cauza C-396/11 *Radu* [2013], nepublicată, par. 41-43.

²⁹ Cauza C-411/10, *N.S.* [2011], ECR I-13905.

³⁰ *Cit.supra.*

sanctiunilor menite să se asigure că obiectivele urmărite/drepturile conferite de o măsură UE sunt realizate/ protejate în mod corespunzător [*Fransson*³¹, *ACCEPT*³²]. În aceste cazuri, statele membre (inclusiv judecătorii naționali) trebuie să se asigure că măsura internă este în conformitate cu Carta sau, similar, prevede o limitare a drepturilor fundamentale care satisface testul de proporționalitate prevăzut la articolul 52, alin. 1, CDF. Spre deosebire de scenariul anterior, statele membre pot decide de a spori nivelul de protecție stabilit de Cartă (spre exemplu, pentru că Constituția acordă o protecție mai extinsă a dreptului(rilor) fundamental(e) implicate). Cu toate acestea, măsura UE trebuie să fie în continuare respectată³³ și, după caz, drepturile fundamentale concurente nu trebuie să fie restricționate în mod nejustificat. Mai mult decât atât, în cazul sancțiunilor naționale pentru încălcarea drepturilor UE (*ACCEPT*, *Fransson*), sau în cauză normelor procedurale naționale care reglementează exercițiul dreptului UE, cele din urmă trebuie să respecte două principii fundamentale ale dreptului UE: echivalența și efectivitatea. Pe de o parte, principiul protecției echivalente cere judecătorilor naționali să lase deoparte normele procedurale naționale care stabilesc condiții mai dezavantajoase pentru exercitarea drepturilor care decurg din legislația UE, în comparație cu drepturile echivalente din legislația națională. Pe de altă parte, în conformitate cu principiul efectivității, dispozițiile procedurale naționale nu trebuie să facă imposibilă sau excesiv de dificilă protejarea drepturilor (de asemenea, obișnuite), prevăzute de legislația UE.³⁴ Caracterul imposibil sau excesiv de dificil al normelor procedurale naționale este stabilit având în vedere „rolul acestor dispoziții în cadrul procedurii, progresul și caracteristicile speciale, privit în ansamblu, în fața diverselor instanțe naționale”.³⁵

iii) statele membre caută să pună în aplicare o derogare legitimă de la legislația UE (*ERT, Sayn Wittgenstein*): măsurile interne de punere în aplicare a derogărilor prevăzute de legislația UE primară sau secundară (a se vedea trimerile din *caseta Focus 1*) trebuie să fie proporționale: acestea trebuie să găsească un just echilibru între scopul (legitim) urmărit și displicarea regulii dreptului UE. Toate măsurile naționale derogatorii de la legislația UE trebuie să respecte Carta.³⁶ Prin urmare, orice restricție a drepturilor fundamentale prevăzute de acestea în vederea unui interes legitim trebuie să satisfacă testul proporționalității (articolul 52, alin.1,

³¹ *Fransson*, *casetă Focus 1*.

³² Cauza C-81/12 *ACCEPT* [2013], nepublicată; În cauza *ACCEPT*, CJUE a statuat că deși statele membre se bucură de autonomie în stabilirea măsurilor naționale de implementare a Directivelor anti-discriminare, inclusiv a măsurilor contravenționale, acestea trebuie să respecte exigențele efectivității, proporționalității și disuasivității, privite în ansamblu, în lumina prevederilor și scopului urmărit de către Directivă (paragraful 61). De asemenea, CJUE a subliniat că instanțele naționale au obligația de a verifica dacă aceste exigențe sunt îndeplinite, interpretând, pe cât posibil, prevederile naționale în lumina legislației UE (paragraful 73).

³³ La par. 29 cauza *Fransson*, CJUE a subliniat că “atunci când o instanță a unui stat membru este chemată să controleze conformitatea cu drepturile fundamentale a unei dispoziții sau a unei măsuri naționale prin care, într-o situație în care acțiunea statelor membre nu este în întregime determinată de dreptul Uniunii, se pune în aplicare acest drept în sensul articolului 51 alineatul (1) din cartă, autoritățile și instanțele naționale sunt libere să aplice standarde naționale de protecție a drepturilor fundamentale, cu condiția ca această aplicare să nu compromită nivelul de protecție prevăzut de cartă, astfel cum a fost interpretată de Curte, și nici supremația, unitatea și caracterul efectiv al dreptului Uniunii.”

³⁴ Cauza C- 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. San Giorgio* [1983] Rec. 353595.

³⁵ Cauzele conexe C-431-434/93 *Van Schijndel* [1995] Rec. I-4736, par. 19, Cauza C-312/93 *Peterbroeck* [1995] Rec. I-454599, par. 1414, Cauza C-276/01 *Joachim Steffensen* [2003] ECR I-373535, par. 66, Cauza C-125125125/01 *Peter Pflücke and Bundesanstalt für Arbeit* [2003] Rec. I-9375, par. 3333, Cauza C-63/01 *Samuel Sidney Evans and The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, and The Motor Insurers' Bureau* [2003] Rec.I-1417, par. 46.

³⁶ A se vedea hot. din 27 iunie 2006, *EP v Council*, C-540/03 și hot. din 4 martie 2010, *Chakeroun*, Case C-578/08 referitor la derogari de la Directiva 2003/86/EC privitor la reintregirea familiei.

Întrebarea 1: Este dispoziția națională compatibilă cu dreptul UE?

A) În cazul în care dispoziția națională este compatibilă cu dreptul UE (în sensul i), ii), sau iii) din caseta *Focus 2 supra*), judecătorul național o poate aplica.

Rețineți că o dispoziție națională compatibilă cu legislația UE ar putea fi incompatibilă cu CEDO, sau cu obligațiile care decurg din alte tratate internaționale care obligă statul membru în cauză. Deși CJUE și CEDO au fost din ce în ce mai deschise către referințe reciproce de-a lungul ultimilor ani, cu toate acestea, ar putea exista sau apărea divergențe în interpretarea anumitor drepturi fundamentale de către cele două instanțe supranaționale.³⁷ În unele dintre aceste cazuri, este posibil să se respecte atât obligațiile internaționale, spre exemplu, îmbrățișând cele mai înalte standarde garantate de legislația UE, în cazul în care marja de apreciere potrivit CEDO ar permite menținerea sau introducerea unui nivel mai scăzut de protecție. În alte cazuri însă, precum cel în care legislația UE permite restricții cu privire la un drept fundamental (restricție justificată, spre exemplu, de necesitatea de a asigura eficacitatea reglementărilor privind libertățile economice: precum este cazul protecției libertății de stabilire, de a presta servicii și a dreptului la grevă), care nu sunt permise potrivit jurisprudenței CEDO. În acest caz, judecătorul național ar putea fi obligat să aleagă între respectarea legislației UE și respectarea altor obligații internaționale. În aceste situații tehnicile de interacțiune judiciară ar putea fi de folos, a se vedea cazul *Satamedia* (libertatea de exprimare) sau *Griesmar* (principiul nediscriminării).³⁸

B) Nu este clar dacă prevederea internă este compatibilă cu prevederea(-ile) relevante din legislația UE. Spre exemplu, judecătorul național poate avea îndoieli cu privire la sensul dispozițiilor dreptului UE aplicabile în cauză.³⁹ În acest caz, ea/el poate solicita CJUE interpretarea dispozițiilor relevante ale Cartei (sau dispoziției/ măsurii de drept UE, care aduce situația în sfera de aplicare a dreptului UE), printr-o întrebare preliminară (articolul 267 din TFUE).⁴⁰ În cazul în care cauza este pendinte în fața unei instanțe naționale împotriva căreia nu mai există nici o cale de atac, atunci există o obligație de a formula întrebarea preliminară (**trimitere preliminară**). Dimpotrivă, întrebarea preliminară nu este obligatorie dacă CJUE a clarificat anterior sensul dispoziției(-ilor) în cauză (*CILFIT*⁴¹). Astfel, înainte de a formula o trimitere, este util a consulta jurisprudența anterioară a CJUE (**cooperare pe linie verticală**).

³⁷ A se vedea exemplele privind conflictul de interpretare între CJUE și CEDO în cazul principiului nediscriminării, dreptul la un proces echitabil și libertatea de exprimare, la pp.20-22 și secțiunea 4b în partea a II-a a Manualului Final.

³⁸ Aceste două cazuri sunt detaliate în Partea I a Manualului Final în caseta “The judicial interaction between the CJEU and ECtHR” (*Interacțiunile Judiciare dintre CJUE și CEDO*) pp. 32-34; Cazul *Satamedia* este detaliat și în *Close Up 10* în varianta în engleză a Manualului Final.

³⁹ Sau cu o altă dispoziție a dreptului Uniunii, care trebuie să fie interpretată în lumina Cartei.

⁴⁰ Considerați, de exemplu, cazul în care dispoziția relevantă a dreptului UE este susceptibilă de sensuri diferite și viabilitatea interpretării conforme depinde de sensul de interpretare al dispoziției dreptului UE îmbrățișat. Având în vedere că CJUE este instanța supremă de interpretare a legislației UE (a se vedea articolul 19 alineatul (1) din TUE), judecătorul național nu poate opta, din proprie inițiativă, pentru interpretarea dreptului UE care asigură conformitatea cu ordinea juridică internă.

⁴¹ Cauza 283/81 *Srl CILFIT și Lanificio di Gavardo c. Ministry of Health* [1982] Rec. 3415.

Odată stabilit sensul prevederii(-ilor) dreptului UE, judecătorul național va evalua dacă prevederea națională este compatibilă, sau în orice caz, dacă este posibilă **interpretarea conformă**. Dacă acestea nu sunt posibile, există un conflict și *Întrebarea 2* de mai jos trebuie analizată.

Judecătorul național poate pune la îndoială compatibilitatea unei dispoziții naționale care restrânge un drept fundamental prevăzut de Cartă cu dreptul UE. Rețineți că o măsură care restrânge un drept al Cartei poate fi totuși compatibilă cu acesta (a se vedea punctele ii) și iii) din caseta Focus 2, *supra*), sub rezerva cerințelor art. 52, alin. 1, CDF care prevede **testul proporționalității**. Pentru a stabili proporționalitatea măsurii, următoarele întrebări trebuie să fie adresate:

- Este măsura națională prevăzută de lege ? (a se reține că noțiunea de “lege” este o noțiune autonomă a dreptului Uniunii Europene, care nu corespunde neapărat cu accepțiunea națională a „legii” în sensul formal al termenului; va fi necesar să se ia în considerare jurisprudența Curții de Justiție - inclusiv CEDO, din jurisprudența căreia este împrumutată condiția - pentru a determina dacă suntem sau nu în prezența unei “legi”, potrivit art. 52, alin. 1 CDF)⁴²
- Asigură prevederea internă esența dreptului fundamental al UE al cărui exercițiu este limitat?
- În cazul unui răspuns pozitiv, are măsura în vedere un obiectiv de interes general recunoscut de Uniune, sau este aceasta necesară pentru protejarea drepturilor și libertăților altora? (*interes legitim*)
- În cazul unui răspuns pozitiv, este prevederea internă adecvată pentru a atinge scopul urmărit? (*adecvată*)
- În cazul unui răspuns pozitiv, este prevederea internă cea mai puțin restrictivă din cele disponibile pentru a atinge acel obiectiv în ceea ce privește limitarea dreptului prevăzut de Carta UE? (*necesitate*)
- În cazul unui răspuns pozitiv, limitarea dreptului fundamental trebuie să fie justificată de importanța satisfacerii interesului concurent. (*proporționalitate în sens restrâns*)

În cazul în care oricare dintre componentele testului de proporționalitate de mai sus nu este îndeplinită, dispoziția internă nu este compatibilă cu dreptul UE: a se vedea secțiunea **D**, *infra*.⁴³

Pentru a determina proporționalitatea dispoziției interne, este utilă analiza interpretării aceluiași drept fundamental al UE în deciziile anterioare ale CJUE (**cooperare pe verticală**), sau ale altor instanțe naționale în cazurile care implică probleme de drept similare (**raționament comparativ**).

În cazul în care judecătorul național nu poate găsi un răspuns la dubiile acestuia făcând apel la jurisprudența altor instanțe, acesta poate sesiza CJUE cu o trimitere preliminară (instanțele

⁴² A se vedea pentru detalii, Opinia AG Cruz Villalón în Cauza C-20/10 *Scarlet Extended* [2011] Rec. I-11959, par. 88-100.

⁴³ Pentru o decizie recentă a CJUE care pune în aplicare Articolul 52, par. 1, CDF a se vedea cauzele conexe C-293/12 și C-594/12, *Digital Rights* [2014], nepublicate.

naționale ale căror decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac au această obligație), întrebând dacă dispozițiile relevante ale Cartei admit o limitare precum cea în cauză (**întrebare preliminară**). Deși decizia finală privind proporționalitatea măsurii interne este întotdeauna lăsată la aprecierea judecătorului național, jurisprudența arată că gradul de control exercitat de către CJUE variază. În unele cazuri, CJUE oferă indicații foarte precise și, în fapt, arată dacă prevederea internă a fost proporțională sau nu. Dimpotrivă, cu alte ocazii, Curtea lasă o marjă semnificativă de apreciere instanței naționale în testul de proporționalitate (**deferență**).⁴⁴

C) Judecătorul național nu are îndoieli în ceea ce privește sensul dispoziției(-ilor) aplicabile ale dreptului UE, **dar dispoziția internă este susceptibilă de interpretări diferite**. Când este posibil, judecătorul național trebuie să adopte interpretarea care pune dispoziția internă în concordanță cu dreptul UE, inclusiv în lumina jurisprudenței CJUE (**interpretare conformă**). În cazul în care interpretarea conformă nu este viabilă, există un conflict: a se vedea Întrebarea 2, *infra*.

D) În cazul în care măsura națională nu este în mod clar compatibilă cu legislația UE: a se vedea Întrebarea 2, *infra*.

Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a dispoziției naționale în conflict cu dispozițiile UE?

În cazul în care nu poate rezolva conflictul pe cale de interpretare, judecătorul național trebuie să stabilească dacă este posibilă înlăturarea de la aplicare a dispoziției naționale în conflict cu dreptul UE. Înlăturarea de la aplicare este posibilă doar dacă dispoziția relevantă a legislației UE are efect direct. În consecință, primul pas este de a stabili dacă norma dreptului UE îndeplinește criteriile necesare efectului direct în cadrul litigiilor naționale, după cum au fost stabilite de către CJUE.

Focus 3 - Efectul direct al dreptului UE în general și al prevederilor Cartei, în special

Prevederile dreptului UE clare, precise și care nu fac obiectul unor condiții de implementare pot fi invocate de către persoanele fizice și juridice în fața instanțelor naționale, pentru a obține înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor naționale aflate în conflict. Vorbim, după caz, de efectul direct *vertical și orizontal* după cum efectul direct al unei dispoziții de drept al UE este invocat în cadrul unui proces inițiat de o persoană fizică sau juridică în contradictoriu cu un stat membru (*rectius*, una din entitățile sale) sau în litigiile dintre particulari. Rețineți că CJUE a aprobat o noțiune largă pentru „stat”, în domeniul efectului direct vertical: după cum s-a pronunțat în cauza C-282/10 *Dominguez*, alin. 39: „*printre entitățile față de care se pot invoca dispozițiile unei directive de natură a avea efecte directe figurează un organism care, indiferent de forma sa juridică, a fost însărcinat în temeiul unui act al autorității publice să îndeplinească, sub controlul acesteia din urmă, un serviciu de interes public și care dispune, în acest scop, de puteri exorbitante în raport cu normele aplicabile în relațiile dintre particulari*”.

⁴⁴ A se vedea hot. din 14 octombrie 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, Rec., p. I-9609 și hot. din 30 aprilie 2014 *Pfleger*, Case C-390/12.

În privința efectului orizontal, există unele limitări. În special, prevederile directivelor UE (și deciziile UE) nu pot fi invocate în contextul litigiilor dintre persoanele de drept privat, în scopul anulării legislației naționale în conflict (ex. *Dominguez*, cit., paragraful 37). Dimpotrivă, tehnica interpretării conforme poate fi invocată, de asemenea, în scopul asigurării, în cadrul unui litigiu între persoane private, conformității legislației naționale cu prevederile unei directive. Însă trebuie avut în vedere că: „*obligăția instanței naționale de a se referi la conținutul unei directive atunci când interpretează și aplică normele relevante de drept intern este limitată la principiile generale de drept și nu poate servi drept bază pentru interpretarea dreptului național contra legem*” (ex. hot. din 15 aprilie 2008, *Impact*, C-268/06, Rec. I-2483).

Când interpretarea conformă nu poate fi invocată într-un litigiu între particulari, pentru rezolvarea unui conflict între o directivă și legislația națională, singura cale de atac la dispoziția particularilor potrivit dreptului UE este acțiunea în antrenarea răspunderii statului, în conformitate cu jurisprudența *Francovich* (C-479/93, *Francovich*, Rec., p. I-3843). Anumite cerințe trebuie să fie îndeplinite, și anume: scopul dispoziției dreptului UE, care nu a fost pusă în aplicare în conformitate cu dreptul intern trebuie să fie acela de a conferi un drept persoanei în cauză, conținutul dreptului trebuie să fie clar și trebuie să existe o legătură de cauzalitate între încălcarea dreptului de către stat și paguba suferită. Încălcarea trebuie să fie, de asemenea, suficient de gravă, dar această cerință este întotdeauna îndeplinită în cazul în care directiva nu a fost implementată (transpusă) sau a fost incorect implementată în dreptul național.

În cazul Cartei, Articolul 52, alin. 5, CDF exclude în mod expres efectul direct al prevederilor Cartei care consacră „principii”. Cu toate acestea, nici Carta și nici explicațiile acesteia nu oferă o listă exhaustivă a dispozițiilor Cartei care stabilesc „principii”. Doar în scopuri ilustrative, explicația Articolului 52, alin. 5, CDF, menționează Articolele 25, 26, și 37 ale Cartei ca exemple de „principii”. De asemenea, aceeași explicație adaugă că: „în unele cazuri, un articol din cartă poate conține atât elemente de drept cât și de principiu, ex. 23, 33 și 34”. Prin urmare, ar putea fi utilă sesizarea CJUE (printr-o întrebare preliminară), pentru clarificarea naturii prevederii Cartei relevante în cauză. Este, de asemenea, relevantă menționarea faptului că clasificarea unui drept fundamental garantat de Carta drept „principiu”, nu afectează dispozițiile în cauză de relevanță juridică. În acest sens, articolul 52, alin. 5 CDF prevede că:

"Dispozițiile prezentei carte care conțin principii [...] [pot fi invocate în fața unei instanțe judecătorești] numai în scopul interpretării și controlului legalității unor astfel de acte."

Astfel, „principiile” Cartei pot (*rectius*, trebuie) constitui parametri de interpretare și de validitate a actelor Uniunii sau actelor legislative naționale care pun în aplicare acte ale UE, care la rândul lor pun în aplicare aceste „principii” (spre exemplu, o directivă - sau o prevedere din cadrul acesteia – în domeniul de aplicare a principiului). În mod similar, actele naționale care intră în sfera de aplicare a Cartei și a pun în aplicare „principiile” trebuie să fie compatibile cu acestea din urmă.

A se reține că, în hotărârea recentă din 15 ianuarie 2014, în cauza C-176/12, *Association de médiation sociale*, CJUE a confirmat că **cel puțin unele prevederi ale Cartei pot avea efect direct, inclusiv în litigiile dintre particulari** (dacă cazul intră în sfera de aplicare a dreptului

UE).⁴⁵ Pentru a avea efect direct, dispoziția din Carta trebuie să fie „suficientă per se pentru a conferi particularilor un drept individual pe care îl pot invoca ca atare” (par. 47). CJUE a afirmat, de asemenea, că interdicția discriminării pe temeii de vârstă în temeiul Articolul 21, alin. 1, CDF, satisface acest test, în timp ce Articolul 27, privind dreptul lucrătorilor la informare și consultare în cadrul întreprinderii, nu. Dacă o altă dispoziție a Cartei este invocată în cauza pendinte, ar putea fi utilă sesizarea printr-o trimitere preliminară a CJUE pentru a preciza dacă dispoziția Cartei are sau nu efect direct.

A) În cazul în care prevederea relevantă a dreptului UE are efect direct, judecătorul național trebuie să o aplice cu prioritate și să excludă de la aplicare norma internă de conflict (**înlăturarea de la aplicare**).⁴⁶

Înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor naționale în conflict cu dreptul UE se impune potrivit articolului 148 (2) și (4) din Constituția României (norma de aderare), potrivit căruia dispozițiile obligatorii ale legislației UE au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, iar Statul Român, inclusiv autoritatea judecătorească, se obligă să garanteze aducerea la îndeplinire a normei constituționale. Aplicarea cu prioritate a dispozițiilor Cartei, se impune în temeiul articolului 148 din Constituție și nu a articolului 20(2) care garantează aplicarea prioritara a dispozițiilor tratatelor internaționale privitoare la drepturile omului (inclusiv CEDO). În acest sens s-a pronunțat Curtea Constituțională în *Decizia nr. 12/2013*.⁴⁷

B) În cazul în care nu este clar dacă prevederea relevantă a dreptului UE are efect direct, ar putea fi utilă adresarea problemei către CJUE prin intermediul unei întrebări preliminare.

C) În cazul în care prevederea relevantă a dreptului UE nu are efect direct atunci nu se poate dispune înlăturarea de la aplicare a normei naționale. Trebuie avut în vedere faptul că în această situație nu se poate cere nici intervenția Curții Constituționale care să înlătore de la aplicare norma internă neconformă întrucât în baza jurisprudenței clare a Curții: norma [unională] trebuie să fie suficient de clară, precisă și neechivocă prin ea însăși sau înțelesul acesteia să fi fost stabilit în mod clar, precis și neechivoc de Curtea de Justiție a Uniunii

⁴⁵ A se vedea caseta *Focus 1* mai sus „Când trebuie judecătorul național să verifice compatibilitatea normei naționale cu drepturile fundamentale ale UE?”.

⁴⁶ În ceea ce privește temeiul legal al înlăturării de la aplicare cerut de către norma UE, a se vedea: Art. 4(3) TEU, hot. *Simmenthal*, C-106/77, par. 24: “[o] instanța națională care este chemată să aplice dispozițiile de drept comunitar are obligația de a asigura efectul deplin al acestor dispoziții, refuzând din proprie inițiativă, dacă este necesar, să aplice orice dispoziție a legislației naționale contrară normei comunitare, chiar dacă adoptată ulterior, și nu este necesar ca instanța să solicite sau să aștepte înainte de înlăturarea de la aplicare anularea acestei prevedere pe cale constituțională.”; iar în ceea ce privește rangul normelor interne care pot fi înlaturate de la aplicare, cf jurisprudenței bine stabilite începând cu *International Handelsgesellschaft*, C-11/70, par.3, CJEU a stabilit ca: “Legea care decurge din Tratat, un izvor legal independent, nu poate, din cauza naturii sale, să fie înlocuit prin norme de drept intern, indiferent de natura acestora, fără a-și pierde caracterul de drept comunitar și fara ca temeiul juridic al Comunității în sine să fie pus sub semnul întrebării. Pe cale de consecință, validitatea unui act comunitar și efectele acesteia în statele membre nu pot fi afectate de acuzațiile că [aceasta masura] ar fi contrară drepturilor fundamentale astfel cum acestea au fost formulate de Constituția unui stat membru sau principiile de natura constituțională.”

⁴⁷ Monitorul Oficial, Partea I nr. 114 din 28.02.2013. În această decizie, Curtea Constituțională s-a pronunțat și asupra condițiilor în care Carta poate constitui temei legal al controlului de constituționalitate și anume: doar în măsura în care dispozițiile acesteia “asigură, garantează și dezvoltă prevederile constituționale în materia drepturilor fundamentale cu alte cuvinte, în măsura în care nivelul lor de protecție este cel puțin la nivelul normelor constituționale în domeniul drepturilor omului.”

Europene⁴⁸ pentru a putea constitui temeiul unui control de constituționalitate. Se poate observa că această prima condiție stabilită de către Curtea Constituțională pentru a admite o excepție de neconstituționalitate se suprapune cu condițiile stabilite de către CJEU pentru stabilirea efectului direct al unei norme UE, care, în situația de față, nu sunt îndeplinite.

Pe de altă parte, potrivit dreptului UE, singurul remediu disponibil, *in abstracto*, este o acțiune în răspundere a statului, în conformitate cu jurisprudența *Franovich* dacă condițiile relevante sunt îndeplinite: prevederea dreptului UE conferă un drept, conținutul dreptului poate fi dedus din norma violată, există o legătură de cauzalitate între eșecul statului și prejudiciul suferit.⁴⁹

Cu toate acestea, în cazul în care cauza este, de asemenea, în domeniul de aplicare al CEDO, ar putea fi necesară luarea în considerare a efectului CEDO în ordinea juridică internă. În cazul în care ordinea juridică internă admite înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor naționale în conflict cu CEDO, atunci norma națională poate fi lăsată neaplicată (a se vedea mai jos, Întrebarea 2, Scenariul 2).⁵⁰

Rețineți că regula UE ar putea fi în contrast cu Constituția internă. Din punctul de vedere al UE, această circumstanță nu are niciun impact asupra aplicării cu prioritate a dreptului UE și, pe cale de consecință, asupra obligației judecătorului național, care trebuie să delibereze fără a distinge dacă norma conflictuală este de rang constituțional sau nu. În acest sens, potrivit jurisprudenței bine

⁴⁸ Regula generală stabilită de către Curtea Constituțională în ceea ce privește constatarea neconcordanțelor între norma internă și norma UE este cea conform căreia: “constatarea unor eventuale neconcordanțe între legea internă și reglementarea europeană în această materie, și aplicarea, în consecință, a principiului priorității normelor de drept european mai favorabile, reprezintă, prin prisma dispozițiilor [art. 148 alin. \(2\) și \(4\)](#), coroborate cu [art. 126 alin. \(1\)](#) din Constituție, **atributul exclusiv al autorității judecătorești**. Instanța judecătorească este singura competentă ca, în exercitarea rolului său de înfăptuire a justiției, să interpreteze ansamblul prevederilor legislative interne și europene incidente speței deduse soluționării și să le aplice în urma evaluării elementelor de fapt specifice cauzei. Totodată, în temeiul [art. 148 alin. \(4\)](#) din Legea fundamentală, legiuitorul este singurul îndrituit să intervină pe plan legislativ dacă sunt constatate neconcordanțe între legea internă și actul normativ de drept european cu caracter obligatoriu” (Decizia nr 125/2013). De la această regulă Curtea Constituțională a stabilit o excepție: “folosirea unei norme de drept european în cadrul controlului de constituționalitate ca normă interpusă celei de referință implică, în temeiul [art. 148 alin. \(2\) și \(4\)](#) din Constituția României, o condiționalitate cumulativă: pe de o parte, această normă să fie suficient de clară, precisă și neechivocă prin ea însăși sau înțelesul acesteia să fi fost stabilit în mod clar, precis și neechivoc de Curtea de Justiție a Uniunii Europene și, pe de altă parte, norma trebuie să se circumscrie unui anumit nivel de relevanță constituțională, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției — unica normă directă de referință în cadrul controlului de constituționalitate.” (a se vedea Decizia nr. 354 din 24 septembrie 2013)

⁴⁹ A se vedea caseta *Focus 1* privind efectul direct, *supra*. Cauza C-479/93 *Franovich* [1995] ECR I-3843.

⁵⁰ În România, a se vedea art. 20(2) din Constituția României care garantează aplicarea cu prioritate a CEDO atunci când normele interne sunt în conflict cu drepturile prevăzute de aceasta. În acest sens, Curtea Constituțională a subliniat în *Decizia nr. 146/2000* modul în care instanțele naționale ar trebui să interpreteze relația dintre CEDO și legislația națională: „ratificarea de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, a făcut ca această convenție să facă parte din dreptul intern, situație în care raportarea la oricare dintre textele sale este supusă aceleiași regim cu cel aplicabil raportărilor la dispozițiile din Legea fundamentală”. În plus controlul de constituționalitate a legilor interne direct în baza CEDO este o practică frecventă a Curții Constituționale a României, a se vedea: *Decizia nr. 81/1994*; *Decizia nr. 317/2003*; *Decizia nr. 1258/2009* privind controlul de constituționalitate al Legii nr. 298/2008 de transpunere a Directivei 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice, în baza art. 8 CEDO; *Decizia nr. 1039/2012*.

stabilite a CJUE, s-a statuat că: "*în virtutea principiului supremației dreptului UE, [...] normele de drept intern, chiar de ordin constituțional, nu pot submina eficiența legislației UE pe teritoriul aceluia stat*".⁵¹

În privința acestei ultime ipoteze, (norma UE în conflict cu Constituția), apare oportună o precizare în lumina celor statuate de CJEU în hotărârile *Fransson și Melloni*, referitoare la interpretarea articolului 53 din Carta (menționate la punctele i) și ii) caseta *Focus 2*). Din analiza coraborată a cauzelor, rezultă că în situația în care situația de fapt intră în sfera de aplicare a Cartei, acest lucru nu implică în mod automat inaplicabilitatea nivelului național de protecție a drepturilor fundamentale, care ar trebui abandonat în favoarea Cartei. De fapt, acest lucru se impune doar în cazul în care situația este "complet determinată de legislația UE" (ipoteza *Melloni, Radu*), dar, nu și atunci când, dimpotrivă, situația "nu este complet determinată de legislația UE" (ipoteza *Fransson*) sau atunci când principiul eficienței dreptului european nu este periclitat (*Jeremy F*). Așadar, dacă cauza se încadrează în primul caz, nu este loc pentru aplicarea *standardelor naționale* diferite și, pe cale de consecință, standardul național în conflict cu legislația UE trebuie să fie înlăturat (din punctul de vedere al legislației UE, nu prezintă relevanță faptul că norma națională exprimă un nivel de protecție distinct al dreptului fundamental în cauză garantat de către Constituție). În schimb, în cel de-al doilea și al treilea caz, poate fi aplicat standardul național de protecție, în măsura în care acesta nu aduce atingere priorității, unității și caracterului efectiv al dreptului UE (par. 60 *Melloni*). În cazul în care această ultimă condiție nu este îndeplinită, instanța națională nu ar trebui să înlocuiască standardul de protecție UE cu cel național. Cu toate acestea, motivul pentru care nu se impune înlăturarea de la aplicare, nu este natura constituțională a normei naționale care stabilește nivelul de protecție al dreptului fundamental; ci, pentru că, mai degrabă, nu există un conflict real între legislația UE și legislația națională întrucât nivelul național de protecție superior celui european poate fi satisfăcut fără a se aduce atingere dreptului unional (a se vedea *Jeremy F*).

B. Scenariul II – Situații care nu intră în sfera de aplicare a dreptului UE, dar care implică un drept fundamental garantat de CEDO

Cauza pendinte pe rolul instanței naționale nu intră în sfera de aplicare a dreptului Uniunii și implică un drept fundamental garantat de CEDO sau un Protocol adițional la CEDO obligatoriu pentru statul membru al judecătorului *a quo*.⁵²

⁵¹ *Melloni*, cit., par. 59. În plus, cf hot. *Križan*, C-416/10, para.71: "Norma națională care obligă [instanțele ordinare] să urmeze poziția juridică a [Curtii Constitutionale a Republicii Slovacie] nu poate, așadar, să împiedice instanța de trimitere să sesizeze Curtea cu o cerere de decizie preliminară în orice moment al procedurii pe care îl consideră adecvat și să se îndeparteze, dacă este cazul, de aprecierile exprimate de Ústavný súd Slovenskej republiky care s-ar dovedi contrare dreptului Uniunii."

⁵² Statutul ratificării protocoalelor adiționale CEDO poate fi monitorizat la: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

Întrebarea 1: Este măsura internă compatibilă cu dispozițiile relevante din CEDO (sau a unui Protocol adițional)?

Pentru a răspunde la această întrebare, judecătorul național trebuie să stabilească sensul prevederii CEDO (sau a Protocolului adițional), relevante în cauză. În acest scop, trebuie să ia în considerare, de asemenea, jurisprudența CEDO.

A) În cazul în care măsura internă este în conformitate cu CEDO, aceasta poate fi aplicată/confirmată.

Rețineți că o măsură internă care presupune o limitare a unui drept fundamental acordat de CEDO este compatibilă cu acesta din urmă, dacă sunt îndeplinite două condiții: dreptul fundamental în cauză este susceptibil de limitări, iar testul stabilit de către CEDO pentru a verifica limitele de admisibilitate este îndeplinit. Acest test presupune că ingerința:

- Este prevăzută de lege;
- Urmărește un scop legitim (rețineți că, spre deosebire de Cartă, prevederile CEDO care consacră drepturi fundamentale susceptibile de restricții stabilesc ele însele scopul care poate fi considerat ca fiind legitim; prin urmare, aceste obiective stabilesc o listă exhaustivă);
- Este necesară într-o societate democratică, spre exemplu, există o necesitate socială imperioasă care impune ingerința;
- este proporțională; în special, proporționalitatea impune că: 1) măsura de drept intern este necesară pentru a atinge scopul declarat; 2) nu există măsuri mai puțin invazive; 3) esența dreptului fundamental afectat este protejată.

Pentru a evalua proporționalitatea măsurii naționale, ar putea fi util să se arunce o privire la jurisprudența CEDO în cazuri similare (**cooperare pe linie verticală**). Aceasta pentru că, în cadrul sistemului CEDO, responsabilitatea principală pentru aplicarea Convenției este atribuită autorităților publice naționale, inclusiv instanțelor naționale. Mai mult, CEDO lasă uneori Înalțelor Părți Contractante o anumită marjă de apreciere în ceea ce privește identificarea justului echilibru între un drept fundamental și un obiectiv de interes public/un drept fundamental concurent. În aceste cazuri, autoritățile publice naționale trebuie să identifice soluția cea mai potrivită pentru a satisface dreptul fundamental a cărui protecție este prioritară, în același timp, fără a restricționa în mod nejustificat interesul/ dreptul fundamental concurent. Întinderea, dacă nu însăși existența, marjei de apreciere variază în funcție de existența un consens în dreptul și practica Înalțelor Părți Contractante privind gradul de protecție de care se bucură un drept fundamental din Convenție în considerarea aspectelor specifice („Consensul european”). Un corolar al doctrinei marjei de apreciere este că aplicarea CEDO nu cunoaște în mod neapărat o consacrare uniformă în toate Înaltele Părți Contractante. Acest fapt marchează diferența cu dreptul și Carta UE în ansamblu, a căror aplicare este mai puțin preocupată de particularitățile locale, în lumina principiului supremației dreptului UE. În același timp, trebuie subliniat faptul că marja de apreciere este un mecanism de deferență a sistemelor juridice și/sau practicilor

naționale față de CEDO, dar aceasta nu garantează imunitatea față de Convenție. Recunoașterea unei marje de apreciere a statelor membre nu exclude controlul exercitat de către CEDO.⁵³

B) În cazul în care sensul prevederii interne rămâne susceptibil de interpretări diferite, judecătorul național trebuie să opteze pentru interpretarea, care asigură respectarea CEDO (dacă este disponibilă), de asemenea, în lumina jurisprudenței CEDO (interpretare conformă). Temeiul juridic al obligației de interpretare conformă îl reprezintă art.20(2) Constituția României precum și deciziile Curții Constituționale stabilind o astfel de obligație în sarcina judecătorului de la instanțele ordinare.⁵⁴

C) În cazul în care dispoziția internă nu este compatibilă cu CEDO, și nu este posibilă interpretarea conformă, există un conflict și judecătorul național trebuie să procedeze potrivit Întrebării 2.

Întrebarea 2: Este posibilă înlăturarea de la aplicare a normei naționale în conflict cu CEDO?

Rețineți că răspunsul la această întrebare variază de la un stat la altul, fiind strâns legat de rangul oficial și efectele atribuite CEDO în sistemul național de drept.⁵⁵ Cu alte cuvinte, este de competența exclusivă a Înalțelor Părți Contractante de a stabili dacă, în cazul unui conflict între dispoziția națională și prevederile CEDO, judecătorul național poate dispune înlăturarea de la aplicare a normei interne (procedând astfel potrivit situației unui conflict între prevederile naționale și norma UE cu efect direct) sau dacă se impune ridicarea unei excepții de constituționalitate.

A) În cazul în care ordinea juridică internă permite înlăturarea de la aplicare a unei prevederi interne în conflict cu CEDO, dispoziția internă trebuie să fie exclusă de la aplicare (înlăturarea de la aplicare).

În odinea juridică a României, atât CEDO cât și jurisprudența Curții au un rol privilegiat făcând parte din „blocul de constituționalitate” în virtutea articolului 11 coroborat cu articolul 20 din Constituția României. Potrivit dispozițiilor constituționale, în cazul unui conflict între dispozițiile legii interne și dispozițiile CEDO acestea din urmă au prioritate, *cu excepția cazului în care dispozițiile legii naționale oferă un nivel de protecție mai ridicat.*⁵⁶

⁵³ Această chestiune a fost clarificată de mai multe ori de către CEDO. Spre exemplu, în cauza *Attila Vajnai v Ungaria*, decizia din 8 iulie 2008, cerere nr. 33629 / 06, Curtea a considerat următoarele: "Testul de ‚necesitate într-o societate democratică’ cere Curții să determine dacă ingerința în cauză a corespuns unei ‚nevoi sociale’. Înaltele Părți Contractante se bucură de o anumită marjă de apreciere în a aprecia dacă există o astfel de necesitate, dar aceasta merge mână în mână cu o supraveghere europeană, atât legea, cât și deciziile de aplicare, chiar și cele pronunțate de către o instanță independentă. Prin urmare, Curtea este împuternicită să ia decizia finală cu privire la conformitatea unei ‚restricții’ cu libertatea de exprimare protejată prin articolul 10 al Convenției. [...] În special, Curtea trebuie să determine dacă motivele invocate de autoritățile naționale pentru a justifica ingerința au fost ‚relevante și suficiente’ și dacă măsura luată a fost ‚proporțională cu scopurile legitime urmărite’. În acest sens, Curtea trebuie să se convingă că autoritățile naționale, bazându-se pe o evaluare acceptabilă a faptelor relevante, au aplicat standarde care au fost în conformitate cu principiile enunțate în articolul 10".

⁵⁴ A se vedea Decizia nr.146/2000 și nota de subsol nr. 18.

⁵⁵ A se vedea nota de subsol nr. 18.

⁵⁶ Spre deosebire de CEDO, în cazul special al Cartei, aceasta este aplicabilă ca normă întepusă în cadrul controlului

De asemenea, potrivit jurisprudenței bine stabilite a Curții Constituționale, Convenția Europeană a Drepturilor Omului, are aplicabilitate directă în ordinea juridică națională. În acest sens Curtea Constituțională statuând că:

„[...] ratificarea de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994, a făcut ca această convenție să facă parte din dreptul intern, situație în care raportarea la oricare dintre textele sale este impusă aceluiași regim cu cel aplicabil raportărilor la dispozițiile din Legea fundamentală.”⁵⁷

În consecință, orice persoană care pretinde o violare a unui drept fundamental după cum este garantat de către CEDO poate invoca în mod direct prevederile CEDO în fața instanței de judecată și își poate întemeia în mod direct pretențiile în baza CEDO după cum este interpretată în jurisprudența Curții.

Consecințele aplicabilității directe a dispozițiilor CEDO în dreptul intern sunt, în principiu, următoarele:

- judecătorul național este obligat să interpreteze prevederea națională pe cât posibil în lumina prevederilor și jurisprudenței CEDO (**interpretare conformă**).
- judecătorul național își poate întemeia hotărârea în mod direct în baza dispozițiilor CEDO pentru a da efect drepturilor garantate de prevederile și jurisprudența CEDO.
- în principiu, judecătorul național confruntat cu o dispoziție internă care contravine în mod vădit CEDO și jurisprudenței bine stabilite a CEDO este împuternicit să înlătore de la aplicare norma internă și să aplice cu prioritate norma CEDO.

Cu toate acestea, nu există un punct de vedere unitar în practica judiciară cu privire la înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor naționale în conflict cu CEDO de către instanțele ordinare.

În Decizia recentă a Curții *Vlad și alții c. României* (Hotărârea din 23 noiembrie 2013, cererile 40756/06, 41508/07 and 50806/07, par. 116-119, definitivă în 26.02.2014), Curtea a salutat practica judiciară recentă a instanțelor judiciare române de a-și întemeia hotărârile direct în baza Convenției, însă a apreciat că, deși dispozițiile CEDO se bucură de aplicabilitate directă în dreptul intern, această circumstanță nu constituie întotdeauna un remediu efectiv, apt de a repara prejudiciul suferit ca urmare a violării dreptului la un proces echitabil, soluționat în termen rezonabil, în sensul Convenției, dat fiind caracterul neunitar al acestei practici judiciare.

Pe cale alternativă, dacă în urma interpretării conforme, judecătorul național constată că un conflict vădit între norma națională și prevederile CEDO persistă, acesta poate, de asemenea,

de constituționalitate în temeiul art 148 și nu al articolului 20 din Constituție, cu toate consecințele ce decurg din această calificare. A se vedea în acest sens Decizia nr. 871/2010 a Curții Constituționale.

⁵⁷ Decizia nr. 146/2000 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 566 din 15.11.2000

sesiza Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate. Ridicarea unei excepții de neconstituționalitate ar putea urmări evitarea jurisprudenței divergente, și, în subsidiar, asigurarea principiului previzibilității legii și certitudinii legale. Curtea Constituțională va trata problema încălcării CEDO, indirect, având Convenția ca reper pentru interpretarea dispoziției constituționale în cauză (**interpretare conformă**). **În măsura în care există un conflict între norma internă, (inclusiv norma constituțională) și CEDO** Curtea Constituțională va acorda prioritate acelei din urmă tratând problema încălcării CEDO în mod direct (având CEDO ca standard de revizuire), cu excepția cazului în care norma internă prevede un *standard de protecție* mai favorabil.

Rezultă că, în cazul unui conflict între nivelul intern de protecție a dreptului fundamental („*standard*”) și standardul CEDO, care nu poate fi soluționat prin interpretare, practica judiciară bine stabilită sugerează că instanța nu ar putea proceda automat la înlăturarea standardului național (așa cum trebuie, totuși, să procedeze în cazul unui conflict între legislația națională și standardele UE susceptibile de efect direct), ci va sugera o problemă de constituționalitate.

În acest context, se impune **o precizare în perspectiva aderării UE la CEDO**. Carta drepturilor fundamentale UE are aceeași forță juridică cu tratatele, potrivit art.6 par.1, TUE. Totodată, al doilea paragraf prevede că: “*Uniunea aderă la [CEDO]*”. Dispoziția conferă, în primul rând, competența UE de a adera la CEDO, pe care aceasta nu o avea anterior (a se vedea Avizul 2/94 CJEU). Mai mult, aceasta impune o obligație explicită a Uniunii de a adera la CEDO (sau mai degrabă, de a face tot posibilul pentru a permite aderarea UE la CEDO). În cele din urmă, al treilea paragraf afirmă că: “*Drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin [CEDO] și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii.*”

La rândul său, CJUE s-a pronunțat în privința raportului dintre obligațiile rezultate din art 6 TUE și impactul acestora asupra relației dintre CEDO și sistemele de drept ale statelor membre, în cauza C-571/10 *Kamberaj*, statuând că:

62 [...] articolul 6 alineatul (3) TUE nu reglementează raportul dintre CEDO și ordinele juridice ale statelor membre și nu stabilește nici consecințele care trebuie deduse de instanța națională în cazul unui conflict între drepturile garantate de această convenție și o normă de drept național.

63 Prin urmare, trebuie să se răspundă la a doua întrebare că referirea la CEDO cuprinsă în articolul 6 alineatul (3) TUE nu obligă instanța națională ca, în cazul unui conflict între o normă de drept național și CEDO, să aplice direct dispozițiile convenției respective, înlăturând aplicarea normei de drept național incompatibile cu aceasta.

În mod similar, privind relevanța CEDO pentru interpretarea dispozițiilor Cartei, în hotărârea 26 februarie 2013, cauza C-617/10 *Fransson*, CJEU a afirmat că:

44 În ceea ce privește, mai întâi, consecințele care trebuie deduse de instanța națională dintr-un conflict între dreptul național și CEDO, trebuie amintit că deși, așa cum confirmă articolul 6 alineatul (3) TUE, drepturile fundamentale, astfel cum sunt

acestea garantate de CEDO, constituie principii generale ale dreptului Uniunii și deși articolul 52 alineatul (3) din cartă impune să se dea drepturilor conținute în aceasta, corespunzătoare drepturilor garantate de CEDO, același înțeles și aceeași întindere precum cele pe care le conferă convenția amintită, aceasta din urmă nu constituie, atât timp cât Uniunea nu a aderat la ea, un instrument juridic integrat formal în ordinea juridică a Uniunii. În consecință, dreptul Uniunii nu reglementează raporturile dintre CEDO și ordinile juridice ale statelor membre și nu stabilește nici consecințele care trebuie deduse de instanța națională în cazul unui conflict între drepturile garantate de această convenție și o normă de drept național (a se vedea în acest sens hotărârea din 24 aprilie 2012, *Kamberaj*, C-571/10, punctul 62).

De asemenea, ar putea fi prezumat faptul că, efectele aderării UE la CEDO vor fi limitate la cazurile care intră sub incidența domeniului de aplicare a dreptului UE. În fapt, art. 6, alin. 2 TUE precizează în mod explicit că aderarea nu va afecta repartizarea competențelor între Uniune și statele membre, astfel cum sunt definite în tratate (în special, extinderea competențelor Uniunii în raport cu statele membre).

ANEXA

PRINCIPLALELE TEHNICI DE INTERACȚIUNE JUDICIARĂ: PREZENTARE DE ANSAMBLU ȘI EXEMPLE PRACTICE DIN JURISPRUDENȚA INSTANTELOR ROMANE

i) Tehnici de interacțiune disponibile atât în cazul unui conflict între norma națională și prevederile CEDO, cât și între dispozițiile naționale și dreptul UE

Interpretare conformă: este o tehnică de interpretare comună instanțelor naționale, potrivit căreia acestea trebuie să interpreteze dreptul național în conformitate cu Constituția și ordinea publică, alegând, în cazul mai multor interpretări posibile, cea interpretare care nu este în conflict cu prevederile constituționale. În același timp, instanțele naționale sunt obligate să aplice prevederile naționale într-o manieră consistentă cu prevederile dreptului UE și CEDO, relevante în cauză. Prin utilizarea tehnicii interpretării conforme, un judecător național trebuie să aleagă dintre diferitele interpretări posibile ale normei interne pe cea care nu este în conflict cu dispozițiile UE sau cu CEDO având în vedere înțelesul și interpretarea dată acestor dispoziții de către CJEU și/sau CEDO. În situația în care atât legislația națională, cât și cea UE sunt relevante în cauză (în special în cazul dispozițiilor naționale care transpun legislația UE) interpretarea conformă reprezintă un instrument esențial pentru determinarea înțelesului autonom al noțiunilor de drept UE și, pe cale de consecință, pentru găsirea unui numitor comun între legislația UE și cea națională.

Exemplul 1. Interpretarea conformă a normei naționale cu norma CEDO, după cum este interpretată prin jurisprudența CEDO

Sindicatul liber, Curtea de Apel Târgu Mureș, Decizia no.1322/R din 03 iunie 2009

În cauză, s-a pus problema discriminării pe criteriu de sex, având ca bază diferența vârstei de pensionare între bărbați și femei prevăzută de legislația națională.

Speța ilustrează un caz de interpretare conformă pe două niveluri: intern și extern. La nivel intern, instanța de drept comun utilizează tehnica interpretării conforme a legislației cu jurisprudența Curții Constituționale. La nivel extern, soluțiile Curții Constituționale trimit la jurisprudența CEDO și procedează la o interpretare conformă a prevederilor legislației naționale cu aceasta din urmă.

În fapt, reclamanta a sesizat instanța cu o cerere prin care a cerut instanței să anuleze decizia de respingere a cererii privind continuarea duratei contractului de muncă după împlinirea vârstei de pensionare (care diferă pentru femei și bărbați). Reclamanta a susținut că o astfel de practică este nelegală pentru că aceasta contravine principiului egalității în drepturi și constituie discriminare pe criteriu de sex.

În soluționarea speței, instanța națională a adoptat tehnica interpretării conforme cu precedentele Curții Constituționale, care, la rândul lor, interpretează dispozițiile constituționale în lumina

jurisprudenței CEDO.

În acest sens, prin deciziile 191/2008 și 1007/2008, Curtea Constituțională a constatat, în primul rând, că CEDO a avut o atitudine flexibilă în această problemă. Ulterior, făcând referire la Cuzele Walker (nr. 34979/97, ECHR 2000-I) și Stec (nr. 65731/01 și 65900/01), Curtea Constituțională a constatat că CEDO: „punând în balanță art. 14 din Convenție, referitor la interzicerea discriminării, cu prevederile art. 1 paragraful 2 din primul Protocol adițional la Convenție, în care se consacră dreptul larg de care legislativul trebuie să se bucure în reglementarea politicilor sociale și economice, a statuat că existența unei diferențe între vârstele de pensionare pentru bărbați și femei, [...] nu era contrară dispozițiilor art. 14 din Convenție. [...] De asemenea, [CEDO] a arătat și că schimbările, în sensul egalizării vârstelor de pensionare, trebuie să fie prin însăși natura lor graduale și că este dificil dacă nu chiar imposibil să se stabilească precis un moment anume când nedreptatea cauzată bărbaților prin instituirea unor vârste diferite de pensionare va începe să depășească necesitatea de a corecta dezavantajele situației femeilor.” Pe cale de consecință, Curtea Constituțională a concluzionat că raportat la jurisprudența CEDO și la contextul social din acel moment, dispozițiile legii naționale care prevăd o diferență între vârsta de pensionare între femei și bărbați nu contravin Constituției.

La rândul său, Curtea de Apel Târgu Mureș, prin utilizarea tehnicii interpretării conforme, a adoptat o poziție similară cu cea a Curții Constituționale, respingând pretențiile reclamantei și statuând că diferența vârstei de pensionare între bărbați și femei nu contravine principiului egalității și pe cale de consecință, nu constituie discriminare.

Trebuie, însă, avut în vedere că atât decizia Curții Constituționale cât și cea a Curții de Apel Târgu Mureș nu fac referire la jurisprudența evolutivă a CJEU. În sens, a se vedea hotărârea Curții de Apel București (a se vedea secțiunea ii) *infra*, caseta „Exemplu de înlăturare de la aplicare”) care face o interpretare a dispoziției legislative în litigiu atât în lumina CEDO cât și a UE, într-un efort de a reconcilia ambele standarde de protecție ale dreptului la nediscriminare pe criteriu de sex.

Cauza Radu, Curtea de Apel Constanța, Decizia nr. 26/P/11.03.2013

În speță, Curtea de Apel Constanța a ridicat problema justului echilibru între dreptul inculpatului la un proces echitabil (dreptul de a fi audiat) și eficacitatea Deciziei-cadru 2002/584/JAI privind Mandatul European de Arestare (MEA). Curtea de Apel a solicitat, în esență, clarificarea CJUE, întrebând CJEU printr-o trimitere preliminară dacă drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate în conformitate cu articolul 6 din TUE și articolele 6, 48 și 52 din Cartă pot fi invocate pentru a justifica refuzul de executare a unui MEA, chiar dacă acest temei de neexecutare nu este prevăzut expres nici în Decizia-cadru 2002/584/JAI și nici în legea națională de transpunere a Deciziei-cadru.

CJUE (Cauza C-396/11 [2013], nepublicată) a apreciat că legiuitorul european a stabilit un just echilibru între protecția drepturilor fundamentale și eficacitatea mandatului european de arestare, astfel încât dreptul învinutului/inculpatului de a fi audiat nu poate fi invocat drept temei de neexecutare a MEA.

În urma hotărârii preliminare a CJUE, instanța de trimitere, prin Decizia nr. 26/P/11.03.2013, a respins executarea celor patru MEA, optând pentru o interpretare conformă cu CEDO, în detrimentul hotărârii clare a CJEU.

Pentru unul dintre mandate, Curtea de Apel și-a întemeiat refuzul în baza principiul *ne bis in idem* (a se vedea articolul 3 alineatul (2) Decizia-cadru 2002/584/JAI privind MEA, motive de neexecutare obligatorii). Pentru celelalte trei mandate, Curtea de Apel și-a întemeiat refuzul în esență pe două argumente. În primul rând, Curtea a apreciat că principiul recunoașterii reciproce și Decizia-cadru 2002/584/JAI MAE sunt supuse limitelor prevăzute de articolul 6 din TUE și a Cartei. În continuare, Curtea a apreciat că autoritatea judiciară din statul de executare poate refuza predarea și executarea unui mandat european de arestare, în cazuri excepționale, altele decât cele limitativ prevăzute de către Decizia-cadru 2002/584/JAI MEA și norma națională de transpunere. Respectarea drepturilor fundamentale, astfel cum sunt garantate de CEDO, Cartă și *standardul de protecție național*, a fost apreciat ca fiind un astfel de caz excepțional. În al doilea rând, Curtea a considerat că predarea ar constitui o ingerință disproporționată în exercițiul dreptului la libertate și a dreptului la respectarea vieții private și de familie, având în vedere perioada lungă de timp scursă între comiterea infracțiunii și urmărirea penală (12 ani), precum și faptul că executarea pedepsei privative de libertate în România ar permite inculpatului să fie mai aproape de familia sa. De asemenea, Curtea a apreciat că urmărirea penală în România ar asigura o mai bună exercitare a dreptului la apărare. (A se vedea în același sens Melloni, cit. *supra*.)

A se avea în vedere că interpretarea conformă a dreptului național cu legislația UE impune instanțelor naționale să ia în considerare regulile și limitele specifice de interpretare astfel cum au fost definite de către CJEU. În primul rând, în conformitate cu definiția dată de CJEU, obligația interpretării conforme cere instanței naționale să interpreteze dreptul național în lumina textului și a finalității dispoziției relevante din dreptul UE, cu scopul de a atinge rezultatul prevăzut de acea normă.¹ În acest sens, instanța națională trebuie să ia în considerare ansamblul legislației naționale (nu doar norma națională de punere în aplicare a dreptului UE), evaluând modul în care aceasta poate fi aplicată astfel încât să nu se ajungă la un rezultat contrar celui urmărit de norma de drept UE.²

În cazul în care legislația națională recunoaște tehnici de interpretare concepute pentru evitarea conflictelor între dispozițiile de drept intern, sau pentru limitarea domeniului de aplicare al unei dispoziții în caz de incompatibilitate cu o altă dispoziție, instanța națională trebuie să utilizeze aceleași tehnici pentru a da efect rezultatului urmărit de legislația UE. Cu toate acestea, prin interpretarea conformă, instanța națională nu poate adopta o interpretare *contra legem*³ sau care ar încălca principiile generale ale dreptului, în special cele ale securității juridice și neretroactivității.⁴ De asemenea, prin interpretarea conformă nu se poate adopta o soluție mai puțin favorabilă în

¹ A se vedea Cauzele conexe, C-397/01 – 403/01, *Pfeiffer*, ECR I-08835 [2004] și Cauza C- 106/89 *Marleasing v La ComercialInternacional de Alimentación* [1990], ECR I-4135, punctul 8.

² A se vedea, Cauza C-131/97, *Carbonari et al.*, ECR I-1103, [1999], 50.

³ Cauza C- 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, ECR 3969 [1987].

⁴ Cauza C-105/03, *Maria Pupino*, ECR I-5285 [2005].

domeniul legii penale.⁵ Interpretarea conformă a unei dispoziții de drept național cu prevederile unei directive este posibilă, inclusiv în litigiile între privați⁶ (caz în care prevederile directivei nu se bucură de efect direct orizontal, în principiu, și pe cale de consecință nu pot fi invocate în mod direct în fața instanței, a se vedea caseta *Focus 2* Partea a II-a).

Exemplul 2. Interpretarea conformă a normei naționale cu norma UE, după cum este interpretată în jurisprudența CJUE

Cauza Radu, Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia nr. 2372/2013 din 17 iulie 2013

Înalta Curte de Casație și Justiție (ICCJ) a admis recursul împotriva hotărârii Curții de Apel Constanța (a se vedea caseta Exemplul 1, *supra*), a dispus casarea acesteia, iar în urma rejudecării a dispus predarea persoanei solicitate în vederea executării a trei mandate europene de arestare, emise de autoritățile germane.

Procedând astfel, Înalta Curte de Casație și Justiție a utilizat tehnica interpretării conforme a normei naționale cu ansamblul dreptului UE astfel cum fusese interpretat de către CJEU în aceeași cauză trimisă spre interpretare de către Curtea de Apel Constanța, dând prioritate motivelor de interes general ale UE - principiului recunoașterii reciproce și principiului efectivității dreptului UE. Curtea a constatat că decizia Curții de Apel, face o aplicare greșită a legii de transpunere a Deciziei-cadru 2002/584/JAI care nu prevede drepturile fundamentale în general printre temeiurile de neexecutare a unui mandat european de arestare. În continuare, Curtea a constatat că limitările drepturilor fundamentale au fost necesare și proporționale, având în vedere elementele de fapt ale cauzei: „*având în vedere gravitatea acuzațiilor care se aduc persoanei solicitate [...], dar și valoarea însemnată a prejudiciului total cauzat atât la momentul săvârșirii faptelor, dar și în prezent, se constată că este necesară și nu este disproporționată ingerința în exercițiul drepturilor fundamentale ocrotite de lege*”. În acest fel Înalta Curte de Casație și Justiție, prin intermediul tehnicii interpretării conforme, a făcut o aplicare imediată a hotărârii CJEU în cauza *Radu*.

Raționamentul comparativ: tehnica raționamentului comparativ ajută judecătorul național în soluționarea unui conflict de drept în cazul în care modalitatea de utilizare a interpretării conforme nu este clară, sau este necesar a se observa cum s-a făcut aplicarea unui instrument european de către alte instanțe naționale, în vederea pronunțării unei hotărâri legale și în cunoștință de cauză. Aceasta tehnică ar putea interveni în cazul în care instanța națională se confruntă cu o problemă de drept care a fost tratată de către instanțele altor state membre, sau când poate fi prezumat în mod rezonabil că problema de drept este una comună la nivelul instanțelor UE (spre exemplu, determinarea conținutului obligației de a proteja un drept fundamental, stabilirea unui just echilibru între două drepturi fundamentale, sau între un drept fundamental și un interes general). De asemenea, raționamentul comparativ se impune pentru susținerea legalității deciziei judecătorului național, în special în cazul cooperării judiciare în

⁵ Cauza C-403/02, *Berlusconi and Others*, ECR I-0000, [2005] punctul 74.

⁶ Cauza C-152/84, *Marshall*, [1986] ECR 723 și Cauza C-14/83, *Von Colson*.

materie civilă și penală în spațiul UE. Această tehnică are o deosebită importanță în materia protecției drepturilor fundamentale supranaționale, care sunt comune tuturor statelor membre ale UE și care se bucură de o eterogenitate juridică pronunțată în spațiul juridic european. În utilizarea raționamentului comparativ, judecătorii naționali trebuie să ia în considerare diferențele și analogiile dintre contextul național și cel al statului de referință. Acest aspect este important pentru: 1) a alege o hotărâre pronunțată în străinătate care ar putea fi utilă pentru pronunțarea unei hotărâri în cauza pendinte 2) a adapta soluțiile pronunțate într-un alt context juridic propriei ordini juridice.

Exemplul 3. Utilizarea raționamentului comparativ

RM, Curtea de Apel București, sentința penală nr.197/F privind mandatul european de arestare (MEA)

În cauză, Curtea de Apel București confruntată cu o cerere de punere în executare a unui mandat european de arestare emis de către autoritățile bulgare a aplicat tehnica raționamentului comparativ, pentru a determina scopul noțiunii de „autoritate judiciară competentă” astfel cum este reglementată, pe de o parte, de prevederile Deciziei-cadru 2002/584/JAI și de prevederile legislației naționale de transpunere române și bulgare, pe de altă parte.

Procedând astfel, Curtea a respins cererea de punere în executare a MEA, constatând că, urmare a analizei aprofundate a prevederilor legislației bulgare de transpunere a Deciziei-cadru 2002/584/JAI, mandatul european de arestare fusese emis de o autoritate judiciară necompetentă- *procuror*- contrar prevederilor legii naționale bulgare care stabilește competența de emiteră a unui astfel de mandat în sarcina *instanței judecătorești*.

De asemenea Curtea a amintit jurisprudența bine stabilită a CEDO privind scopul noțiunii de „*magistrat*” aplicabilă inclusiv în cazul punerii în aplicare a unui MEA, potrivit art.6 TEU și art.1 alin 1 al Deciziei-cadru 2002/584/JAI care stabilește că: „decizi[a]-cadru nu poate avea ca efect modificarea obligației de respectare a drepturilor fundamentale și a principiilor juridice fundamentale, astfel cum sunt acestea consacrate de articolul 6 din [TEU]”. (asura imperativului garantării drepturilor fundamentale în materia MAE, a se vedea cauza *Melloni*, analizată în caseta *Focus 2, supra*, prezentul Ghid)

Tribunalul Constituțional (Spania), Decizia 198/2012, privind căsătoria între persoane de același sex

Un alt caz deosebit de interesant de utilizare a tehnicii raționamentului comparativ este decizia din 6 noiembrie 2012, nr. 198, a Tribunalului Constituțional al Spaniei, care a afirmat constituționalitatea unui amendament al Codul Civil cu scopul de a permite căsătoria între persoane de același sex. Pentru a-și sprijini concluzia, Tribunalul Constituțional a folosit, printre altele, raționamentul comparativ. În primul rând, acesta a citat o hotărâre a Consiliului Privy, împrumutând metafora care prezintă Constituția asemeni unui „*growing tree*”- un copac în creștere

(*Edwards v. AG Canada* [1930] AC 123, 1 DLR 98 (PC). Apoi a notat utilizarea acestei analogii în hotărârea Curții Supreme a Canadei privind căsătoria între persoane de același sex (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 SCR 698, 2004 SCC 79). În plus, Curtea a efectuat o analiză de drept cuprinzătoare a mai multor state care recunosc căsătoria între persoane de același sex, fie printr-o lege sau ca urmare a unei hotărâri judecătorești (a se vedea referirea la Curtea Supremă Massachusetts - *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 NE2d 941 (Mass., 2003) - și la Curtea Constituțională a Sloveniei - Decizia 02 iulie 2009 *Blažič and Kern v. Slovenia* UI-425/06-10).

Testul de proporționalitate: instanța națională aplică această tehnică când este în prezența unei măsuri naționale care restrânge un drept fundamental garantat de Carta și/sau CEDO. Cu excepția cazului în care dreptul fundamental în cauză nu permite limitări (cum ar fi dreptul la viață și interzicerea torturii și a tratamentelor inumane sau degradante), măsurile naționale de limitare sunt compatibile cu Carta/CEDO, doar dacă îndeplinesc testul de proporționalitate. Cu privire la drepturile fundamentale garantate de Cartă, testul de proporționalitate este expres prevăzut la art. 52, alin. 1, afirmat de către CJEU, inclusiv cu privire la drepturile fundamentale garantate de CEDO. O descriere detaliată a pașilor de urmat în aplicarea celor două teste de proporționalitate se găsește în Partea a II-a a prezentului Ghid.⁷

Una dintre diferențele esențiale dintre cele două instrumente, în ceea ce privește regimul limitelor admise este că, spre deosebire de Cartă, CEDO identifică în mod specific, pentru fiecare drept dacă recunoaște limitările și motivele pentru care acestea din urmă sunt permise. Cu toate acestea, această diferență este doar aparentă, întrucât art. 52, alin.3 CDF stabilește că drepturile garantate de Cartă care corespund CEDO, trebuie interpretate în conformitate cu CEDO care reprezintă standardul minim de protecție în ceea ce privește această listă de drepturi corespondente.

Exemplul 4. Testul de proporționalitate în jurisprudența CEDO

***Cumpănă și Mazăre c. României*, Hotărârea din 17 decembrie 2004, cererea. nr. 33.348/96, § § 111-119**

Cauza ilustrează modul de aplicare a testului de proporționalitate CEDO în cazul unei ingerințe în dreptul la libertatea de exprimare al jurnaliștilor mass-media; test deosebit de strict în comparație cu cel utilizat de Curte în cazul ingerințelor în alte drepturi garantate de CEDO.

Așadar, pe lângă pașii clasici ai testului de proporționalitate CEDO (măsura de drept intern este necesară pentru a atinge scopul declarat; nu există măsuri mai puțin invazive; esența dreptului fundamental afectat este protejată) în cazurile care implică sancțiuni penale, contravenționale și civile împotriva jurnaliștilor, analiza include un pas suplimentar, care se referă la natura și

⁷ A se vedea în special în privința testului de proporționalitate prevăzut de art.52. alin.1, Carta, în scenariul 1, Întrebarea 1, punctul B). Pentru testul de proporționalitate CEDO a se vedea Scenariul II, Întrebarea 1, punctul A.

gravitatea pedepselor, inclusiv la efectele acestora asupra individului profesionist mass-media cât și asupra *activității jurnalistice primate în ansamblu*.

Mai exact, decizia CEDO în cauza *Cumpana și Mașare c. România*, a introdus în analiza proporționalității așa-numitul "*efect de răcire/cheeling effect*". Acest element descurajant se referă la frica indusă profesionaliștilor mass-media de către iminența pedepsei închisorii (sanțiuni privative de libertate) în cazul raportării unei chestiuni de interes public, ceea ce declanșează un „efect de răcire” privind libertatea de exprimare jurnalistică.

În analiza proporționalității, Curte a constatat că: „Deși stabilirea pedepselor este în principiu de competența instanțelor naționale, aplicarea pedepsei închisorii pentru o infracțiune în domeniul presei nu este compatibilă cu libertatea de exprimare a jurnaliștilor, garantată de art. 10 din Convenție, decât în circumstanțe excepționale [...] Nici un element din prezenta cauză, care este o cauză tipică de calomnie a unei persoane în contextul dezbaterii unui subiect de interes public, nu este de natură să justifice aplicarea pedepsei cu închisoarea. Prin însăși natura sa, o astfel de pedeapsă are, fără îndoială, un efect descurajant, iar faptul că reclamanții nu au executat-o nu schimbă în nici un fel această concluzie [...] În ceea ce privește interzicerea exercitării profesiei de jurnalist timp de un an, aplicată reclamanților, care a fost menținută, Curtea reamintește jurisprudența sa constantă conform căreia măsurile prin care se limitează în prealabil activitatea ziariștilor trebuie examinate în amănunt și nu se justifică decât în circumstanțe excepționale, [...] [circumstanțe care] nu se po[t] justifica doar prin riscul recidivei din partea reclamanților.”

Pentru dezvoltarea acestei linii de jurisprudență a se vedea în special cauzele *Długolecki c. Poloniei* (cererea nr. [23806/03](#) [2009]), *Lahtonen c. Finlandei* (cererea nr. 29576/09 [2012]), *Belpietro c. Italiei* (cererea nr. 43612/10, [2013]); în aceste cazuri, testul de proporționalitate a implicat analiza „circumstanțelor excepționale” de aplicare a unei sancțiuni penale în cazul profesioniștilor mass-media exclusiv în conformitate cu articolul 10 CEDO, gasind aplicare sancțiunii privative de libertate ca fiind contrară Art. 10 CEDO, în cazul în care alte drepturi fundamentale nu au fost grav afectate, cum ar fi, spre exemplu cazul incitării la ură sau violență. A se remarca „marja de apreciere” limitată în această materie (pentru mai multe detalii privind tehnica marjei de apreciere, a se vedea caseta Exemplu 8, *infra*)

Exemplul 5. Testul de proporționalitate în jurisprudența CJEU, pot. disp. art.52, alin.1, CDF

Digital Rights Ireland Ltd, cauzele conexe C-293/12 și C-594/12, decizia CJEU din 08 aprilie 2014

Prin această hotărâre, CJEU a declarat nevalidă Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele publice de comunicații publice.

(Directiva a fost de asemenea anulată implicit prin *Decizia Curții Constituționale a României 1258/2009* de admitere a excepției de neconstituționalitate a prevederilor Legii 298/2009 de transpunere a Directivei 2006/24/CE).

Prin urmare, suntem în prezența unui caz de verificare a proporționalității unui act de drept UE, potrivit art. 52, alin. 1, CDF și nu a unei măsuri naționale. Cu toate acestea, condițiile limitărilor drepturilor fundamentale prevăzute la art. 52, alin. 1, CDF se vor aplica în mod similar atât actelor UE cât și măsurilor naționale de transpunere care intră în sfera de aplicare a Cartei, astfel cum sunt definite prin art. 51, alin. 1 (a se vedea caseta *Focus 1* din Partea II).

Directiva 2006/24/CE are drept obiectiv armonizarea legislației statelor membre în ceea ce privește păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea de servicii de comunicații electronice accesibile publicului sau de rețele publice de comunicații, în scopul asigurării disponibilității acestora pentru prevenirea, cercetarea, descoperirea și urmărirea penală a infracțiunilor grave, cum ar fi cele legate de criminalitatea organizată și terorism, respectând, în același timp, drepturile consacrate în articolele 7 și 8 ale Cartei.

Potrivit CJEU, deși Directiva nu permite păstrarea conținutului comunicării, ci doar a datelor de trafic, datele de localizare, precum și alte date conexe necesare pentru identificarea abonatului sau a utilizatorului, aceasta presupune o *ingerință deosebit de gravă* în drepturile fundamentale prevăzute la art. 7 („Respectarea vieții private și de familie”) și 8 („Protecția datelor cu caracter personal”) din Cartă.

Examinând proporționalitatea ingerinței în conformitate cu testul de proporționalitate de la art. 52, alin. 1, CDF, Curtea a decis că s-a adus o atingere **conținutului esențial al drepturilor fundamentale** în discuție, tocmai pentru că Directiva nu permite accesul la conținutul comunicărilor, și, de asemenea, **nu impune furnizorilor nicio regulă** privind protecția și siguranța datelor. Cerința ca limitarea să răspundă unui obiectiv de interes general al Uniunii este satisfăcută, acest interes fiind considerat lupta împotriva formelor grave de criminalitate. Cu toate acestea, în opinia Curții, legiuitorul UE a depășit limitele impuse de principiul proporționalității. După ce a declarat că, *"ținând seama, pe de o parte, de rolul important pe care îl are protecția datelor cu caracter personal în lumina dreptului fundamental la respectarea vieții private și, pe de altă parte, de amploarea și de gravitatea ingerinței în acest drept cauzate de Directiva 2006/24, puterea de apreciere a legiuitorului Uniunii este redusă"*, Curtea a statuat că Directiva nu conține reguli clare și precise care ar reglementa ingerința măsurii în drepturile fundamentale consacrate la articolele 7 și 8 din Cartă, care să asigure că ingerința se încadrează în limitele strictului necesar.

Într-adevăr, Directiva se aplică, fără a distinge, tuturor persoanelor, mijloacelor electronice de comunicare și datelor de trafic; **nu conține niciun criteriu obiectiv de limitare a numărului de persoane care au acces și pot utiliza ulterior datele stocate, în raport de scopul urmărit; sau alte criterii similare pentru a determina durata de stocare a datelor (în intervalul 6-24 luni); accesul la datele stocate nu este supus unui control prealabil de către o instanță sau de o altă entitate independentă; de natură să garanteze împotriva**

riscului de abuz sau utilizare ilegală a datelor.

Pentru aceste motive, Curtea a decis că, prin adoptarea Directivei 2006/24/EC, legiuitorul Uniunii Europene a depășit limitele impuse de respectarea principiului proporționalității, în lumina articolelor 7, 8 și 52, paragraful 1 ale Cartei.

Google Spain CJEU, Marea cameră, Cauza C-131/12, din 13 mai 2014, nepublicată

Trimiterea preliminară a fost formulată în cadrul litigiului între Google Spain SL și Google Inc., pe de o parte și Agenția Spaniolă de protecție a Datelor și DI González, pe de altă parte, cu privire la anularea deciziei celei din urmă, prin care s-a dispus că cele două societăți sunt obligate să elimine anumite date cu caracter personal privitoare la persoana DI González și să împiedice accesul la acestea pe viitor. Agenția a constatat că operatorii motoarelor de căutare în cauză pot fi obligați să împiedice accesul la date fără a fi necesară și ștergerea datelor de pe site-ul web pe care acestea figurează în temeiul prevederilor legale privind vânzarea la licitație publică. Aceasta a apreciat că măsura se impune plecând de la riscul sporit de violare a dreptului la respectarea vieții private și protecția datelor cu caracter personal datorată ușurinței cu care aceste date pot fi accesate și combinate de motorul de căutare, afectând în mod evident drepturile petentului.

Sesizată cu trimiterea preliminară CJEU a confirmat poziția autorităților spaniole.

În primul rând, CJEU a constatat că activitatea unui motor de căutare este calificată drept „prelucrare de date cu caracter personal”, iar operatorul unui asemenea motor de căutare trebuie să fie considerat „operator” în sensul Directivei 95/46/EC.

Odată stabilită aplicabilitatea Directivei, CJEU a procedat la analiza atingerii aduse dreptului la respectarea vieții private și dreptului la protecția datelor cu caracter personal, prevăzute de art. 7, respectiv 8 din Cartă, garantate în subsidiar în prevederile art. 6, 7, 12, 14 și 28 ale Directivei 95/46/EC.

În acest sens Curtea a reamintit propria jurisprudență prin care a statuat că:

„[...] dispozițiile Directivei 95/46, în măsura în care reglementează prelucrarea unor date cu caracter personal care pot aduce atingere libertăților fundamentale și în special dreptului la viață privată, trebuie interpretate în mod necesar în lumina drepturilor fundamentale care, potrivit unei jurisprudențe constante, fac parte integrantă din principiile generale de drept a căror respectare o asigură Curtea și care sunt în prezent înscrise în cartă.”(par. 68)

Aplicată la cazul specific de prelucrare a datelor personale de către un motor de căutare, CJUE reține că reunirea și organizarea informației de către un asemenea motor este aptă de a ușura considerabil accesul la datele personale ale unei persoane, formând cu ușurință un profil detaliat al acesteia. Acest fapt este de natură să „afecteze semnificativ și în mod adițional în raport cu cea a editorilor de site-uri web drepturile fundamentale la viață privată și la protecția datelor cu caracter personal.”(par. 37-38)

Odată constatată ingerința CJUE procedează la analiza proporționalității acesteia constatând că:

„[a]vând în vedere gravitatea potențială a acestei ingerințe, trebuie să se constate că ea nu poate fi justificată doar prin interesul economic al operatorului unui astfel de motor privind prelucrarea respectivă. Totuși, întrucât eliminarea unor linkuri din lista de rezultate ar putea avea, în funcție de informația în cauză, repercusiuni asupra interesului legitim al utilizatorilor de internet potențial interesați de a avea acces la această informație, în situații precum cele în discuție în litigiul principal trebuie căutat un echilibru just în special între acest interes și drepturile fundamentale ale persoanei vizate, prevăzute la articolele 7 și 8 din cartă. Deși, desigur, drepturile persoanei vizate protejate prin aceste articole prevalează, ca regulă generală, și asupra interesului menționat al utilizatorilor de internet, acest echilibru poate să depindă însă, în cazuri particulare, de natura informației în discuție și de caracterul sensibil al acesteia în ceea ce privește viața privată a persoanei vizate, precum și de interesul publicului de a dispune de informația respectivă, care poate varia în special în funcție de rolul jucat de persoana menționată în viața publică.” (par. 81)

Prin această decizie, CJEU adoptă un *nivel de protecție* deosebit de ridicat al dreptului la viață privată și al dreptului la protecția datelor cu caracter personal, fapt anunțat din start, chiar înainte de efectuarea raționamentului juridic asupra problemei de drept (par.66). Procedând astfel, CJUE stabilește cu titlu de principiu că drepturile fundamentale prevalează asupra intereselor de ordin economic. În mod excepțional, orice ingerință trebuie să fie temeinic motivată de interesul publicului de a accesa acele informații precum și de rolul persoanei vizate în viața publică.

Decizia subliniază legătura între *nivelul de protecție* („standard”) garantat de dreptul EU prin CJUE și cel garantat de CEDO în materie. *Astfel în cauza Delfi v Estonia (cererea 64569/09 [2013])*, CEDO confruntată cu o problemă de drept similară, a constatat că sancționarea contravențională a operatorului unei platforme online de știri pentru eșecul de a controla și cenzura conținutul injurios al unor comentarii postate de terți, constituie o ingerință justificată și proporțională în dreptul la libertatea de exprimare. Cu toate acestea, CEDO nu s-a antrenat într-o analiză minuțioasă a naturii platformei on-line de știri, lăsând astfel o marjă largă de apreciere Înalțelor Părți Contractante. CEDO a tratat platforma de știri drept *editor* după cum a fost calificată potrivit legislației și instanțelor naționale, fără a lua în calcul natura de platformă gazdă - „*hosting*”- a acesteia.

ii) Tehnici de interacțiune disponibile în cazul unui conflict între norma națională și norma de drept al UE

Trimiterea preliminară: este reglementată de art. 267 TFUE și este principalul mecanism de cooperare directă între instanțele statelor membre și CJEU, cu scopul de a asigura interpretarea uniformă și aplicarea corectă a legislației UE. Trimiterea preliminară permite instanței naționale să adreseze Curții de Justiție întrebări cu privire la interpretarea dispozițiilor de drept primar, precum și privind interpretarea și validitatea dreptului secundar al UE. Problemele de interpretare sunt de multe ori instrumentale în stabilirea compatibilității legislației naționale cu dispozițiile relevante ale dreptului UE. În principiu, judecătorii ale căror decizii nu sunt supuse unei căi de atac sunt obligați a formula o trimitere preliminară, în vreme ce restul judecătorilor au doar dreptul de a adresa întrebări preliminare. Cu toate acestea, în cazul în care o instanță

națională are îndoieli în privința validității unei prevederi UE, aceasta nu poate declara norma de drept UE în cauză nevalidă (și, decide înlăturarea acesteia de la aplicare), fără a întreba CJEU în prealabil, indiferent dacă decizia în cauză este dată cu sau fără drept de apel. În schimb, instanțele de ultim grad de jurisdicție sunt scutite de obligația formularii unei trimiteri preliminare în cazul în care CJEU a clarificat sensul normei relevante într-un caz similar (*acte clair*). Cu toate acestea, instanța națională poate considera că, norma UE este clară doar în măsura în care este convinsă că înțelesul clar al normei se impune, dincolo de dubii, în același mod oricărui judecător european, inclusiv Curții de Justiție a Uniunii Europene.⁸

Exemplul 6. Trimiterea preliminară

ACCEPT, Curtea de Apel București, sentința civilă 4180 din 23 decembrie 2013

Disputa în fața Curții de Apel București a avut la bază declarațiile publice homofobe ale unui fost acționar al clubului de fotbal „FC Steaua București” în privința orientării sexuale a unui fotbalist pe care clubul de fotbal ar fi urmat să îl angajeze. Urmare a declarațiilor, clubul de fotbal nu s-a distanțat de la declarațiile homofobe. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (CNCD) a sancționat declarațiile discriminatorii cu *un avertisment* prin Hotărârea nr. 276 din 13 octombrie 2010, având în vedere prescripția termenului de 6 luni de la comiterea actului discriminatoriu prevăzut de Ordonanța de Guvern 137/2000. În decembrie 2010, ASOCIATIA ACCEPT, a sesizat Curtea de Apel București solicitând anularea Deciziei CNCD ca fiind contrară prevederilor dreptului UE în materia nediscriminării.

Pentru lămurirea scopului dispozițiilor directivelor aplicabile în cauză, prin închierea din 12.10.2011 Curtea de Apel București a formulat o trimitere preliminară către CJUE.

În esență, prin întrebările formulate, Curtea de Apel a urmărit să se asigure dacă:

- a. declarațiile în cauză ar putea constitui o discriminare directă în conformitate cu articolul 2 alineatul (2) din Directiva (2000/78/CE) privitoare la relațiile de muncă sau, dacă ar putea cel puțin, conduce la stabilirea unei prezumții de discriminare (prin analogie cu interpretarea CJEU dată articolul 2 alineatul (2) Directiva privind egalitatea rasială (2000/43/CE) în cauza *Firma Feryn*, unde Curtea a constatat că declarațiile făcute de un angajator constituie o discriminare directă).
- b. inversarea sarcinii probei ar constitui o *probatio diabolica*, în sensul că aceasta impune ingerința în viața privată a persoanei discriminate.
- c. limitarea perioadei în care se poate dispune sancționarea contravențională a actelor discriminatorii la 6 luni de săvârșirea faptei, termen prevăzut de dispozițiile naționale de transpunere a directivei, frustrează aplicarea corectă a drepturilor protejate de aceasta.

⁸ Cauza, C-283/81, *Cilfit*, paras. 16-20.

Prin hotărârea preliminară în Cauza C-81/12 din 25 aprilie 2013, CJUE a statuat următoarele:

Declarațiile discriminatorii nu trebuie să provină neapărat din partea persoanei care deține puterea legală de a implementa politicile de recrutare, iar clubul de fotbal nu este scutit de la obligația de a răsturna prezumția de a fi acționat în mod discriminatoriu, doar pentru că, la prima vedere declarația nu este făcută de persoana care poate acționa în numele clubului. CJUE a subliniat că natura (discriminatorie sau nu) a declarației trebuie să fie evaluată luând în considerare impactul acesteia asupra societății în general. CJEU a mai constatat că în percepția publicului, autorul declarațiilor a menținut aceeași relație cu clubul de fotbal și după pierderea calității de acționar.

De asemenea CJUE a apreciat că acceptarea declarației ca probă *prima facie* a discriminării, potrivit Directivei 2000/78/CE, nu are un efect disproporționat asupra inculpatului și nu constituie o *probatio diabolica*. Inculpatul poate răsturna prezumția de discriminare prin administrarea dovezilor disponibile în mod rezonabil, spre exemplu, făcând dovada că s-a distanțat imediat de la declarațiile homofobe.

În cele din urmă, CJUE a recunoscut autonomia statelor membre în stabilirea sancțiunilor actelor discriminatorii, dar a subliniat că sancțiunile simbolice nu pot fi considerate a satisface cerințele eficienței, proporționalității și disuasivității, în lumina textului și a finalității Directivei 2000/78/CE.

Urmare a hotărârii preliminare, Curtea de Apel București prin sentința civilă nr 4180 din 23 decembrie 2013, analizând interpretarea dată de CJUE a înțeles că CJUE a recunoscut valoarea juridică a avertismentului, care ar putea constitui o sancțiune efectivă, proporțională și descurajantă/disuasivă. Ulterior, Curtea de Apel a arătat că este de competența instanței naționale să aprecieze caracterul adecvat al măsurii, în cauză. Pornind de la interpretarea CJUE, Curtea de Apel a constatat *in concreto* că avertismentul a fost o măsură adecvată, care îndeplinește exigențele de eficacitate, proporționalitate și disuasivitate. Hotărârea Curții de Apel a fost în continuare atacată în fața Înaltei Curți de Casație și Justiție unde este pendinte.

Cauza *Agafitei* C-310/10 din 7 iulie 2010, nepublicată

Operațiune de delimitare a sferei de aplicare a legislației UE se poate dovedi uneori dificilă. În speță, mai mulți judecători au invocat că au suferit o discriminare, în temeiul directivelor UE în domeniul nediscriminării (Directivele 2000/43 și 2000/78) pe criteriul socio-profesional. CJUE a respins întrebările preliminare și a declarat trimiterea preliminară inadmisibilă constatând că motivul de discriminare invocat - categoria socio-profesională și locul de muncă – se încadrează în afara domeniului de aplicare a legislației UE. Legislația UE anti-discriminare, spre deosebire de prevederile CEDO, adoptă un sistem *in chis* al motivelor de discriminare, acestea fiind expres și limitativ prevăzute în articolul 19 TFEU și prevederile corespunzătoare de drept secundar al UE. Faptul că motivul de discriminare este prevăzut în legislația națională anti-discriminare (Ordonanța de urgență 137/2000) nu este suficient pentru a declanșa aplicarea Cartei UE și

jurisdicția CJUE. Mai mult, Curtea își reiterează jurisprudența bine stabilită (Cauza C-130/95 *Giloy* [1997] Rec., I-4291, paragraful 28), amintind că în situațiile în care reglementările pur naționale adoptă o soluție legislativă, prevăzută de legislația UE în vigoare, imperativul principiului interpretării conforme a dreptului UE impune instanțelor naționale interpretarea reglementării în cauză în conformitate cu interpretarea adoptată în legislația UE și jurisprudența CJUE și atrage în consecință competența acesteia, însă apreciază că prezenta situație nu se regăsește în cauza *pendinte*.

Jeremy F- Decizia nr 2013-314P QPC din 04 aprilie 2013

În speță, Consiliul Constituțional al Franței - Consil Constitutionnel - prin Decizia nr 2013-314P QPC din 04 aprilie 2013 a sesizat CJEU cu o trimitere preliminară privind **procedurii preliminare de urgență**.

Consiliul Constituțional a solicitat clarificarea CJEU, întrebând în esență, dacă Decizia-cadru 2002/584/JAI privind MEA se opune unor dispoziții interne care institui un drept de apel cu efect suspensiv împotriva unei decizii de a executa un mandat european de arestare sau decizia de aprobare a prelungirii unui astfel de mandat.

CJUE a statuat că Decizia-cadru 2002/584/JAI nu împiedică, în principiu, statele membre să prevadă o cale de atac cu efect suspensiv împotriva unei decizii de executare a unui mandat european de arestare sau împotriva unei decizii de aprobare a prelungirii unor asemenea mandate, atât timp cât decizia finală de predare sau decizia de prelungire se încadrează în termenele prevăzute la articolul 17 din Decizia-cadru 2002/584/JAI.

Întrucât instanța franceză a utilizat procedura specifică de urgență, a obținut o hotărâre lămuritoare din partea CJEU în mai puțin de 3 luni de la trimiterea preliminară.

Înlăturarea de la aplicare: Aceasta este, probabil, tehnica care impune cel mai mare grad de ingerință a dreptului supranațional în dreptului național, întrucât obligă instanțele naționale să nu aplice norma națională care este în contradicție cu o dispoziție a dreptului UE susceptibilă de efect direct. După cum am menționat, în sistemul român de drept instanțele de drept comun pot în principiu înlătura legislația națională în conflict cu o prevedere a CEDO (după cum este interpretată în lumina jurisprudenței CEDO). Cu toate acestea, practica judiciară înclină spre soluția ridicării unei excepții de neconstituționalitate. În acest caz, instanța de judecată trebuie să ridice problema constituționalității *standardului* național raportat la prevederile Constituției, precum și la prevederile relevante ale CEDO, care acționează în acest caz ca un „parametru interpus” în controlul de constituționalitate. Dimpotrivă, în cazul dreptului UE, orice instanță națională poate (sau, mai degrabă, ar trebui) să înlătore normele naționale în conflict cu prevederile legislației UE, fără a se pune problema unei excepții de constituționalitate.⁹ În acest sens, Curtea Constituțională, a statuat în repetate rânduri, că înlăturarea de la aplicare a normei naționale în conflict cu legislația UE este de competența instanțelor de drept comun, care sunt obligate să aplice cu prioritate norma UE. Înlăturarea de la aplicare a normei naționale nu ridică o

⁹ În baza art. 4(3) TEU, a doctrinei *Simmenthal* (Cauza C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* SpA [1978] ECR 629), și a art. 148(2) Constituția României.

problemă de constituționalitate, atâta timp cât nu implică un anumit grad de „*relevanță constituțională*”.¹⁰

Obligația de a înlătura de la aplicare intervine atunci când judecătorul național este în prezența unui conflict real și evident între *standardul* național și cel prevăzut de dreptul UE (nu și atunci când există posibilitatea de interpretare a dispozițiilor naționale în conformitate cu dispozițiile relevante ale legislației UE: interpretare conformă), și numai în cazul în care norma dreptului UE produce efecte directe (a se vedea caseta *Focus 3*, Partea a II-a a prezentului Ghid). În orice caz, înlăturarea de la aplicare nu afectează valabilitatea regulii din punctul de vedere al dreptului național, ci doar se opune aplicării acesteia, în cauza *pendinte*. Consecințele juridice pe plan național cât și "soarta" standardului național înlăturat de la aplicare nu sunt reglementate de legislația UE.

Exemplul 7. Înlăturarea de la aplicare

***Sindicatul Liber*, Curtea de Apel București, Hotărîrea 2892/R din 18 iunie 2010**

În cauză, s-a pus problema discriminării pe criteriu de sex, având ca bază diferența vârstei de pensionare între bărbați și femei prevăzută de legislația națională. Reclamanta a susținut că încetarea contractului de muncă având drept singur motiv atingerea vârstei de pensionare (diferită pentru bărbați și femei) și refuzul prelungirii contractului de muncă până la atingerea vârstei de pensionare aplicabilă bărbaților, este nelegală după cum contravine principiului egalității în drepturi și constituie discriminare pe criteriu de sex.

În soluționarea cauzei, Curtea de Apel București și-a întemeiat decizia pe interpretarea dată de către CJUE Directivei 76/207/CEE în cauza *Marshall* (CJEU, C-152/84 Marshall [1986]) cu privire la punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în ceea ce privește accesul la încadrarea în muncă, formare și promovare profesională și condițiile de muncă, (înlocuită prin Directiva 2006/54/EC). În cauza *Marshall*, CJUE a apreciat că o politică generală prin care contractul de ocupare a forței de muncă a unei femei este reziliat doar pentru că aceasta a atins vârsta de pensionare, vârstă care diferă pentru bărbați și pentru femei, constituie o discriminare pe criterii de sex în temeiul directivei. În conformitate cu această constatare a CJEU, Curtea de Apel București a înlăturat de la aplicare dispozițiile interne și a acordat efect direct Directivei 2002/73/CE. Curtea a condamnat angajatorul, a dispus repunerea reclamantei în drepturile salariale precum și plata daunelor-interese (în sens contrar a decis Curtea de Apel Târgu Mureș, interpretând speța în lumina jurisprudenței CEDO astfel cum a fost interpretată de către Curtea Constituțională, a se vedea Exemplul 1 „Exemplu de interpretare conformă a normei naționale cu norma CEDO”, *supra*).

¹⁰ Privit deciziilor 1596/2009, 137/2010, 1249/2010, 668/2011 “sarcina aplicării cu prioritate a reglementărilor comunitare obligatorii în raport cu prevederile legislației naționale revine instanței de judecată. Este o chestiune de aplicare a legii, și nu de constituționalitate. Curtea a constatat că, în raporturile dintre legislația comunitară și cea națională (cu excepția Constituției), se poate vorbi numai de prioritate de aplicare a celei dintâi față de cealaltă, chestiune ale cărei constatare și aplicare intră în competența instanțelor judecătorești.”

iii) Tehnici de interacțiune disponibile în cazul unui conflict între norma națională și prevederile CEDO

Marja de apreciere: este o tehnică (în esență, de auto-cenzurare) utilizată de către CEDO pentru a păstra specificul național (legal, politic, cultural, etic, social) al Înalțelor Părți Contractante. Tehnica constă, de fapt, în lăsarea autorităților naționale (inclusiv, instanțelor de judecată), unei marje de apreciere în interpretarea și punerea în aplicare dispozițiilor privind limitările și derogările permise de CEDO. Tehnica intervine, în special, în situațiile care impun stabilirea un just echilibru între două drepturi fundamentale, sau în cazul în care CEDO nu recunoaște existența unei viziuni comune care se desprinde din analiza cadrului legal și practica Înalțelor Părți Contractante, operațiune definită în literatura de specialitate drept – „consens european”.

Una dintre implicațiile doctrinei marjei de apreciere este că aplicarea CEDO nu se bucură în mod necesar de o interpretare uniformă în sistemele de drept ale Înalțelor Părți Contractante. În acest sens, sistemul de protecție stabilit de CEDO este în mod clar diferit de cel al sistemului de drept UE, potrivit căruia punerea în aplicare a standardelor naționale de protecție diferite de cele ale Cartei este permisă numai în absența unui eventual prejudiciu adus „*primatului, unității și eficacității dreptului UE*”, și doar în cazul în care legiuitorul UE nu a stabilit deja nivelul („*standardul*”) de protecție.¹¹

Exemplul 8. Utilizarea doctrinei marjei de apreciere în jurisprudența CEDO

Decizia din 08 iulie 2008, cererea. n. 33629/06, *Attila Vajnai c. Ungariei*, § § 43-45

„Testul „*necesității într-o societate democratică*” impune Curții sarcina de a stabili dacă ingerința corespunde unei „*necesități sociale imperioase*”. Înaltele Părți Contractante dispun de o marjă de apreciere în aprecierea existenței unei asemenea necesități, însă această marjă merge mână în mână cu supravegherea europeană, atât a actelor legislative, cât și deciziilor de punere în aplicare a acestora, inclusiv cele pronunțate de către o instanță independentă. Prin urmare, Curtea este împuternicită să pronunțe o decizie finală cu privire la reconcilierea „*ingerinței*” cu libertatea de exprimare protejată prin articolul 10 [CEDO] [...]. În exercitarea sarcinii sale de supraveghere, Curtea nu urmărește să înlocuiască instanțele naționale competente, ci mai degrabă să revizuiască în conformitate cu articolul 10 [CEDO], deciziile pe care [instanțele naționale] le-au luat potrivit marjei de apreciere[...]. În special, Curtea trebuie să determine dacă motivele invocate de autoritățile naționale pentru justificarea ingerinței au fost „*relevante și suficiente*”, și dacă măsura luată a fost „*proporțională cu scopul legitim urmărit*”[...]. În acest sens, Curtea trebuie să se convingă că autoritățile naționale, bazându-se pe o evaluare acceptabilă a faptelor relevante, au aplicat standarde în conformitate cu principiile enunțate în articolul 10 [CEDO]”.

Decizia din 07 februarie 2012, cererea. nr. 40660/08 și 60641/08, *Von Hannover c.*

¹¹ Asupra rolului standardelor naționale de protecție în situații care intră în sfera de aplicare a Cartei, a se vedea caseta *Focus 2*, Partea II-a a prezentului Ghid.

Germania (Nr. 2), § § 104-107

"Curtea reamintește că alegerea mijloacelor necesare pentru a asigura respectarea art. 8 CEDO în domeniul relațiilor dintre indivizi este, în principiu, o chestiune care se încadrează în marja de apreciere a statelor membre [...]. Cu toate acestea, această marjă merge mână în mână cu o supraveghere europeană [de exemplu, de către organele Convenției], care cuprinde atât actele legislative cât și a deciziilor de aplicare a acestora, inclusiv cele pronunțate de către o instanță independentă. În exercitarea rolului său de supraveghere, sarcina Curții nu este de a înlocui instanțele naționale, ci mai degrabă de a verifica, ținând cont de cazul în ansamblu, dacă deciziile luate de acestea sunt compatibile cu normele relevante din [CEDO]. [...] În cazul în care punerea în balanță [între două drepturi fundamentale în conflict garantate de CEDO] a fost efectuată de către autoritățile naționale, în conformitate cu criteriile stabilite de Curte, în jurisprudența sa, substituirea de către instanțele naționale a propriului raționament trebuie să fie susținut de motive solide."

Decizia din 08 aprilie 2014, cererea. nr. 17120/09, *Dhahbi c. Italiei*

Cazul se referă la refuzul autorităților italiene de a acorda unui cetățean tunisian dreptul de ședere pe termen lung pentru a obține o subvenție pentru familie (care, potrivit reclamantului, se impunea potrivit Parteneriatul euro-mediteranean, ratificat de Italia prin Legea din 03 februarie 1997, nr. 35), precum și refuzul nemotivat al Curții Supreme de Justiție italiene de a formula o trimitere preliminară cu privire la interpretarea prezentului acord. CEDO a considerat că Italia este responsabilă pentru încălcarea articolului 6 (dreptul la un proces echitabil) cât și a articolul 14 (nediscriminarea). În special, în ceea ce privește ultimul aspect, Curtea, după ce a constatat că refuzul subvenției a avut la bază exclusiv naționalitatea solicitantului, a exclus existența unei justificări obiective și rezonabile a tratamentul diferit acordat lui Dhahbi în raport cu alți cetățenii italieni, în pofida marjei largi de apreciere a autorităților naționale în materia politicii securității sociale.

"În ceea ce privește "motivele bugetare", invocate de guvernul [italian], Curtea recunoaște că protejarea intereselor bugetului de stat este un obiectiv legitim. Cu toate acestea, acest obiectiv nu poate, în sine, justifica diferența de tratament denunțată. Trebuie să se stabilească dacă există un raport rezonabil de proporționalitate între scopul legitim urmărit mai sus și mijloacele folosite pentru a-l atinge. În această privință, Curtea amintește că refuzul autorităților de a acorda beneficiul subvenției familiei se bazează numai pe faptul că recurentul nu posedă cetățenia unui stat membru al Uniunii Europene. De asemenea, este cert că un cetățean italian în aceleași condiții cu solicitantul ar fi beneficiat de ajutorul în cauză. Prin urmare, naționalitatea este singurul criteriu de diferență. Or, Curtea reiterează că doar motive deosebit de presante ar putea justifica o diferență de tratament bazată exclusiv pe naționalitate. În aceste condiții, și în ciuda marjei largi de apreciere de care se bucură autoritățile naționale din domeniul securității sociale, argumentele invocate de guvernul italian nu sunt suficiente pentru a convinge Curtea de existența, în acest caz, a unui raport rezonabil de proporționalitate, care ar aduce situația de față în conformitate cu exigențele articolul 14 din Convenție "(paragraful 53).

iv) Înlăturarea de la aplicare în baza CEDO de către instanțele române

Exemplul 9. Înlăturarea de la aplicare în baza CEDO

Curtea de Apel Bacău, Decizia 1152 din 17 decembrie 2009 – contestație în anulare – omisiunea instanței de recurs de a cerceta apărările părților

Prin Decizia din , Curtea de Apel Bacău a constatat admisibilitatea contestației în anulare, având ca temei aplicabilitatea directă a articolului 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (dreptul la un proces echitabil) și înlăturarea de la aplicare a dispozițiilor articolului 318 teza a II-a a Codului de procedură civilă, ca fiind incompatibile cu dispozițiile art. 6 sub aspectul „egalității armelor” și dreptului la motivarea hotărârii.

În motivarea deciziei, instanța a reținut următoarele:

“Prin art. 6 din CEDO (ratificat prin Legea 30/94) a fost consacrat dreptul la un proces echitabil, aceasta presupunând în abordarea Curții Europene printre altele și „egalitatea armelor” și „motivarea hotărârii”.

Curtea Europeană a reținut în cauza *Dombo E. B.V. contra Olantei* din 27.10.1993 că acest principiu cere ca „fiecare parte la un proces să beneficieze de o posibilitate rezonabilă de a-și expune cauza în fața instanței în condiții în care să nu o dezavantajeze semnificativ vis-a-vis de partea adversă. Prin art. 318 teza II Cod procedură civilă s-a consacrat doar pentru recurent posibilitatea de a-și valorifica susținerile formulate prin cererea de recurs și omise de instanță, legiuitorul deschizând calea contestației în anulare doar uneia din părți, intimatul din aceeași cauză neputându-și valorifica susținerile omise a fi cercetate. Prin art. 318 s-au avut în vedere ipotezele în care recurentului nu i s-a acordat „satisfacție echitabilă” și i s-a respins recursul sau i s-a admis doar în parte recursul, iar instanța de recurs a omis să cerceteze toate motivele, legiuitorul punând într-o poziție dezavantajoasă intimatul căruia, urmare a admiterii recursului părții adverse i se respinge acțiunea, dar nu i se deschide calea contestației atunci când apărările sale nu au fost analizate.”

Asadar, Curtea de Apel a interpretat Art.318 teza aII-a Cod procedură civilă ca rupând echilibrul impus de principiul egalității armelor câtă vreme intimatul care nu a obținut „satisfacție echitabilă” nu are posibilitatea să invoce omisiunea de a-i fi analizate apărările, dispoziția internă fiind contrară astfel art. 6 CEDO din perspectiva „egalității armelor”. [...]

[...] Omisiunea instanței de a cerceta argumentele părților [de a motiva hotărârea] a fost analizată de Curtea Europeană în cauzele *S.-Trojja c.Spaniei*, *Perez c. Franței* *E. der Hurk vs. Olanda*, *Albina c. României*, Curtea reținând „art. 6 implică în sarcina instanței obligația de a proceda la un examen efectiv al tuturor argumentelor, elementelor de probă ale părților”.

În baza temeiurilor enumerate mai sus, instanța, aplicând direct dispozițiile art. 6 CEDO, a concluzionat că omisiunea de a cerceta argumentele părților “nu poate fi diferențiată după calitatea acestora și trebuie să producă efecte similare pentru toate părțile. Pe cale de consecință, în respectarea dreptului la un proces echitabil pentru menținerea „egalității armelor”, curtea găsește ca admisibilă contestația în anulare prin care intimatul invocă omisiunea cercetării argumentelor invocate.”



European
University
Institute

DEPARTMENT
OF LAW



COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL ESPACIO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES: GUÍA PRÁCTICA



LA PREPARACIÓN DE ESTA GUÍA SE HA LLEVADO A CABO EN EL SEÑO DEL PROYECTO "COOPERACIÓN JUDICIAL EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES"(JUDCOOP)- EL PROYECTO HA SIDO FINANCIADO POR EL PROGRAMA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES Y CIUDADANÍA.

Institución líder del Proyecto:

**INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO, CENTRO PARA LA COOPERACIÓN
JUDICIAL**

Equipo experto del Proyecto:

Prof. Fabrizio Cafaggi – Director del Proyecto
Dr. Federica Casarosa
Dr. Filippo Fontanelli
Dr. Giuseppe Martinico
Dr. Mislav Mataija
Sra. Madalina Moraru, LLM
Dr. Nicole Lazzerini
Sra. Karolina Podstawa, LLM
Prof. Aida Torres Pérez

© Centro para la Cooperación Judicial, Instituto Universitario Europeo, 2014

Ninguna parte de este documento puede ser copiada, reproducida o utilizada sin el consentimiento previo del autor

El contenido de esta Guía es de responsabilidad exclusiva de los autores y no refleja el punto de vista de la Comisión Europea

Cooperación Judicial en el Espacio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales: Guía Práctica*

“Es cierto que cada uno de dichos mecanismos de protección [UE y CEDH] persigue objetivos que le son específicos y que tales mecanismos se construyen a partir de instrumentos jurídicos que les son propios, pero a veces se aplican, sin embargo, a las mismas circunstancias fácticas. En tal contexto, es necesario que cada sistema de protección existente, preservando su autonomía, intente comprender de qué modo interpretan y desarrollan esos mismos derechos fundamentales los demás sistemas, no sólo a fin de minimizar los riesgos de conflictos, sino también de comprometerse en un proceso de construcción informal de un espacio europeo de protección de los derechos fundamentales. El espacio europeo así creado será, en gran parte, producto de las diversas contribuciones individuales derivadas de los distintos sistemas de protección existentes a escala europea.”

AG M. Poiares Maduro, Conclusiones en el Asunto C-465/07, *Elgafagi* [2008], par. 22

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	175
II.	PARTE i. UN MAPA DEL PROCESO LÓGICO DE resolución de casos en materia de derechos y libertades fundamentales por parte de los tribunales nacionales	179
	A. ¿El caso se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea?	179
	B. Supuesto I. Situaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea	181
	<u>Pregunta nº 1:</u> ¿La disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea?	182
	<u>Pregunta nº 2:</u> ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión Europea?	185
	C. Supuesto II. Situaciones que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea pero sí del CEDH	187
	<u>Pregunta nº1:</u> ¿La disposición de derecho nacional es compatible con la disposición aplicable del CEDH, a la luz de la jurisprudencia del TEDH?	187
	<u>Pregunta nº 2:</u> ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el CEDH?	188
III.	parte II. El DEBATE SOBRE EL proceso LÓGICO de resolución de casos en materia de derechos y libertades fundamentales por parte de los tribunales nacionales	190
	A. Supuesto I. Situaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión europea	190

<u>Pregunta nº 1: ¿La disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea?</u>	193
Pregunta nº 2: ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión Europea?	198
B. Supuesto II. Situaciones que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea pero sí del CEDH	199
ANEXO	203

I. Introducción

Esta Guía tiene como objeto la "cooperación judicial"¹ entendida como un conjunto de técnicas que *son y pueden* ser utilizadas por los tribunales y jueces europeos con el objetivo de promover la coherencia y la coordinación (o por lo menos minimizar el riesgo de conflicto) en el ámbito de la protección de los derechos y las libertades fundamentales. Esta Guía constituye una parte integral del Manual Final elaborado en el seno del Proyecto "Cooperación judicial europea en el ámbito de la protección de los derechos humanos en la práctica de los tribunales nacionales", aunque también pretende ser un documento autónomo y de lectura separada.

Las técnicas de cooperación judicial son especialmente relevantes cuando un caso debe ser decidido no únicamente sobre la base del derecho nacional, sino también teniendo en cuenta una o más fuentes de derecho supranacional. Esto sucede normalmente cuando se presentan cuestiones relacionadas con los derechos y libertades fundamentales ante un tribunal de un Estado Miembro de la Unión Europea. Los jueces nacionales se enfrentan a grandes dificultades debido a la existencia de múltiples ordenamientos supranacionales que prevén la protección de los derechos y libertades fundamentales (por un lado, el sistema convencional previsto en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, "CEDH" y por el otro, el Derecho de la Unión Europea), con la consecuente superposición parcial de todos ellos y la existencia de diferentes normas en materia de interpretación y jerarquía normativas.² Los jueces nacionales son llamados a ser los jueces naturales (*juges naturels*) tanto por

* La versión en inglés de esta Guía ha sido elaborada por Filippo Fontanelli, Nicole Lazzarini y Madalina Moraru, y revisada por el resto de expertos juristas del Proyecto. La traducción de la versión en inglés al español y su adaptación al ordenamiento jurídico español han sido realizadas por el Dr. Joan Solanes Mullor. Para más información sobre el Centro para la Cooperación Judicial, consúltese la siguiente página web: <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Home.aspx>.

¹ A efectos de esta Guía hemos preferido utilizar el concepto más neutral y amplio de "cooperación judicial" en lugar de "diálogo judicial". "Cooperación judicial" comprende *todo tipo de contactos (tanto deliberados como fortuitos)* entre tribunales, mientras que "diálogo judicial" se refiere mayoritariamente a contactos formales y deliberados. El tipo de contactos puede variar en intensidad, resultados y tipología. En un sentido amplio, "cooperación judicial" puede ser entendida como un *conjunto de técnicas utilizadas por los tribunales y jueces para facilitar la coherencia y la coordinación (o, por lo menos, minimizar el riesgo de conflicto) entre diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales con el objetivo último de salvaguardar determinados valores y bienes constitucionales* -como por ejemplo los derechos humanos - que están protegidos en distintos niveles de gobernanza (en el ámbito nacional, internacional y supranacional).

² El Reino de España forma parte de la Unión Europea desde el 1 de enero de 1986 (Acta de Adhesión a la Comunidad Europea firmada el 12 de junio de 1985 y Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a la Comunidad Europea). Asimismo, el Reino de España es miembro de pleno derecho del Consejo de Europa desde que depositó su instrumento de adhesión el 24 de noviembre de 1977. El CEDH fue ratificado por el Reino de España el 4 de octubre de 1979 y es parte de todos sus Protocolos excepto de los dos últimos que todavía no están en vigor: el Protocolo n° 15 (firmado pero no ratificado por el Reino de España) y n° 16 (ni firmado ni ratificado por el Reino de España). En su momento el Reino de España presentó una reserva a la aplicación de los artículos 5 y 6 del CEDH en relación con la normativa de régimen disciplinario de las fuerzas armadas. Desde el 23 de mayo de 2007, esta reserva es de aplicación respecto a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de

parte del CEDH como por el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, cuando deban resolver un caso en materia de derechos y libertades fundamentales, los jueces nacionales necesitan: (i) entender si las fuentes de derecho supranacional que protegen derechos y libertades fundamentales son aplicables al caso en litigio y, si es así, cuál de ellas; (ii) determinar con precisión el alcance, significado y nivel de protección de aquel o aquellos derechos y libertades fundamentales de carácter supranacional que sean aplicables, teniendo en cuenta la jurisprudencia de por lo menos uno de los tribunales supranacionales relevantes en la materia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "TJUE" / Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "TEDH"); (iii) garantizar la aplicación efectiva de la norma o normas supranacionales relevantes, lo que puede requerir afrontar conflictos entre la norma o normas europeas y el derecho nacional; (iv) llevar a cabo una ponderación entre diferentes derechos y libertades fundamentales y/o intereses generales. Si el caso en litigio entra dentro del ámbito de aplicación tanto del Derecho de la Unión Europea como del CEDH, el análisis anteriormente descrito se complica, y los jueces nacionales deben también afrontar la compleja cuestión de la relación entre ambos ordenamientos (y sus respectivos tribunales).

Mediante la utilización de técnicas de cooperación judicial, los tribunales nacionales podrán garantizar un nivel efectivo y coherente de protección de los derechos y libertades fundamentales en Europa, así como reducir la duración de los procesos judiciales. En el caso de no ser de aplicación una norma de carácter supranacional, el litigio en cuestión tiene que ser resuelto de acuerdo con el derecho nacional, pero la cooperación judicial puede igualmente estar presente a nivel nacional con unos resultados beneficiosos similares.³

Los jueces nacionales pueden utilizar diferentes técnicas para resolver los conflictos entre el derecho nacional y los diferentes ordenamientos europeos e internacionales que protegen derechos y libertades fundamentales. Las técnicas disponibles para los jueces nacionales en un caso concreto y el orden en que deben ser utilizadas vendrán condicionadas por factores como el *número de fuentes de derecho aplicables* y la *existencia (o no) de un conflicto genuino entre el derecho nacional y la norma supranacional* (es decir, un conflicto que no puede ser resuelto mediante la técnica de la interpretación conforme).

diciembre, de régimen disciplinario de las fuerzas armadas (en concreto, Capítulos II y II del Título III y Capítulos I, II, III y IV del Título IV).

³ En aquello que hace referencia a la interacción entre tribunales nacionales, véase para más información el apartado 4.a de la Parte II del Manual Final. Obsérvese también que, de acuerdo con la actual jurisprudencia, el TJUE tiene también jurisdicción mediante la cuestión prejudicial en un conjunto limitado de casos que están fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, especialmente cuando el derecho nacional se refiere al contenido de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión Europea, convirtiéndolas en aplicables de manera directa e incondicional a supuestos meramente internos: cf., por ejemplo, Asunto C-482/10 *Cicala* [2011], y Asunto C-313/12 *Romeo* [2013].

En relación con el primer factor (número de fuentes del derecho aplicables), esta Guía señala el camino lógico que un juez nacional normalmente necesitaría transitar para resolver un caso en materia de derechos y libertades fundamentales, cuando como mínimo una fuente de derecho supranacional sea aplicable. En la misma línea de la estructura general del Manual Final, esta Guía tiene en cuenta dos ordenamientos supranacionales: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, "Carta", y el CEDH. La secuencia, por tanto, se bifurca en función de si el caso en litigio se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea (*Supuesto I*) o no (*Supuesto II*). Debido a que la Carta solamente es aplicable en casos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea,⁴ el Supuesto II hace referencia a situaciones en las que el CEDH es aplicable, pero la Carta no.⁵ Por el contrario, tanto la Carta como el CEDH pueden ser aplicables a situaciones relativas al Supuesto I. Esto es así porque las Altas Partes Contratantes del CEDH "reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos [en el Convenio]" (Artículo 1 CEDH). En otras palabras, el Convenio no se encuentra limitado *ratione materiae* como en el caso de la Carta.⁶

La decisión de centrarse en casos en los que la Carta y/o el CEDH son aplicables conjuntamente con el derecho nacional significa que normalmente estarán disponibles para los jueces nacionales las siguientes técnicas de cooperación judicial: **interpretación conforme, cuestión prejudicial (solamente en el caso de que el Derecho de la Unión Europea sea aplicable), el test de proporcionalidad, el margen de apreciación, el derecho comparado como método de razonamiento, el reconocimiento mutuo, la inaplicabilidad y, finalmente, la deferencia.**⁷ Tal y como se ha anticipado, el orden de uso de estas técnicas está condicionado a la *existencia (o no) de un conflicto genuino entre el derecho nacional y la norma supranacional*. Por ejemplo, si el juez

⁴ Véase el cuadro azul Parte I infra: "¿Cuándo los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Unión Europea son aplicables al derecho nacional?".

⁵ Con mayor precisión, la Carta no es aplicable como una materia de Derecho de la Unión Europea. A pesar de ello, los Estados Miembros pueden decidir extender su ámbito de aplicación, de acuerdo con el derecho nacional, a supuestos que en principio estarían excluidos de su ámbito de aplicación: véase la nota al pie n° 3 supra; cf. también la sentencia del Tribunal Constitucional de Austria en los Asuntos U 466/1 y U 1836/11, de 14 de marzo de 2012, en los que la Carta fue considerada como parámetro interpretativo en el contexto del control de constitucionalidad de la legislación nacional.

⁶ Adicionalmente, existen también algunas limitaciones específicas relacionadas con cada derecho y libertad fundamental. Para más detalles sobre el ámbito de aplicación concreto del CEDH en comparación con el Derecho de la Unión Europea y el derecho nacional en relación con los derechos y libertades fundamentales analizados por este Proyecto, véase el Manual Final, Parte I, b.i. "Solapamiento de las fuentes de derecho en materia de derechos y libertades fundamentales", en págs. 9 y ss.

⁷ Para una discusión sobre los fundamentos legales de estas técnicas, su función, su uso estratégico y sus consecuencias, véase el Manual Final, apartado segundo de la Parte II, "Lista de las existentes técnicas de cooperación judicial como instrumento o instrumentos para resolver conflictos relativos a los derechos y libertades fundamentales", que también muestra ejemplos concretos de su aplicación en materia de no discriminación, derecho a un proceso justo o derecho a la libertad de expresión.

nacional no tiene ninguna duda sobre el significado y alcance de la norma del Derecho de la Unión Europea aplicable al caso, deberá considerar si la norma nacional aplicable es compatible o si, en todo caso, existe la posibilidad de una interpretación conforme con la norma aplicable del Derecho de la Unión Europea. Si ni la compatibilidad es clara ni existe la posibilidad de una interpretación conforme, el juez nacional puede decidir elevar una cuestión prejudicial al TJUE (la norma establece que es obligatoria su presentación por parte de los tribunales nacionales de última instancia).⁸ Sin embargo, la cuestión prejudicial será la primera técnica a tener en cuenta por parte del juez nacional cuando el significado y alcance de la norma del Derecho de la Unión Europea no estén claros y, por tanto, sea difícil determinar la compatibilidad del derecho nacional con el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, esta Guía establece cursos de acción alternativos (A, B, C, etc.) en función de si: la norma de derecho nacional es claramente compatible con la norma supranacional aplicable, es claramente incompatible con ella o existen dudas sobre su compatibilidad. Se puede hacer una nueva distinción, cuando sea oportuno, dependiendo de la naturaleza y alcance de las dudas del juez.

La Guía se divide en dos partes. La Parte I contiene un esquema del proceso de resolución de casos en materia de derechos y libertades fundamentales que deben seguir los tribunales nacionales, teniendo en cuenta los dos supuestos que se han descrito con anterioridad. La Parte II analiza los dos supuestos con mayor profundidad y aporta consideraciones e indicaciones adicionales que pueden ayudar a los jueces nacionales cuando estos resuelvan casos relativos a los derechos y libertades fundamentales europeos.

⁸ Artículo 267.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE").

II. PARTE I. UN MAPA DEL PROCESO LÓGICO DE RESOLUCIÓN DE CASOS EN MATERIA DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES POR PARTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

A. ¿El caso se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea?

Esta pregunta debe ser contestada en sentido positivo si existe una disposición del Derecho de la Unión Europea (de derecho originario o derivado) distinta de la Carta que es aplicable a los hechos del caso: cf. cuadro infra.

NO: El caso puede a pesar de ello estar dentro del ámbito de aplicación del CEDH. Si esto es así, véase el apartado C infra. En cualquier otra situación, el caso debe ser resuelto de acuerdo con el derecho nacional.

SÍ: La Carta es aplicable al caso. Además, el CEDH también puede ser de aplicación. Véase el apartado B infra.

¿Cuándo los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Unión Europea son aplicables al derecho nacional?

De acuerdo con el artículo 51.1 de la Carta, que se titula "Ámbito de aplicación", los derechos y principios de la misma obligan a los Estados Miembros "únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión". En su sentencia en el Asunto C-617/10 *Åkerberg Fransson* [2013], el TJUE interpretó esta disposición en el sentido de que "deben respetarse los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta (...) *cuando el derecho nacional se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea*" (par. 21, cursiva añadida). En dos casos más recientes (Asuntos C-206/13, *Cruciano Siragusa* [2014], y C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos* [2014]), el TJUE señaló que "el concepto de «aplicación» del artículo 51 de la Carta requiere un cierto grado de conexión [con el Derecho de la Unión Europea]" (par. 24), y que, "[c]uando un supuesto legal no esté dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre el mismo y ninguna disposición de la Carta puede servir, por ella misma, como un fundamento legal para justificar su jurisdicción" (par. 30). En consecuencia, la Carta es aplicable *cuando una norma de Derecho de la Unión Europea distinta a la disposición de la Carta que se alega violada es aplicable al caso* ante el juez nacional. En palabras de Alan Rosas,

"La Carta únicamente es aplicable si el caso hace referencia no solamente a una disposición de la

Carta, sino también a otra norma del Derecho de la Unión Europea. Debe existir una norma o principio del derecho originario o derivado que sea directamente relevante para el caso. Esta es, de hecho, la primera conclusión que puede extraerse: el problema no hace referencia en primer término a la aplicabilidad de la Carta por ella misma, sino más bien a la relevancia o conexión con otras normas de Derecho de la Unión Europea" (<https://www.mruni.eu/lt/mokslo.../st/.../dwn.php?...%E2%80%8E>).

A continuación se presenta una lista de supuestos, derivada de la jurisprudencia del TJUE, en los que la Carta es aplicable porque el caso comporta la aplicación de una norma de Derecho de la Unión Europea (esta última actúa como factor detonante):

- casos relativos a medidas nacionales adoptadas en aplicación de Reglamentos de la Unión Europea (e.j. Asunto C-5/88 *Wachauf* [1989]; Asunto C-292/97 *Kjell Karlsson* [2000]) o derecho originario de la Unión Europea (disposiciones del TUE/TFUE);
- casos relativos a medidas nacionales adoptadas en aplicación de una Directiva (e.j. Asuntos conjuntos C-20/00 y 64/00, *Booker Aquacultur y Hydro Seafood* [2003]; Asunto C-176/12 *Association de médiation sociale* [2014], Asunto C-385/11, *Elbal Moreno*, [2012]), o medidas nacionales que sustancialmente tienen la naturaleza de medidas de aplicación, aunque no se hayan adoptado específicamente con este propósito (los Estados Miembros no están obligados a adoptar medidas específicas para aplicar una Directiva si el ordenamiento jurídico nacional previamente ya es respetuoso con la Directiva), o medidas nacionales que en cualquier caso tienen el efecto de cumplir con una obligación de los Estados Miembros impuesta por el Derecho de la Unión Europea, incluso en el caso de que la medida sea adoptada con anterioridad a que la disposición del Derecho de la Unión Europea imponga la obligación específica a los Estados Miembros (e.j. la obligación de adoptar sanciones para asegurar la efectiva recaudación del IVA: *Åkerberg Fransson*, cit.);
- casos relativos a medidas nacionales que se encuentren dentro del ámbito *ratione materiae y personae* de la Directiva, después de que haya expirado el periodo de transposición (obsérvese, sin embargo, que este supuesto aún no está plenamente asentado en la jurisprudencia: cf. Asunto C-555/07 *Kücükdeveci* [2010]);
- casos relativos a medidas nacionales que excepcionan la aplicación del Derecho de la Unión Europea, excepciones en todo caso previstas por el derecho originario o derivado con base en razones de interés público (e.j., artículo 36 TFUE/requerimientos obligatorios, artículo 45.3 TFUE, artículo 4 de la Decisión Marco, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, límites a la libre circulación de personas y sus familiares en la Unión Europea establecidos en la Directiva 2004/38/CE, de 19

de abril de 2004; cf. Asunto C-260/89 *Elliniki Tiléorassi AE (ERT)* [1991]; Asunto C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010]); o cuando las medidas nacionales persigan excepcionar la aplicación del Derecho de la Unión Europea para proteger un derecho o libertad fundamental, en este caso será necesario hacer una ponderación entre los derechos o libertades reconocidos por el Derecho de la Unión Europea y el derecho o libertad fundamental en cuestión (cf. Asunto C-112/00 *Schmidberger* [2003]; Asunto C-36/02 *Omega Spielhallen* [2004]);

- casos relativos a normas nacionales de carácter procesal que afectan o regulan el ejercicio normal u ordinario de los derechos garantizados por el Derecho de la Unión Europea (como por ejemplo el derecho a ser indemnizado por el Estado Miembro en caso de que no se haya traspuesto a su debido tiempo una Directiva: véase el Asunto C-279/09 *DEB* [2010]).

Obsérvese también que, de acuerdo con la actual jurisprudencia, el TJUE tiene también jurisdicción mediante la cuestión prejudicial en un conjunto limitado de casos que están fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, especialmente cuando el derecho nacional se refiere al contenido de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión Europea, convirtiéndolas en aplicables de manera directa e incondicional a supuestos meramente internos: cf., por ejemplo, Asunto C-482/10 *Cicala* [2011], y Asunto C-313/12 *Romeo* [2013].

B. Supuesto I. Situaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea

Este apartado corresponde al Supuesto I de la Parte II de esta Guía.

Para responder a la Pregunta nº 1 infra (¿La disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea?), el juez nacional debe tener en cuenta:

- la existencia de técnicas específicas de interpretación del Derecho de la Unión Europea, y más concretamente, de la Carta;
- si la alegada violación de una disposición de la Carta corresponde a un derecho o libertad fundamental protegido por el CEDH, deberá tenerse en cuenta el artículo 52.3 de la Carta (deber de interpretar las disposiciones de la Carta de la misma manera que el CEDH/jurisprudencia del TEDH);⁹

⁹ El artículo 52.3 de la Carta establece lo siguiente: "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa".

- los requisitos para determinar la compatibilidad entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho nacional dependen de la relación entre la disposición de derecho nacional y la disposición del Derecho de la Unión Europea que determina que el supuesto se encuentre dentro del ámbito de aplicación de este último.

Algunas guías relativas a cómo afrontar estas cuestiones se describen en el primer cuadro azul de la Parte II ("Interpretación de la Carta (a) y requisitos de compatibilidad de una disposición de derecho nacional con la Carta (b)").

Pregunta nº 1: ¿La disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea?

SÍ: el juez puede aplicar la disposición de derecho nacional.

NO: existe un conflicto claro, véase la Pregunta nº 2 infra.

NO ESTÁ CLARO:

i – porque el significado de la *disposición de Derecho de la Unión Europea aplicable no está claro*

El juez nacional puede (los tribunales de última instancia están obligados - artículo 267.3 TFUE) elevar una cuestión prejudicial al TJUE y pedir, por tanto, que se aclare el significado de la norma de Derecho de la Unión Europea aplicable al caso. La cuestión prejudicial no debe elevarse cuando el TJUE haya precisado el significado de la norma con anterioridad.¹⁰ El Tribunal Constitucional español ha sostenido que la no presentación de la cuestión prejudicial por parte de un juez español en los casos en los que es obligatoria de conformidad con el Derecho de la Unión Europea comporta una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española).¹¹

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha sido reacio tradicionalmente a plantear cuestiones prejudiciales, sobre la base de entender que los conflictos entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho nacional español son cuestiones de naturaleza no constitucional.¹² Sin embargo, en 2011 elevó su primera cuestión prejudicial y cambió su planteamiento: en el supuesto de que el conflicto con el Derecho de la Unión Europea



¹⁰ Para más detalles respecto a cómo determinar si el significado de una disposición del Derecho de la Unión Europea ha sido clarificado por el TJUE, siguiendo los pasos establecidos por este en *CILFIT* (Asunto 283/81 *Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo c. Ministry of Health* [1982]), véase por favor el Manual Final, Parte II, apartado 2, "Las excepciones a la obligación de elevar una cuestión prejudicial".

¹¹ STC 78/2010, de 20 de octubre (Asunto *Metropole*), par. 2, cuya sinopsis se encuentra en el Anexo I de esta Guía.

¹² Véase a estos efectos, las SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 372/1993, de 13 de diciembre; y 265/1994, de 3 de octubre.

afecte a una disposición nacional de naturaleza constitucional, sí que está facultado para plantear una cuestión prejudicial.¹³

Una vez establecido el significado de la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable, el juez nacional debe verificar si la disposición nacional es claramente compatible o, en todo caso, si existe la posibilidad de realizar una interpretación conforme con la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable (véase el apartado ii infra). Independientemente de la obligación derivada del Derecho de la Unión Europea de aplicar la técnica de la interpretación conforme, el artículo 10.2 de la Constitución española obliga a todos los jueces nacionales, incluyendo al Tribunal Constitucional, a interpretar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. La Carta, por tanto, como instrumento principal que integra los derechos y libertades fundamentales en el Derecho de la Unión Europea, es un canon interpretativo de la propia Constitución española que obliga a todos los jueces nacionales a interpretar los derechos y libertades que esta reconoce en su Título I de conformidad con la Carta y la jurisprudencia del TJUE.¹⁴



ii – porque la *disposición de derecho nacional puede tener diferentes significados*

A diferencia de lo que sucede en el apartado i), en este supuesto el juez nacional no tiene dudas sobre el significado de la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable. Se aplicará la disposición de derecho nacional siempre que exista la posibilidad de realizar una interpretación conforme con la disposición del Derecho de la Unión Europea, a la luz en todo caso de la jurisprudencia del TJUE y, por tanto, ambas disposiciones sean compatibles.



¹³ Esta primera cuestión prejudicial fue planteada mediante Auto 86/2011, de 9 de junio. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español ha derivado en la sentencia del TJUE en el Asunto C-399/11 *Melloni* [2013 y la posterior STC 26/2014, de 13 de febrero. Una sinopsis de este caso puede consultarse en el Anexo I de esta Guía.

¹⁴ El Tribunal Constitucional ha reconocido al Derecho de la Unión Europea, a pesar de no ser técnicamente un tratado o acuerdo sobre derechos y libertades fundamentales en el sentido del artículo 10.2 de la Constitución, como un canon de interpretación del Título I de la Constitución española (STC 64/1991, de 22 de marzo). Asimismo, ha reconocido ese mismo valor a la Carta (STC 53/2002, de 28 de febrero).

En el caso de que la interpretación conforme no sea posible, habrá un conflicto: véase la Pregunta nº 2.

iii – porque la *disposición de derecho nacional limita un derecho o libertad fundamental reconocido por la Carta*

La disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea en el caso de cumplirse el test de proporcionalidad. La limitación del derecho nacional debe: *estar prevista por la ley, respetar el contenido esencial del derecho o libertad fundamental, perseguir una finalidad legítima, ser idónea y necesaria para alcanzar la mencionada finalidad*. El test de proporcionalidad, si bien sin una previsión expresa en la Constitución española, ha sido reconocido y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹⁵ Se trata, por tanto, de un principio constitucional plenamente asentado que se resume, tal y como lo ha configurado el Tribunal Constitucional español, en cuatro exigencias que debe cumplir toda limitación o injerencia de los poderes públicos en un derecho o libertad fundamental: existencia de una finalidad legítima que la justifique, idoneidad (relación de adecuación entre la limitación y la finalidad que se persigue alcanzar), necesidad (inexistencia de una medida menos gravosa) y proporcionalidad en sentido estricto (equilibrio entre los intereses en juego y comprobación de que comporta más ventajas que inconvenientes). El test de proporcionalidad interno avalado por el Tribunal Constitucional es prácticamente equivalente al exigido y utilizado por el TJUE en el seno del Derecho de la Unión Europea.

El test de proporcionalidad debe diferenciarse del **juicio de ponderación**. Este es aplicable a conflictos entre particulares cuando varios derechos o libertades fundamentales entran en conflicto (por ejemplo, colisión en un caso concreto entre el derecho a la libertad de expresión o información y el derecho al honor y a la propia imagen), mientras que el test de proporcionalidad es aplicable a medidas adoptadas por los poderes públicos que limitan derechos o libertades fundamentales (por ejemplo, limitación del derecho de reunión por parte de un poder público, i.e. prohibición de una manifestación). Bajo el juicio de ponderación, el juez nacional debe buscar un justo equilibrio entre los dos derechos y libertades fundamentales en conflicto, teniendo en cuenta todos los hechos y factores que concurren en el caso, y dar prioridad a uno de ellos en el caso concreto.

Test de proporcionalidad

¹⁵ En especial, el Tribunal Constitucional desarrolló el test de proporcionalidad durante los años noventa. Véanse, por ejemplo, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 161/1997, de 2 de octubre; y 136/1999, de 20 de julio.

Para determinar la proporcionalidad de la medida, puede ser útil tener en cuenta:

- la jurisprudencia del TJUE.
- la jurisprudencia de otros tribunales nacionales. Los tribunales españoles, tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios, han utilizado tradicionalmente el método comparativo como apoyo o refuerzo a sus propias decisiones.¹⁶ Si bien sin respaldo normativo explícito, nada impide que los jueces españoles utilicen el derecho comparado como instrumento útil de apoyo a sus decisiones.

Cooperación vertical

Derecho comparado como método de razonamiento

Sin embargo, en el caso de que el juez no pueda resolver sus dudas, podrá elevar una cuestión prejudicial al TJUE y preguntar si la disposición de la Carta aplicable permite una limitación de estas características. Únicamente los tribunales nacionales de última instancia están obligados a elevar la cuestión prejudicial y siempre que la problemática no haya sido clarificada con anterioridad por el TJUE.

Cuestión prejudicial

El TJUE puede o bien proporcionar a los jueces nacionales unas directrices precisas de actuación o, por el contrario, dejar un elevado margen de apreciación para que estos apliquen el test de proporcionalidad.

Directrices precisas o deferencia

Pregunta nº 2: ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión Europea?

Una respuesta afirmativa a esta pregunta requiere que la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable tenga efecto directo, i.e. que sea clara, precisa e incondicional.

Inaplicación

¹⁶ Véase, en cuanto al uso del método comparativo en materia de derechos y libertades fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, Saiz Arnaiz, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1999. Págs. 213-220.

SÍ: el juez debe aplicar el Derecho de la Unión Europea e inaplicar la norma de derecho nacional. El Tribunal Constitucional ha reconocido de manera reiterada los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea, así como la técnica de la inaplicación en caso de conflicto, en los términos establecidos por el TJUE.¹⁷ Asimismo, ha sostenido que estos principios y técnicas tienen anclaje constitucional en el artículo 93 de la Constitución española.¹⁸

En el caso de una disposición de derecho nacional con rango de ley, el juez nacional puede directamente inaplicarla en caso de conflicto, sin necesidad de presentar ni una cuestión prejudicial ni una cuestión de inconstitucionalidad. Asimismo, en cuanto a las disposiciones de derecho nacional con rango inferior a la ley (rango reglamentario), el juez nacional puede directamente inaplicarlas en caso de conflicto con una disposición de Derecho de la Unión Europea (artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

N.B: cuando el conflicto se plantea respecto a una Directiva, la inaplicación es únicamente posible si el caso en litigio se dirige contra una autoridad pública; (*para mayor información sobre el efecto horizontal de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, véase el segundo cuadro azul de la Parte II ("El efecto directo de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea y de las disposiciones de la Carta en particular")*).

NO: es posible exigir la responsabilidad de los Estados Miembros en caso de incumplimiento (en aplicación de la jurisprudencia del TJUE derivada del Asunto C-479/93 *Francovich* [1995]). Además, el Tribunal Constitucional ha declarado que en el caso de que el juez nacional no inaplique una norma nacional contraria al Derecho de la Unión Europea y, específicamente, no tenga en cuenta la jurisprudencia del TJUE, se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española).¹⁹ Sin embargo, si el caso se encuentra dentro del ámbito de aplicación del CEDH, puede ser necesario considerar los efectos del Convenio de acuerdo con el derecho nacional. En el caso del ordenamiento jurídico español, es posible la inaplicación de una disposición nacional contraria al CEDH. Véase para mayor información la Pregunta nº 2 de la parte C.

¹⁷ Véanse, entre otras, las SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo; 130/1995, de 11 de septiembre; 120/1998, de 15 de junio; 58/2004, de 19 de abril.

¹⁸ Declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre.

¹⁹ STC 145/2012, de 2 de julio, Asunto *Iberdrola*, par. 5.

C. Supuesto II. Situaciones que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea pero sí del CEDH

Este apartado corresponde al Supuesto II de la Parte II de esta Guía.

Pregunta n°1: ¿La disposición de derecho nacional es compatible con la disposición aplicable del CEDH, a la luz de la jurisprudencia del TEDH?

SÍ: el juez nacional la puede aplicar.

NO: existe un conflicto. Véase la Pregunta n° 2 infra.

NO ESTÁ CLARO:

i – porque la *disposición de derecho nacional limita un derecho o libertad fundamental* garantizado por el CEDH

Si el derecho o libertad fundamental en cuestión permite limitaciones, la disposición de derecho nacional será compatible si satisface el test de proporcionalidad, tal y como lo ha concebido el TEDH. La disposición de derecho nacional debe: **estar prevista por la ley, perseguir una finalidad legítima, ser necesaria en una sociedad democrática, ser proporcional en sentido estricto**. A imagen y semejanza de lo descrito en relación con la Carta, el test de proporcionalidad tradicionalmente aplicado por el Tribunal Constitucional español es prácticamente equivalente al utilizado en el ámbito del CEDH y el TEDH.



Test de proporcionalidad

Para determinar la proporcionalidad de la medida, es útil tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Esto es así porque el margen de apreciación de los tribunales nacionales para aplicar el test de proporcionalidad varía en función de si existe un consenso europeo en la materia sobre la limitación del derecho o libertad fundamental en cuestión y, por tanto, sobre la base del margen de apreciación que el propio TEDH quiere dejar en manos de las Altas Partes Contratantes y de sus tribunales (para más detalles sobre el test de proporcionalidad, el margen de apreciación y la cooperación vertical entre los tribunales nacionales y el TEDH, véase el Supuesto II de la Parte II)



Margen de apreciación



Cooperación vertical

ii – porque la *disposición de derecho nacional puede tener diferentes significados*

El juez nacional debe optar, siempre que sea posible, por la interpretación o interpretaciones de la disposición de derecho nacional más acorde con el CEDH, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH. De igual modo que en el caso de la Carta, el artículo 10.2 de la Constitución española obliga a todos los jueces nacionales, incluyendo al Tribunal Constitucional, a interpretar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. El CEDH, así como la jurisprudencia del TEDH, constituyen un canon interpretativo de la propia Constitución española que obliga a todos los jueces nacionales a interpretar los derechos y libertades que esta reconoce en su Título I de conformidad con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.



Pregunta n° 2: ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el CEDH?

SÍ: el juez nacional puede inaplicar la disposición de derecho nacional.

En el caso de una disposición de derecho nacional con rango de ley, el juez nacional puede directamente inaplicarla en caso de conflicto con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el conflicto entre una disposición de derecho nacional con rango de ley y una disposición de un tratado o acuerdo internacional es una cuestión de naturaleza no constitucional y corresponde su resolución a los jueces ordinarios.²⁰ Debido a la posición en el sistema de fuentes de los tratados o acuerdos internacionales (tienen fuerza pasiva ante la ley, artículo 96 de la Constitución española), estos prevalecen sobre las normas nacionales con rango de ley y, por tanto, estas pueden ser inaplicadas directamente por el juez nacional en caso de conflicto con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Asimismo, el juez nacional puede directamente inaplicar una disposición de derecho nacional con rango inferior a la ley en caso de conflicto con el CEDH (artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Sin embargo, es poco frecuente que los jueces españoles inapliquen normas con rango de ley por ser contrarias al CEDH. Normalmente, por la coincidencia material del catálogo de derechos y libertades fundamentales reconocido en la Constitución y aquellos protegidos por el CEDH, el

²⁰ Véanse, entre otras, las SSTC 49/1988, de 22 de marzo; 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo; 142/1993, de 22 de abril; y 37/94, de 10 de febrero.

conflicto entre una norma con rango de ley y el CEDH también lo será con la Constitución y, por tanto, será un conflicto de naturaleza constitucional. En este escenario, el juez español, si bien está facultado para inaplicar directamente la norma con rango de ley por ser contraria al CEDH, suele plantear una cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional resolverá el conflicto de conformidad con la Constitución, pero en virtud del mandato del artículo 10.2 de la Constitución, el CEDH servirá como parámetro indirecto de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional, por tanto, resolverá el conflicto con la obligación de interpretar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución a la luz del CEDH y su interpretación por parte del TEDH.



III. PARTE II. EL DEBATE SOBRE EL PROCESO LÓGICO DE RESOLUCIÓN DE CASOS EN MATERIA DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES POR PARTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

A. Supuesto I. Situaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión europea

Bajo este supuesto, el caso ante el tribunal nacional se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea y se ve afectado un derecho o libertad fundamental protegido por la Carta. En algunos casos, la controversia también puede comportar la aplicación del CEDH.

Para que una medida nacional sea compatible con la Carta, el juez nacional necesita tener en cuenta dos factores. En primer lugar, debe determinar el significado de la disposición de la Carta aplicable.²¹ Para ello, debe tener en cuenta las normas de interpretación del Derecho de la Unión Europea (por ejemplo, el principio de *effet utile*) y de la Carta en particular (véase el artículo 52 de la Carta). Si el significado de la disposición del Derecho de la Unión Europea (así como el significado de la disposición de la Carta) es ambiguo, el juez nacional puede preguntar al TJUE que clarifique su significado mediante una **cuestión prejudicial** (de conformidad con el artículo 267.3 TFUE, los tribunales de última instancia están obligados a presentarla, a no ser que el TJUE haya decidido anteriormente la cuestión). En segundo lugar, los requisitos de compatibilidad entre el derecho nacional y la Carta varían en función de la relación entre el derecho nacional y la norma de Derecho de la Unión Europea en cuestión. Estos dos factores, que servirán para determinar la compatibilidad entre el derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, son tratados en el siguiente cuadro, bajo los apartados **a)** y **b)** respectivamente.

²¹ El juez nacional puede tener dudas sobre el significado de una disposición de la Carta, así como sobre el significado de otra disposición del Derecho de la Unión Europea a la luz de la Carta. En ambos casos, la cuestión prejudicial presentada ante el TJUE servirá para determinar la compatibilidad entre la disposición nacional y el Derecho de la Unión Europea. Por ejemplo, en el Asunto C-279/09, *DEB* [2010], el juez nacional preguntó (en esencia) la aclaración del significado del artículo 47 de la Carta. El juez nacional dudaba sobre la compatibilidad con el artículo 47 de la Carta de una disposición de derecho nacional que establecía, en relación con la presentación de una acción tipo *Francoovich* para exigir la responsabilidad de un Estado Miembro, la obligación de llevar a cabo un pago avanzado de los costes y gastos del proceso, así como la exclusión de las personas jurídicas de la posibilidad de obtener asistencia jurídica gratuita. Por el contrario, en el Asunto C-149/10, *Chatzi* [2010], el juez nacional preguntó al TJUE el significado del artículo 2.2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental (establecido en el anexo de la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996), a la luz del artículo 24 de la Carta que garantiza los derechos del menor. El juez nacional que realizó la pregunta dudaba sobre la compatibilidad con el Acuerdo marco de determinadas medidas nacionales legislativas que otorgaban a las madres de gemelos un único permiso parental. Debido a que la Carta tiene el mismo rango que los Tratados (artículo 6.1 TUE), la legislación de la Unión Europea debe cumplir con los derechos y libertades fundamentales de la Carta. Esto implica que, en la medida de lo posible, la legislación de la Unión Europea (derecho derivado) tiene que ser interpretada de conformidad con la Carta.

Interpretación de la Carta (a) y requisitos de compatibilidad de una disposición de derecho nacional con la Carta (b)

(a) Para determinar el significado de las disposiciones de la Carta, debe tenerse en cuenta tanto las Explicaciones de la Carta²² como la jurisprudencia del TJUE recaída sobre las distintas disposiciones de la misma.

De acuerdo con el artículo 52.3 de la Carta, el significado y alcance de los derechos y libertades fundamentales de la Carta serán equivalentes a los que confiere el Convenio. El juez nacional debe determinar, por tanto, si la disposición aplicable de la Carta coincide con un derecho o libertad fundamental reconocido por el CEDH. Si este es el caso, el juez nacional debe también tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH relativa a la interpretación de la disposición relevante del CEDH. Sin embargo, el artículo 53.3 de la Carta también establece que esta interpretación paralela al CEDH no "impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa". En consecuencia, el juez nacional no debe seguir la jurisprudencia del TEDH cuando esta conceda una protección menor que la garantizada por el TJUE.

La Explicación del artículo 52.3 de la Carta prevé una lista de disposiciones de la Carta que corresponde (totalmente o en parte) a los derechos y libertades fundamentales garantizados por el CEDH.

(b) La Carta es aplicable en el caso de que una medida nacional se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.²³ En función de la relación entre los hechos del caso y el Derecho de la Unión Europea, se pueden prever tres supuestos:

i) **la actuación de los Estados Miembros está "completamente determinada por el Derecho de la Unión Europea"** (Asuntos *Melloni*, cit.; y C-411/10, *N.S.* [2011]): en este supuesto, la disposición de derecho nacional implementa medidas de la Unión Europea (o una disposición) que por sí mismas ya determinan el nivel exacto de protección de los derechos y libertades fundamentales en cuestión. En otras palabras, el legislador de la Unión Europea ha tenido en cuenta la ponderación -mediante la medida o disposición en cuestión- entre dos derechos o libertades fundamentales en conflicto, o un derecho o libertad fundamental y el interés general (e.j. el derecho del acusado y la eficacia de la Orden Europea de Detención y Entrega [Asunto *Melloni*, cit.]); el derecho del peticionario de asilo y la protección de las

²² Las Explicaciones pueden ser consultadas en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:ES:PDF>.

²³ Cf. el cuadro azul Parte I supra: "¿Cuándo los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Unión Europea son aplicables al derecho nacional?".

fronteras compartidas de los Estados Miembros (el interés del Estado requerido de referir las peticiones al Estado de entrada [Asunto *N.S.*]). Con toda claridad, la medida de la Unión Europea debe respetar la Carta. Por tanto, en el caso de que el juez nacional considere que el nivel de protección previsto por la medida de la Unión Europea no respeta la Carta, este puede cuestionar la validez de la medida mediante la presentación de una cuestión prejudicial. En concreto, un juez nacional que tenga dudas sobre la validez de una medida/disposición de la Unión Europea no puede inaplicarla sin elevar primero una cuestión prejudicial al TJUE, incluso cuando el juez *a quo* no es el tribunal de última instancia. Por el contrario, cuando la validez de la medida de la Unión Europea no se cuestiona, el juez nacional debe asegurarse de que la disposición nacional es conforme con el nivel de protección establecido por la medida/disposición de la Unión Europea. En el caso de otorgar un nivel de protección inferior, la disposición de derecho nacional no es compatible con la Carta (Asunto *N.S.*, cit.). De manera similar, la medida nacional no es compatible con el ordenamiento del Derecho de la Unión Europea en caso de que otorgue un nivel de protección superior al derecho o libertad fundamental en cuestión y como consecuencia de ello se comprometa la aplicación efectiva de la medida de la Unión Europea (Asunto *Melloni*, cit.).

ii) **la actuación de los Estados Miembros “no está completamente determinada por el Derecho de la Unión Europea” (Asuntos *DEB*, cit.; *Åkerberg Fransson*, cit.; y C-81/12 *ACCEPT* [2013]):** en este supuesto, la disposición de derecho nacional está conectada con una medida de la Unión Europea que deja libertad a los Estados Miembros para determinar el nivel de protección del derecho o libertad fundamental (e.j., disposiciones nacionales de carácter procesal que regulan el ejercicio (ordinario) de derechos otorgados por el Derecho de la Unión Europea ante los tribunales nacionales [Asunto *DEB*, cit.],²⁴ o disposiciones nacionales que establecen sanciones con la finalidad de asegurar que los objetivos perseguidos o los derechos otorgados por el Derecho de la Unión Europea son adecuadamente alcanzados o protegidos [Asuntos *Åkerberg Fransson* y *ACCEPT*, cit.]).²⁵ En estos casos, los Estados Miembros (incluyendo a los jueces) deben asegurarse de que la medida de derecho nacional es compatible con la Carta o, expresado en otros términos, que la injerencia o limitación del derecho o libertad fundamental satisface el test de proporcionalidad establecido en el artículo 52.1 de la Carta. A diferencia del anterior supuesto, los Estados Miembros pueden decidir aumentar el nivel de protección previsto por la Carta (por ejemplo, debido a que la Constitución nacional otorga una mayor protección a los derechos y libertades fundamentales en cuestión). Sin embargo, debe

²⁴ Véase la nota al pie 21 supra.

²⁵ Véase, en cuanto al Asunto *Åkerberg Fransson*, el cuadro azul Parte I supra.

continuar cumpliéndose con la medida de la Unión Europea y, en caso de derechos o libertades fundamentales en conflicto, no pueden ser limitados sin justificación. Además, en caso de sanciones por violaciones de derechos otorgados por el Derecho de la Unión Europea (Asuntos *ACCEPT* y *Åkerberg Fransson*, cit.), estas deben respetar principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea: equivalencia y efectividad. El principio de equivalencia obliga al juez nacional a inaplicar normas nacionales de carácter procesal que establecen condiciones más restrictivas para el ejercicio de derechos derivados del Derecho de la Unión Europea que en el caso de proceder del derecho nacional; de acuerdo al principio de efectividad, las disposiciones nacionales de carácter procesal no pueden hacer imposible o excesivamente difícil la protección de derechos (también ordinarios) garantizados por el Derecho de la Unión Europea.²⁶ Esta imposibilidad o dificultad excesiva de las disposiciones nacionales de carácter procesal se determina "en función del papel de estas disposiciones en el proceso, su progreso y especiales características, tenido en cuenta en su conjunto, ante las distintas instancias nacionales".²⁷

iii) **Los Estados Miembros persiguen aplicar una excepción legítima prevista por el Derecho de la Unión Europea (Asuntos *ERT*, cit. y *Sayn Wittgenstein*, cit.):** las medidas de derecho nacional que persiguen aplicar excepciones previstas por el derecho originario o derivado (cf. cuadro azul Parte I supra para ejemplos) deben ser proporcionadas: deben respetar un justo equilibrio entre sus (legítimas) finalidades y la inaplicación de la norma de Derecho de la Unión Europea. Todas las medidas nacionales que se adopten acogiéndose a una excepción prevista por el Derecho de la Unión Europea deben respetar la Carta. Por tanto, cualquier limitación de un derecho o libertad fundamental por este tipo de normas nacionales debe satisfacer el test de proporcionalidad (artículo 52.1 de la Carta).

Pregunta nº 1: ¿La disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea?

A) En el caso de que **la disposición de derecho nacional sea compatible** con el Derecho de la Unión Europea (en el sentido descrito en los apartados i), ii), o iii) del primer cuadro Parte II supra), el juez nacional la puede aplicar.

Téngase en cuenta que una disposición nacional que es compatible con el Derecho de la Unión Europea puede ser incompatible con el CEDH, o con las obligaciones impuestas por otros

²⁶ Asunto C- 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. San Giorgio* [1983].

²⁷ Asuntos conjuntos C-43430-431431431/93 *Van Schijndel* [1995], par. 19; Asunto C-312312312/93 *Peterbroeck* [1995], par. 1414; Asunto C-276/01 *Joachim Steffensen* [2003], par. 66; Asunto C-125125125/01 *Peter Pflücke y Bundesanstalt für Arbeit* [2003], par. 3333; Asunto C-63/01 *Samuel Sidney Evans y The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, y The Motor Insurers' Bureau* [2003], par. 46.

tratados internacionales ratificados por el Estado Miembro en cuestión. Aunque el TJUE y el TEDH se han respetado mutuamente a lo largo de los años, pueden existir o surgir divergencias entre ellos.²⁸ En este último caso, el juez nacional deberá escoger entre cumplir con el Derecho de la Unión Europea y otras obligaciones internacionales.

B) No está claro si la disposición de derecho nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea. Por ejemplo, el juez nacional puede tener dudas sobre el significado de la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable.²⁹ En este caso, el juez puede preguntar al TJUE sobre el significado de la disposición aplicable de la Carta (o de la disposición/medida del Derecho de la Unión Europea que determina que el caso se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea) mediante una cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE).³⁰ Si el caso en litigio se encuentra en fase de resolución ante un tribunal nacional de última instancia, este tiene la obligación de plantear la cuestión (**cuestión prejudicial**). Recuérdese que, por decisión del Tribunal Constitucional en el Asunto *Metropole*, la no presentación de la cuestión prejudicial cuando sea obligatoria de conformidad con el Derecho de la Unión Europea comporta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española). Por el contrario, no es necesario plantear una cuestión prejudicial si el TJUE ha clarificado con anterioridad el significado de la disposición en cuestión.

Antes de plantear la cuestión prejudicial, es importante, en todo caso, consultar la jurisprudencia del TJUE (**cooperación vertical**). Una vez se haya determinado el significado de la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable, el juez nacional valorará si la disposición de derecho nacional es compatible, o si, en todo caso, es posible realizar una **interpretación conforme**. La obligatoriedad de utilizar esta última técnica deriva tanto del propio Derecho de la Unión Europea como del artículo 10.2 de la Constitución española (los derechos y libertades fundamentales del Título I deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, entre ellos, la Carta). En caso de no ser posible la interpretación conforme, existe un conflicto, y la Pregunta nº 2 infra debe ser afrontada.

²⁸ Respecto a esta cuestión, véanse los ejemplos sobre conflictos de interpretación entre el TJUE y el TEDH en relación con el principio de no discriminación, el derecho a un proceso justo o el derecho a la libertad de expresión, en págs. 20-22 y el apartado 4.b de la Parte II del Manual Final.

²⁹ O sobre otra disposición del Derecho de la Unión Europea, que debe ser interpretado de conformidad con la Carta: véase nota al pie 6 supra.

³⁰ Piénsese, por ejemplo, en el caso de que una disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable pueda ser objeto de diferentes interpretaciones, y que la viabilidad de la interpretación conforme depende de cuál de las interpretaciones de la disposición del Derecho de la Unión Europea se adopte. Debido a que el TJUE es el supremo intérprete del Derecho de la Unión Europea (cf. Artículo 19.1 TUE), el juez nacional no puede escoger, por sí mismo, la interpretación del Derecho de la Unión Europea que sea compatible con el ordenamiento jurídico interno.

El juez nacional puede tener dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una disposición de derecho nacional que limita un derecho o libertad fundamental garantizado por la Carta. Obsérvese que una medida que limite un derecho o libertad fundamental de la Carta puede ser compatible con la misma (apartados ii) y iii) del primer cuadro Parte II supra), siempre que se respeten los requisitos previstos en el artículo 52.1 de la Carta que prevén el **test de proporcionalidad**. Este test de proporcionalidad que viene determinado por el Derecho de la Unión Europea es prácticamente equivalente al desarrollado por vía jurisprudencial por el Tribunal Constitucional. Las siguientes preguntas deben ser contestadas:

- ¿la injerencia o limitación está prevista por la ley?
- ¿la disposición de derecho nacional respeta el contenido esencial del derecho o libertad fundamental que se pretende limitar?
- ¿la medida restrictiva persigue un objetivo de interés general reconocido por la Unión Europea, o es necesaria para proteger los derechos y libertades de terceros? (*finalidad legítima*)
- ¿la disposición de derecho nacional es adecuada para conseguir la finalidad perseguida? (*idoneidad*)
- ¿la medida de derecho nacional es la menos restrictiva posible para alcanzar la finalidad perseguida (teniendo en cuenta el derecho o libertad fundamental de la Carta que se pretende limitar)? (*necesidad*)
- si se responde afirmativamente a las anteriores cuestiones, finalmente la limitación del derecho o libertad fundamental debe justificarse en atención a la importancia de resolver el conflicto entre los intereses en juego (*proporcionalidad en sentido estricto*).

En el caso de que alguno de los pasos del test de proporcionalidad no se respete, la disposición de derecho nacional no es compatible con el Derecho de la Unión Europea: véase **D**).³¹

Para determinar la proporcionalidad de la disposición de derecho nacional, es útil tener en cuenta la interpretación del derecho o libertad fundamental de la Carta adoptada por el TJUE en su jurisprudencia (**cooperación vertical**), o por otros tribunales nacionales (**derecho comparado como método de razonamiento**). Los tribunales españoles han utilizado de manera recurrente

³¹ Como ejemplo de una sentencia reciente del TJUE que aplica el artículo 52.1 de la Carta, véanse los Asuntos conjuntos C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights* [2014].

el método comparativo en materia de derechos y libertades fundamentales como instrumento de apoyo a sus decisiones.

En el caso de que el juez nacional no pueda resolver sus dudas atendiendo a la jurisprudencia de otros tribunales, puede preguntar al TJUE (los tribunales de última instancia tienen la obligación de hacerlo) si la disposición de la Carta aplicable admite una limitación del tipo que se plantea en el caso en litigio (**cuestión prejudicial**). Aunque corresponde al juez nacional la decisión final sobre la valoración de la proporcionalidad de la medida nacional, la jurisprudencia muestra que el grado de control judicial ejercido por el TJUE es variable. En algunas ocasiones, el TJUE proporciona unas orientaciones muy precisas e indica, incluso, si una disposición nacional es proporcionada o no. Por el contrario, en otras ocasiones deja un considerable margen de apreciación a los tribunales nacionales a la hora de aplicar el test de proporcionalidad (**deferencia**).³²

C) El juez nacional no tiene dudas sobre el significado de la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable, pero **la disposición de derecho nacional puede tener diferentes significados**. Cuando sea posible, el juez nacional debe adoptar la interpretación que haga posible la compatibilidad de la disposición nacional con el Derecho de la Unión Europea, siempre teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE (**interpretación conforme**). En el caso de que la interpretación conforme no sea posible, existe un conflicto: véase la Pregunta nº 2 infra.

D) Si **la disposición de derecho nacional es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea**: véase la Pregunta nº 2 infra.

Si el juez nacional no puede resolver el conflicto mediante la técnica de la interpretación conforme, necesita determinar si la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable tiene o no efecto directo. En el caso de que lo tuviera, el juez nacional estaría habilitado para inaplicar la disposición nacional en cuestión.

El efecto directo de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea y de las disposiciones de la Carta en particular

Las disposiciones del Derecho de la Unión Europea que son claras, precisas e incondicionales pueden ser invocadas por personas físicas y jurídicas ante los tribunales nacionales, con la consecuencia de la inaplicación de las disposiciones de derecho nacional que sean contrarias a

³² Cf. TEDH, Asunto nº 30141/04, *Schalk y Kopf c Austria* [2010]. Para más información y ejemplos sobre el test de proporcionalidad y la doctrina del margen de apreciación: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp.

las mismas. Estaremos delante, respectivamente, del efecto directo *vertical* y *horizontal* en función de si el efecto directo de la disposición del Derecho de la Unión Europea se invoca en un proceso entre una persona física o jurídica y un Estado Miembro (*rectius*, uno de sus entes u organismos), o entre partes privadas. Obsérvese que el TJUE ha acogido una noción amplia de "Estado" cuando se trata de aplicar el efecto directo vertical: tal y como se estableció en el Asunto C-282/10 *Dominguez* [2012], par. 39, "los entes contra los cuales se puede invocar una directiva con efecto directo pueden incluir un organismo, cualquiera que fuera su naturaleza jurídica, que sea el responsable, por decisión del Estado, de prestar un servicio público bajo el control del Estado y que tiene asignados para este propósito poderes más allá de los derivados en las normas generales aplicables a las relaciones entre individuos".

En relación con el efecto directo horizontal, existen algunas limitaciones. En concreto, las disposiciones de las Directivas (y de las Decisiones) no pueden ser invocadas en conflictos entre individuos y no se permite, por tanto, la inaplicación de las disposiciones de derecho nacional (e.j. Asunto *Dominguez*, cit., par. 37). Por el contrario, la técnica de la interpretación conforme puede utilizarse también en el contexto de una controversia entre individuos para determinar la conformidad del derecho nacional con la Directiva. Sin embargo, "la obligación de un tribunal nacional de utilizar el contenido de una directiva cuando interprete y aplique normas de derecho nacional se encuentra limitada por los principios generales del derecho y no puede servir como fundamento de una interpretación del derecho nacional *contra legem*" (e.j., Asunto C-268/06 *Impact* [2008]).

Cuando la técnica de la interpretación conforme no puede ser aplicada para resolver una controversia entre individuos y exista un conflicto entre la Directiva y el derecho nacional, el único remedio disponible para los individuos de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea es una acción por responsabilidad del Estado de conformidad con la jurisprudencia *Francovich* (Asunto *Francovich*, cit.). Se necesita satisfacer algunos requisitos para interponer esta acción: la disposición del Derecho de la Unión Europea que no se implementó mediante el derecho nacional debe otorgar un derecho al individuo, el contenido debe ser claro y debe existir un vínculo causal entre la violación del Estado y el daño causado al solicitante. La violación debe ser también suficientemente grave, pero este requisito siempre se satisface cuando se trata de una violación de una Directiva.

En relación con la Carta, el artículo 52.5 sustancialmente excluye el efecto directo de las disposiciones de la Carta que reconocen "principios". Sin embargo, ni la propia Carta ni las Explicaciones configuran una lista exhaustiva de las disposiciones que reconocen "principios".

Únicamente a modo de ejemplo, la Explicación del artículo 52.5 de la Carta se refiere a los artículos 25, 26 y 37 como *ejemplos* de "principios" reconocidos por la Carta. La misma Explicación también añade que "en algunos casos, un Artículo de la Carta puede tener una naturaleza dual tanto de derecho como de principio, e.j. 23, 33 y 34". Puede, por tanto, ser útil preguntar al TJUE (mediante una cuestión prejudicial) acerca de la naturaleza de una disposición de la Carta en un caso concreto.

Obsérvese que, en la reciente sentencia en el Asunto C-176/12 *Association de médiation sociale* [2014], el TJUE confirmó que por lo menos algunas disposiciones de la Carta tienen efecto directo, incluso en casos de controversias entre individuos (siempre que el caso se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea).³³ Para que tenga efecto directo, la disposición de la Carta debe ser "suficiente por ella misma para conferir a los individuos un derecho subjetivo que pueda ser invocado como tal". El TJUE también ha afirmado que la prohibición de no discriminación por razón de nacimiento reconocida en el artículo 21.1 de la Carta tiene efecto directo, mientras que no lo tiene el artículo 27 que reconoce el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa. Si el caso en cuestión tiene que ver con otra disposición de la Carta, puede ser útil preguntar al TJUE mediante una cuestión prejudicial acerca de su efecto directo o no.

Pregunta n° 2: ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión Europea?

A) Si la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable tiene efecto directo, el juez nacional debe aplicarla e inaplicar la disposición de derecho nacional contraria (inaplicación).

B) Si no está claro si la disposición del Derecho de la Unión Europea aplicable tiene efecto directo, puede ser útil referir la problemática al TJUE mediante una **cuestión prejudicial**.

C) Si la disposición del Derecho de la Unión Europea no tiene efecto directo y la interpretación conforme no es posible, el único remedio de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea disponible para los individuos es una acción de responsabilidad del Estado en la línea de la jurisprudencia *Francoovich* (Asunto *Francoovich*, cit.).³⁴ Sin embargo, si el caso se encuentra

³³ Véase el cuadro azul Parte I supra: "¿Cuándo los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Unión Europea son aplicables al derecho nacional?".

³⁴ Véase el cuadro azul Parte II supra: "El efecto directo de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea y las disposiciones de la Carta en particular".

también dentro del ámbito de aplicación del CEDH, puede ser necesario considerar el efecto del CEDH en el ordenamiento jurídico nacional. En el caso del ordenamiento jurídico español, es posible la inaplicación de una disposición nacional contraria al CEDH (véase la Pregunta nº 2 del Supuesto II infra).

Obsérvese que la disposición del Derecho de la Unión Europea puede ser contraria a la Constitución nacional. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, constituye jurisprudencia bien establecida del TJUE que "en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, (...) las normas de derecho nacional, incluso las de carácter constitucional, no pueden afectar a la efectividad del Derecho de la Unión Europea en el territorio del Estado".³⁵ Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional ha expresado que en caso de conflicto con una disposición de derecho nacional de naturaleza constitucional prevalecerá la disposición del Derecho de la Unión Europea siempre que esta respete *la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas y el sistema de valores y principios fundamentales de la Constitución, entre los cuales los derechos y libertades fundamentales tienen un papel determinante* (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre).

B. Supuesto II. Situaciones que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea pero sí del CEDH

Bajo este supuesto, el caso en litigio ante el tribunal nacional no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea pero afecta a un derecho o libertad fundamental garantizado por el CEDH o por un Protocolo que obliga al Estado Miembro.³⁶

Pregunta nº 1: ¿La disposición de derecho nacional es compatible con el CEDH (o uno de sus Protocolos)?

Para responder a esta pregunta, el juez nacional debe determinar el significado de la disposición del CEDH aplicable (o del Protocolo) al caso en cuestión. A estos efectos, debe tener en cuenta también la jurisprudencia del TEDH.

A) Si la disposición de derecho nacional es compatible con el CEDH, esta puede ser aplicada/mantenida.

Obsérvese que una disposición de derecho nacional que implique una limitación a un derecho o libertad fundamental garantizado por el CEDH es compatible con este si se satisfacen dos

³⁵ Asunto *Melloni*, cit. par. 59.

³⁶ El estado de las ratificaciones de los Protocolos al CEDH puede consultarse en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

condiciones: el derecho o libertad fundamental en cuestión permite limitaciones, y el test desarrollado por el TEDH para controlarlas se respeta. Este test exige que la limitación:

- esté prevista por la ley;
- persiga una finalidad legítima (obsérvese que, a diferencia de lo que sucede con la Carta, las disposiciones del CEDH que reconocen la posibilidad de limitaciones a los derechos y libertades fundamentales establecen por sí mismas qué finalidades son legítimas; estas finalidades, por tanto, configuran una lista de supuestos *numerus clausus*);
- sea necesaria en una sociedad democrática, i.e., exista una necesidad social que la justifique;
- sea proporcionada; en concreto, la **proporcionalidad** exige que: (1) sea apropiada para alcanzar la finalidad legítima; (2) no existan medidas menos lesivas; (3) el contenido esencial del derecho o libertad fundamental sea respetado.

Para determinar la proporcionalidad de la medida nacional, puede ser útil tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH en casos similares (**cooperación vertical**). Esto es así porque, de acuerdo con el sistema convencional, las autoridades nacionales (incluyendo a sus tribunales) son las primeras llamadas a aplicar el CEDH. Además, el TEDH algunas veces permite a las Altas Partes Contratantes un cierto **margen de apreciación** sobre la determinación del adecuado equilibrio entre los derechos y libertades fundamentales y los intereses generales en juego. En estos casos, las autoridades nacionales deben aplicar la solución más adecuada para proteger a un derecho o libertad fundamental cuya garantía tiene prioridad en un caso específico, siempre sin limitar de manera excesiva el interés o el derecho o libertad fundamental en conflicto. El alcance, y también la misma existencia, del margen de apreciación depende de si existe un consenso en el derecho y la práctica de las Altas Partes Contratantes respecto al nivel de protección que debe otorgarse al derecho o libertad fundamental reconocido por el Convenio en casos específicos ("**consenso europeo**"). Como corolario a la doctrina del margen de apreciación, su aplicación no es necesariamente uniforme en todas las Altas Partes Contratantes. Esta característica diferencia el sistema del CEDH con la Carta y el Derecho de la Unión Europea en general, cuya aplicación es menos sensible a las particularidades locales como consecuencia del principio de primacía. Al mismo tiempo, debe señalarse que la doctrina del margen de apreciación es un mecanismo de deferencia del TEDH hacia los ordenamientos jurídicos y/o prácticas nacionales,

pero que en todo caso no garantiza inmunidad ante el CEDH. El reconocimiento de un margen de apreciación a las Alta Partes Contratantes no excluye la supervisión del TEDH.³⁷

B) Si la disposición de derecho nacional puede tener diferentes significados, el juez nacional debe escoger aquel significado (siempre que sea posible) que garantice la compatibilidad con el CEDH, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH (**interpretación conforme**). La obligatoriedad de utilizar esta última técnica deriva del artículo 10.2 de la Constitución española (los derechos y libertades fundamentales del Título I deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, entre ellos, el CEDH).

C) Si la disposición de derecho nacional no es compatible con el CEDH y no es posible una interpretación conforme, existe un conflicto y el juez nacional debe afrontar la Pregunta nº 2 infra.

Pregunta nº2: ¿Es posible inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el CEDH?

El ordenamiento jurídico español permite la inaplicación de una disposición de derecho nacional infraconstitucional incompatible con el CEDH y, por tanto, aquella debe ser inaplicada (inaplicación). Las normas infraconstitucionales (con o sin rango de ley) pueden inaplicarse gracias a la fuerza pasiva del CEDH (artículo 96 de la Constitución española).

Sin embargo, es poco frecuente que los jueces españoles inapliquen normas con rango de ley por ser contrarias al CEDH. Normalmente, por la coincidencia material del catálogo de derechos y libertades fundamentales reconocido en la Constitución y aquellos protegidos por el CEDH, el conflicto entre una norma con rango de ley y el CEDH también lo será con la Constitución y, por tanto, será un conflicto de naturaleza constitucional. En este escenario, el juez español, si bien está facultado para inaplicar directamente la norma con rango de ley por ser contraria al CEDH, suele plantear una cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional resolverá el conflicto de conformidad con la Constitución, pero en virtud del mandato del artículo 10.2 de

³⁷ Esta cuestión ha sido establecida por el TEDH en muchas ocasiones. Por ejemplo, en el Asunto nº 33629/06 *Attila Vajnai c Hungría* [2008], el TEDH consideró lo siguiente: "El test de «necesidad en una sociedad democrática» requiere al Tribunal determinar si la injerencia en cuestión responde a una «necesidad social imperiosa». Las Altas Partes Contratantes tienen un cierto margen de apreciación para determinar cuándo una necesidad de este tipo existe, pero este margen viene acompañado por la supervisión europea, que abarca tanto la legislación como las decisiones que la aplican, incluyendo a aquellas provenientes de los tribunales nacionales. El Tribunal, por tanto, tiene la última palabra sobre si una «injerencia» es compatible con el derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio. [...] En concreto, el Tribunal debe determinar si las razones alegadas por las autoridades nacionales que justifican la injerencia son «relevantes y suficientes», y si la medida adoptada es «proporcionada a las finalidades legítimas que se persiguen». En esta tarea, el Tribunal debe asegurarse de que las autoridades nacionales, después de una valoración adecuada de los hechos en cuestión, aplican estándares que son conformes con los principios reconocidos en el artículo 10".

la Constitución, el CEDH servirá como parámetro indirecto de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional, por tanto, resolverá el conflicto con la obligación de interpretar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución a la luz del CEDH y su interpretación por parte del TEDH.

En caso de conflicto entre una disposición de derecho nacional de naturaleza constitucional y el CEDH, no sería posible la inaplicación de la primera.³⁸ Las disposiciones de derecho nacional de naturaleza constitucional están en una posición superior en el sistema de fuentes a los tratados o acuerdos internacionales. Ahora bien, debe destacarse, de nuevo, el mandato del artículo 10.2 de la Constitución española en cuanto a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos en los que se incluye el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Si bien el CEDH no adquiere el rango de norma constitucional, condiciona a la Constitución española como canon interpretativo y, por tanto, el riesgo de conflicto se reduce: los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución deberán interpretarse de conformidad con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

³⁸ La posición de los tratados y acuerdos internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español es una cuestión controvertida. En general, los constitucionalistas españoles han defendido la subordinación de los tratados y acuerdos internacionales a la Constitución, mientras que los académicos del ámbito del Derecho Público Internacional han sostenido lo contrario. En este segundo caso, la inaplicación de la Constitución sería posible cuando esta sea contraria a un tratado o acuerdo internacional. En esta Guía se ha optado por la posición constitucionalista.

ANEXO

PRINCIPALES TÉCNICAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL: EJEMPLOS PRÁCTICOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

i) Técnicas disponibles en caso de conflicto entre una disposición de derecho nacional y el CEDH y una disposición de derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea

Interpretación conforme: se trata de una técnica presente en muchos ordenamientos jurídicos nacionales que obliga al juez a interpretar las disposiciones de derecho nacional de conformidad con la Constitución. En España, esta obligación se deriva del artículo 9 (valor vinculante de la Constitución), del artículo 164 (efectos frente a todos de las sentencias del Tribunal Constitucional) y, a nivel infraconstitucional, del artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (obligación específica de interpretar las disposiciones del derecho nacional de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

Asimismo, el juez nacional está obligado a interpretar las disposiciones del derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión Europea y el CEDH en el caso de que estos fueran relevantes para la controversia. Esta obligación proviene de los propios ordenamientos de la Unión y del Convenio, pero también del propio derecho constitucional interno en materia de derechos y libertades fundamentales: los tribunales españoles, incluyendo al Tribunal Constitucional, deben interpretar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución española de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución).

Ejemplo de la aplicación de la técnica de la interpretación conforme en caso de conflicto entre una disposición de derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea y el CEDH

*Tribunal Constitucional, STC 41/2006, de 13 de febrero (Asunto *Alitalia*)*

El demandante trabajó para Alitalia Líneas Aéreas Italiana, S.p.A hasta el 15 de octubre de 2001. El 30 de julio de 2002, fue despedido sobre la base de un mal rendimiento. Presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social (Barcelona). Este juez determinó, mediante sentencia de 12 de noviembre de 2002, que el despido fue de hecho motivado por la aversión de su supervisor hacia la condición homosexual del demandante y, por tanto, el despido fue

discriminatorio por razón de orientación sexual. En consecuencia, el juez declaró el despido nulo. La compañía apeló esta sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, mediante sentencia de 27 de junio de 2003, declaró nula la sentencia del Juzgado de lo Social y por tanto falló a favor de la compañía. El demandante, finalmente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional argumentó que aunque la ‘orientación sexual’ no estaba prevista de manera expresa entre los motivos discriminatorios prohibidos por el artículo 14 de la Constitución, debía entenderse incluida en la cláusula general ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’. El Tribunal Constitucional basó su conclusión en dos argumentos principales.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional determinó que históricamente las personas homosexuales han sido marginadas y discriminadas sobre la base de prejuicios arraigados normativa y socialmente y como consecuencia de la actuación de los poderes públicos y de la sociedad. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 14 de la Constitución de conformidad con el CEDH, el derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea, definiendo estas fuentes como "la normativa que, ex art. 10.2 de la Constitución, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE." El Tribunal Constitucional enfatizó que el TEDH ha determinado que la ‘orientación sexual’ se encuentra incluida entre los motivos prohibidos de discriminación del artículo 14 del CEDH, a pesar de la falta de referencia expresa, y que el Comité de Derechos Humanos ha determinado lo mismo en relación con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, el Tribunal Constitucional citó el artículo 13 del TUE, que expresamente hace referencia a la discriminación por orientación sexual como una práctica a erradicar. Asimismo, el Tribunal Constitucional hizo referencia a diversas Directivas que explícitamente otorgan protección ante supuestos de discriminación por razón de orientación sexual: Directiva 2005/71/CE, 12 de octubre de 2005; Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004; Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004; Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004; Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003; Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000. Finalmente, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 21.1 de la Carta explícitamente incluye a la ‘orientación sexual’ como uno de los motivos prohibidos de discriminación.

En este caso, el Tribunal Constitucional interpreta de conformidad con el CEDH, los Tratados de la Unión Europea y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la

cláusula constitucional de prohibición de la discriminación. El uso de esta técnica no solamente es producto de la voluntad de cooperación del Tribunal Constitucional, sino que es fruto de una obligación precisa establecida en el artículo 10.2 de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España".

Derecho comparado como método de razonamiento: se trata de una técnica útil en los casos en los que el juez nacional tenga que resolver una cuestión que se ha planteado en términos similares en otro ordenamiento jurídico (por ejemplo, cuando se trate de determinar el contenido de un derecho o libertad fundamental, o cuando se tenga que ponderar o aplicar el test de proporcionalidad sobre derechos o intereses en conflicto). El juez nacional puede tener en cuenta las disposiciones o las decisiones judiciales de otro ordenamiento. Es una técnica especialmente útil en el caso de tratarse de derechos o libertades fundamentales protegidos por ordenamientos supranacionales. En todo caso, se trata de una técnica de apoyo al juez nacional que le puede ayudar a resolver la cuestión planteada a través de su propio razonamiento y aplicación del derecho nacional.

Ejemplo de la utilización del derecho comparado como método de razonamiento

Tribunal Constitucional, STC 198/2012, de 6 de noviembre (Asunto *matrimonios homosexuales*)

El Código Civil fue modificado por la Ley 13/2005 para permitir los matrimonios entre homosexuales. Esta ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por más de 50 diputados del Partido Popular. Los recurrentes alegaron que el reconocimiento del matrimonio homosexual era contrario, *inter alia*, al artículo 42 de la Constitución, que establece que los hombres y las mujeres tienen el derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal Constitucional adoptó una interpretación evolutiva de la Constitución y determinó que el artículo 32 no impide al legislador la aprobación de una ley que reconozca el matrimonio homosexual. El Tribunal Constitucional indicó que el reconocimiento del matrimonio homosexual fue una medida legislativa apoyada en el principio de igualdad, pero no basó su decisión en el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual.

El Tribunal Constitucional hace uso del derecho comparado, refiriéndose a la legislación y jurisprudencia de otros países. El Tribunal, en primer lugar, menciona al Privy Council para tomar prestada la imagen de la Constitución como un "growing tree" (*Edwards v. A.G. Canada*

[1930] AC 123, 1 DLR 98 (PC)), así como hace referencia al uso del argumento analógico del Tribunal Supremo de Canadá en su sentencia sobre el matrimonio homosexual (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79). El derecho comparado es utilizado como método para apoyar el propio razonamiento y argumentación basados en el derecho nacional. De manera similar, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta un gran número de ordenamientos que reconocen el matrimonio homosexual, ya sea en su legislación o por decisión judicial (por ejemplo, se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de Massachusetts, *Goodridge c. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 [Mass. 2003] o a la sentencia del Tribunal Constitucional de Eslovenia, de 2 de julio de 2009, *Blažič y Kern c. Eslovenia* U-I-425/06-10).

Este caso es un muy buen ejemplo de la utilización del derecho comparado como método de razonamiento para fortalecer el propio razonamiento judicial en materia de derechos y libertades fundamentales. Tratándose de una cuestión de derecho constitucional (la interpretación del principio de igualdad y la prohibición de no discriminación), el Tribunal Constitucional hace referencia a una gran cantidad de fuentes externas y utiliza el derecho comparado para fortalecer su opinión. El uso intensivo de legislación y jurisprudencia de otros ordenamientos va encaminado a demostrar que existe una tendencia mundial en esta cuestión y que, por tanto, la constitucionalidad de la ley impugnada debe sostenerse.

Test de proporcionalidad: el juez nacional deberá aplicar esta técnica en el caso de que una disposición de derecho nacional limite un derecho o libertad fundamental previsto en la Carta o el CEDH. Si bien algunos derechos y libertades fundamentales son de carácter absoluto y no admiten limitaciones (por ejemplo, la prohibición de la tortura y derecho a no sufrir tratos o penas inhumanos o degradantes), muchos de ellos sí que pueden ser limitados siempre que se respete el principio de proporcionalidad. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea el test de proporcionalidad se prevé expresamente en el artículo 52.1 de la Carta.

Una de las principales diferencias entre la Carta y el CEDH es que este último prevé de manera expresa, y por tanto con carácter *numerus clausus*, las limitaciones a los derechos que reconoce. Cabe destacar, no obstante, que el test de proporcionalidad que han configurado el TJUE y el TEDH es muy similar. Asimismo, el Tribunal Constitucional también ha desarrollado a nivel jurisprudencial un test de proporcionalidad en materia de derechos y libertades fundamentales que no difiere significativamente de aquellos aplicados por los dos tribunales europeos. En definitiva, el juez nacional debe comprobar si la medida que limita un

derecho o libertad fundamental está prevista por la ley, persigue una finalidad legítima, es idónea para alcanzarla, es necesaria en una sociedad democrática y comporta más ventajas que inconvenientes para el ordenamiento.

El test de proporcionalidad debe diferenciarse del juicio de ponderación. Este es aplicable a conflictos entre particulares cuando varios derechos o libertades fundamentales entran en conflicto (i.e. colisión en un caso concreto entre el derecho a la libertad de expresión o información y el derecho al honor y a la propia imagen), mientras que el test de proporcionalidad es aplicable a medidas adoptadas por los poderes públicos que limitan derechos o libertades fundamentales (i.e. limitación del derecho de reunión por parte de un poder público, *inter alia*, prohibiendo una manifestación). Bajo el juicio de ponderación, el juez nacional debe buscar un justo equilibrio entre los dos derechos y libertades fundamentales en conflicto, teniendo en cuenta todos los hechos y factores que concurren en el caso, y dar prioridad a uno de ellos en el caso concreto.

Ejemplo de la utilización del test de proporcionalidad

Tribunal Constitucional, STC 170/2008, de 15 de diciembre (Asunto *Mossos d'Esquadra*)

Durante las negociaciones sobre las condiciones salariales de la policía de la Generalitat de Catalunya (Mossos d'Esquadra), uno de los sindicatos con presencia en la misma comunicó a las autoridades competentes la voluntad de ejercer el derecho de reunión y convocar una manifestación al efecto. La manifestación fue prohibida sobre la base de que coincidía con las elecciones autonómicas catalanas y, por tanto, podía afectar negativamente al proceso electoral. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, mediante sentencia de 26 de octubre de 2006, desestimó sobre la misma argumentación el recurso contencioso-administrativo, interpuesto con carácter especial de conformidad con el artículo 122 de la LJCA. Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional consideró que las autoridades competentes no justificaron adecuadamente la incidencia que la manifestación podía tener en el proceso electoral. La mera posibilidad o sospecha de alteración del orden público no es suficiente para limitar el derecho de reunión y prohibir una manifestación. Solamente las manifestaciones con la intención de captar sufragios o de alterar el proceso electoral por parte de actores ajenos al mismo pueden justificar su prohibición. La medida tomada por las autoridades administrativas no estaba justificada y no fue proporcionada.

El Tribunal Constitucional utiliza ampliamente en esta sentencia tanto el CEDH como la

jurisprudencia del TEDH para fijar adecuadamente el equilibrio entre el derecho de reunión y las medidas que pueden tomar las autoridades públicas. En primer lugar, le sirve para apoyar su doctrina consolidada sobre la importancia del derecho de reunión para la democracia y su vinculación con el derecho a la libertad de expresión. En segundo lugar, y con carácter más relevante, la jurisprudencia del TEDH sirve para enfatizar que todo límite al derecho de reunión debe ser interpretado en sentido estricto. El test de proporcionalidad, por tanto, debe aplicarse en el sentido del TEDH y solamente cuando concurran "razones convincentes e imperativas" se podrá justificar la limitación del derecho de reunión.

Es en el ámbito del derecho de reunión donde el Tribunal Constitucional ha utilizado más asiduamente el test de proporcionalidad para desplegar una protección garantista del mismo. Mediante su aplicación, ha determinado que la mera afectación a la circulación o al tráfico rodado no son alteraciones del orden público que permitan, de manera proporcionada, prohibir una manifestación (SSTC 284/2005, de 7 de noviembre; 301/2006, de 23 de octubre). Se requiere, por tanto, una alteración del orden público particularmente grave que comporte un peligro para personas o bienes y la prohibición de la manifestación solamente será posible después de haber estudiado todas las alternativas o medidas menos gravosas (STC 66/1995, de 8 de mayo).

ii) Técnicas disponibles en caso de conflicto únicamente entre una disposición de derecho nacional y una disposición del Derecho de la Unión Europea

Cuestión prejudicial: prevista en el artículo 267 TFUE, es la técnica principal de cooperación directa entre los jueces nacionales y el TJUE con la finalidad de asegurar la interpretación uniforme y la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea. Permite al juez nacional plantear cuestiones al TJUE sobre la interpretación del derecho primario y derivado de la Unión, así como sobre la validez del derecho derivado. La cuestión prejudicial es un mecanismo útil para determinar la compatibilidad entre una disposición de derecho nacional y una disposición del Derecho de la Unión Europea.

En líneas generales, el juez nacional de última instancia, cuya decisión no es impugnabile, está obligado a plantearla en caso de duda, mientras que el resto de jueces nacionales están facultados para plantearla. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que la no presentación de la cuestión prejudicial por parte de un juez español en los casos en los que es obligatoria de conformidad con el Derecho de la Unión Europea comporta una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española).

En todo caso, si un juez nacional tiene dudas sobre la validez de una norma del Derecho de la Unión Europea, no puede invalidarla (ni tampoco inaplicarla) sin plantear primero una cuestión prejudicial al TJUE, independientemente de si es el juez de última instancia o no. Asimismo, el juez de última instancia no está obligado a presentar la cuestión prejudicial cuando el TJUE haya aclarado el significado de la norma en cuestión con anterioridad o si se deduce una interpretación clara de la norma a la luz de su jurisprudencia (doctrina del “acto claro”). No obstante, el juez nacional solamente podrá resolver el conflicto en el sentido de entender la norma como “clara” si el significado de esta es también claro para otros jueces de los Estados Miembros de la Unión o para el propio TJUE.

Ejemplos de la utilización de la cuestión prejudicial

Tribunal Constitucional, STC 199/2009, de 28 de septiembre (*Asunto Wilson Adran John*) y ATC 86/2011, de 9 de junio de 2011 y STC 26/2014, de 13 de febrero (*Asunto Melloni*)

En el *Asunto Wilson Adran John* (STC 199/2009, de 28 de septiembre), Rumanía emitió una Orden Europea de Detención y Entrega de un nacional británico que residía en España condenado a cuatro años de prisión en rebeldía, aunque había sido representado por un abogado de su elección. La Audiencia Nacional decidió ejecutar la Orden (AAN, de 27 de abril de 2007); el Sr. Wilson decidió presentar un recurso de amparo alegando la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución). El Tribunal Constitucional aplicó su doctrina de "violación indirecta" sobre el "contenido esencial" de los derechos y libertades fundamentales, desarrollada en procesos de extradición desde el año 2000, y la aplicó a la ejecución de las Órdenes Europeas de Detención y Entrega: las autoridades nacionales podían violar indirectamente la Constitución al permitir la entrega de una persona a otro país en el que sus autoridades no respetaran el contenido esencial de un derecho o libertad fundamental. El derecho a participar en el proceso y el derecho a la defensa eran considerados contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; la presencia del abogado no era suficiente. El Tribunal Constitucional argumentó (incorrectamente) que su interpretación era conforme a la jurisprudencia del TEDH. Su argumentación tampoco se adecuaba al significado claro de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros, que permite condicionar la entrega a la posibilidad de realizar un nuevo proceso en

caso de que la persona condenada "no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía" (artículo 5.1).

En una situación similar, la Corte de Apelaciones de Bolonia (Italia) emitió una Orden Europea de Detención y Entrega del Sr. Melloni, un nacional italiano, condenado en rebeldía a diez años de prisión por delito de fraude. De nuevo, en Italia el Sr. Melloni había sido representado por dos abogados de su elección.

La Audiencia Nacional decidió ejecutar la Orden (AAN, de 1 de octubre de 1996), sosteniendo que, aunque la pena de prisión se había acordado en ausencia del condenado, el Sr. Melloni había sido informado sobre el proceso y había voluntariamente decidió no presentarse. El Sr. Melloni presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) por parte de la Audiencia Nacional porque esta no exigió a Italia la garantía de que la persona condenada tuviese la oportunidad de pedir un nuevo proceso con su presencia. El Tribunal Constitucional decidió suspender el proceso y elevar una cuestión prejudicial al TJUE (ATC 86/2011, de 9 de junio de 2011).

La cuestión prejudicial incluyó tres preguntas: 1) la interpretación del artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco; 2) la validez de este artículo a la luz de los artículos 47 y 48.2 de la Carta (derecho a un proceso equitativo y el derecho a la defensa); 3) la interpretación del artículo 53 de la Carta (derechos constitucionales con un estándar de protección más elevado).

Las conclusiones del TJUE a respuesta de la cuestión planteada fueron las siguientes (Asunto *Melloni*, cit.): 1) el estado ejecutor de la Orden no puede, de acuerdo con la Decisión Marco, condicionar la ejecución de aquella sobre la base de la posibilidad de un nuevo proceso; 2) el artículo 4 bis, apartado 1 de la Decisión Marco es compatible con los artículos 47 y 48.2 de la Carta; 3) el artículo 53 de la Carta no condiciona ni modifica estas conclusiones.

La resolución del caso por parte del Tribunal Constitucional en aplicación de la sentencia del TJUE se produjo un año después (STC 26/2014, de 13 de febrero). El Tribunal Constitucional cambió su doctrina establecida en el Asunto *Wilson Adran John* y asumió los postulados de la sentencia del TJUE, es decir, rebajó el estándar de protección nacional en relación con el artículo 24 de la Constitución española y los procesos en rebeldía.

La cuestión prejudicial es una técnica utilizada en este caso para resolver posibles conflictos entre los tribunales españoles y los sistemas judiciales de otros Estados Miembros al ejecutar

Órdenes Europeas de Detención y Entrega, dado el inusual nivel de protección del derecho a la tutela judicial efectiva en España en materia de procesos en rebeldía.

En un primer momento, en el Asunto *Wilson Adran John*, el Tribunal Constitucional aplicó su propia doctrina (un elevado estándar de protección del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva) y condicionó la ejecución de las Órdenes Europeas de Detención y Entrega. Lo hizo apelando incorrectamente a la jurisprudencia del TEDH y contraviniendo el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, en el Asunto *Melloni*, el Tribunal Constitucional decidió ser más cauto, no aplicar su doctrina, y elevar una cuestión prejudicial al TJUE. Por primera vez, el Tribunal Constitucional presentó una cuestión prejudicial al TJUE.

En la resolución final del caso (STC 26/2014, de 13 de febrero) el Tribunal Constitucional acató los postulados del TJUE y por tanto cambió su doctrina establecida en el Asunto *Wilson Adran John*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional vuelve a repetir la doctrina de los contra límites fijada en su Declaración 1/2004, declara que no le corresponde resolver los conflictos entre el derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea y que este último, en materia de derechos y libertades fundamentales, se integra como criterio hermenéutico de la Constitución a través del artículo 10.2 de la Constitución. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no reconoce, de manera explícita, el valor vinculante directo, fruto del principio de primacía y más allá de un criterio hermenéutico derivado del artículo 10.2 de la Constitución, de la sentencia del TJUE recaída en una cuestión prejudicial que él mismo planteó.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de los Social), STSJ Galicia, de 12 de noviembre de 2010 (Asunto *Roca Álvarez*)

El Sr. Roca Álvarez trabajaba para la empresa Sesa Start España ETT S.A. En marzo de 2005, solicitó el permiso de lactancia del hijo menor de nueve meses, de acuerdo con el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores. Su solicitud fue rechazada sobre la base de que la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez no ostentaba la condición de trabajadora por cuenta ajena sino que era autónoma: la condición de trabajadora por cuenta ajena era una condición necesaria para otorgar el permiso.

El Sr. Roca Álvarez interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social de la Coruña que fue rechazada mediante sentencia de 15 de julio de 2005. A continuación, presentó un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJ Galicia). Este consideró que la legislación aplicable permitía a todas las mujeres trabajadoras por cuenta ajena obtener el permiso, pero si los dos padres estaban trabajando el permiso solamente podía ser otorgado a

uno de ellos, lo que significaba que un padre trabajador no podía obtenerlo en el caso de que la madre no trabajara por cuenta ajena (o fuera autónoma). El TSJ Galicia se cuestionó si el permiso tenía que ser reconocido a los hombres de la misma manera que a las mujeres (sin condiciones) y si el hecho de restringirlo a las mujeres que trabajaran por cuenta ajena y a los padres de sus hijos no era una medida discriminatoria contraria al principio de igualdad de trato y a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo. En estas circunstancias, el TSJ Galicia presentó una cuestión prejudicial al TJUE.

El TJUE determinó que los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2 y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, debían ser interpretados en el sentido de rechazar una medida nacional como la de este caso (C-104/09, *Roca Álvarez* [2010]). Así, era contraria a estos preceptos una medida que otorgase el permiso de lactancia del hijo menor de nueve meses a las mujeres que son madres y cuyo estatus es el de trabajadoras por cuenta ajena y, en cambio, no lo hiciera a los hombres que son padres con el mismo estatus a no ser que la madre del hijo fuese también una persona que estuviera trabajando por cuenta ajena. El TJUE tuvo en cuenta que, de acuerdo con el tribunal que planteó la cuestión prejudicial, la evolución de la legislación nacional y su interpretación por los tribunales se había ido distanciando, poco a poco, de la concepción del permiso de lactancia en conexión con el hecho biológico de alimentar al niño y, por tanto, el trato preferencial a la mujer no estaba justificado y era "culpable de perpetuar una distribución de roles tradicional entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una posición secundaria respecto a las mujeres en relación con el ejercicio de las responsabilidades parentales".

El TSJ Galicia determinó que la disposición del Estatuto de los Trabajadores en cuestión era discriminatoria por razones de género y que era contraria al Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, el TSJ Galicia inaplicó la norma con rango de ley nacional y reconoció el permiso de lactancia al padre, dando *de facto* efecto a la versión modificada del Estatuto de los Trabajadores que fue adoptada en julio de 2012. Asimismo, después de la sentencia del TJUE y del TSJ Galicia en 2010, la disposición del Estatuto de los Trabajadores fue modificada para equiparar el régimen aplicable tanto a hombres como a mujeres. En la versión actualmente en vigor, cualquiera de los padres puede solicitar el permiso de lactancia, pero en el caso de que los dos trabajen solamente uno de ellos podrá disfrutarlo.

Inaplicación: se trata de la técnica de cooperación judicial más intrusiva para el ordenamiento jurídico nacional, puesto que obliga al juez nacional a inaplicar una disposición de derecho nacional en caso de conflicto con una disposición del Derecho de la Unión Europea que tenga efecto directo. En el caso de normas de carácter infraconstitucional (normas con rango de ley y rango reglamentario), el juez nacional puede inaplicarlas directamente, sin que tenga la obligación de presentar ni una cuestión prejudicial ni una cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha declarado que en el caso de que el juez nacional no inaplique una norma nacional contraria al Derecho de la Unión Europea y, específicamente, no tenga en cuenta la jurisprudencia del TJUE, se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española).

Ejemplo de la utilización de la técnica de la inaplicación

*Tribunal Constitucional, STC 78/2010, de 20 de octubre (Asunto *Metropole*)*

El club de natación Metropole apeló al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias una resolución que le denegaba la devolución de un pago indebido de un impuesto. El recurso de apelación, resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias mediante sentencia de 28 de mayo de 2004, prosperó sobre la base de una sentencia previa del TJUE (C-124/96, *Comisión v. España* [1998]), en la que este había determinado que las normas nacionales sobre el impuesto del IVA no eran compatibles con la Sexta Directiva del IVA.

En el proceso, el Gobierno de las Islas Canarias argumentó que el Tribunal Superior de Justicia había violado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española) al inaplicar una disposición de derecho nacional que era incompatible con el Derecho de la Unión Europea. Una de las razones de esta violación, de acuerdo con el Gobierno, era que antes de inaplicar una disposición de derecho nacional el juez español debía plantear una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Los antecedentes de esta sentencia son relevantes. En el 2004, el Tribunal Constitucional determinó por primera vez que el hecho de no presentar una cuestión prejudicial comportaba una violación del derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo con la Constitución española (STC 58/2004, de 19 de abril). Su argumentación, sin embargo, era problemática: el Tribunal Constitucional parecía entender que plantear una cuestión prejudicial era una condición necesaria para un juez nacional que quisiera inaplicar una norma con rango de ley, i.e. sin plantear una cuestión prejudicial las normas con rango de ley no podían ser inaplicadas.

Posteriormente, en la STC 194/2006, de 19 de junio, el Tribunal Constitucional explicitó que, en su opinión, era necesario plantear una cuestión prejudicial antes de que un juez nacional inaplicase una norma con rango de ley.

Los hechos en el Asunto *Metropole* eran prácticamente idénticos a la STC 194/2006. Pese a ello, el Tribunal Constitucional decidió en otro sentido, entendiendo que, como el Derecho de la Unión Europea no era directamente aplicable (la Directiva sobre el IVA no era aplicable a las Islas Canarias), el no planteamiento de la cuestión prejudicial no comportaba una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo, el Tribunal Constitucional expresamente cambió su doctrina establecida en la STC 194/2006 y sostuvo que si bien presentar la cuestión de inconstitucionalidad es una obligación antes de inaplicar una norma con rango de ley contraria a la Constitución, no existe la obligación de presentar una cuestión prejudicial antes de inaplicar una norma con rango de ley contraria al Derecho de la Unión Europea. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró que si la presentación de la cuestión prejudicial fuese obligatoria de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, su no presentación comportaría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución).

En concreto, el Tribunal Constitucional determinó que los tribunales ordinarios no están obligados a presentar una cuestión prejudicial cuando la cuestión es idéntica a otra resuelta con anterioridad por el TJUE (Asunto *Da Costa*, cit.) o cuando la doctrina del "acto claro" es aplicable (Asunto *CILFIT*, cit.). Trasladó, por tanto, sin justificación, requisitos que son solamente aplicables a los tribunales de última instancia que, de acuerdo con los Tratados de la Unión, están obligados a presentar una cuestión prejudicial al TJUE.

Tribunal Constitucional, STC 145/2012, de 2 de julio (Asunto *Iberdrola*)

En 2007, la empresa del sector de la energía Iberdrola fue sancionada por no obtener la autorización de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) antes de la adquisición por encima del 10% del capital social de una sociedad que operaba en el sector energético. En 2008, en un caso distinto impulsado por la Comisión Europea sobre las mismas disposiciones legales, el TJUE declaró que la exigencia de esta autorización era una violación injustificada del derecho a la libertad de capitales reconocido en el Tratado de la Comunidad Europea (C-207/07, *Comisión c. España* [2008]).

Iberdrola presentó recurso ante la CNE contra la sanción y posteriormente apeló al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, solicitando que inaplicara las disposiciones legales españolas

que habían sido declaradas por el TJUE contrarias al Derecho de la Unión Europea. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró, mediante sentencia de 22 de abril de 2010, que la sentencia del TJUE había sido dictada con posterioridad a la sanción impuesta y, por tanto, no había sido posible tenerla en cuenta por parte de la CNE. Asimismo, consideró que la sentencia del TJUE no anulaba por ella misma las disposiciones legales nacionales y que solamente era obligatoria para España a partir del momento en el que se dictó.

Posteriormente, Iberdrola presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución). Específicamente, alegó arbitrariedad e irracionalidad en la selección del derecho aplicable. Teniendo en cuenta la sentencia previa del TJUE y sus efectos, el Tribunal Constitucional declaró que el derecho a la tutela efectiva fue vulnerado. Esta sentencia constituyó un cambio de rumbo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En el pasado, este había declarado que la compatibilidad entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho nacional no era una cuestión de naturaleza constitucional y que, por tanto, se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria que correspondía a los jueces ordinarios resolver.

En este sentido, esta decisión es significativa porque el Tribunal Constitucional otorga relevancia constitucional a la aplicación de normas con rango de ley declaradas previamente contrarias al Derecho de la Unión Europea.

Asimismo, de conformidad con su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional confirma el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y la obligación de inaplicar una disposición de derecho nacional incompatible con el Derecho de la Unión Europea. Finalmente, el Tribunal Constitucional enfatiza los efectos *ex tunc* de las sentencias del TJUE y cita de manera abundante la jurisprudencia del TJUE para apoyar su razonamiento.

iii) Técnicas disponibles en caso de conflicto entre una disposición de derecho nacional y el CEDH

Margen de apreciación: es una técnica utilizada por el TEDH para preservar las especificidades (jurídicas, políticas, culturales, éticas, sociales) de la Alta Parte Contratante. Consiste en dejar a las autoridades públicas de la Alta Parte Contratante un cierto margen de discrecionalidad para interpretar y aplicar los derechos y libertades fundamentales, especialmente sus limitaciones, reconocidos en el CEDH. Esta técnica se aplicará, en especial,

cuando se tenga que ponderar entre distintos derechos y libertades fundamentales o intereses en juego en conflicto y siempre que no exista un "consenso europeo" que cierre el debate.

Una de las implicaciones de esta técnica es que el CEDH no será aplicado necesariamente de manera uniforme en todas las Altas Partes Contratantes. Esta circunstancia distingue al sistema de protección del CEDH del Derecho de la Unión Europea. En este último, los estándares nacionales de protección de los derechos y libertades fundamentales pueden ser distintos pero en ningún caso pueden poner en peligro los principios de "primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión Europea".

Ejemplo de la utilización de la técnica del margen de apreciación

Tribunal Constitucional, STC 176/2013, de 21 de octubre (Asunto *Álvarez Cascos*)

El Sr. Álvarez Cascos, que fue en su momento Ministro del Gobierno español, pasó una semana de vacaciones en Lanzarote con su pareja y sus hijos menores de edad que habían tenido con sus respectivas parejas anteriores. Fueron tomadas fotografías en la playa y la terraza y jardines de un hotel y, posteriormente, fueron publicadas en varias revistas y mostradas en programas de televisión. El Sr. Álvarez Cascos y su pareja presentaron diversas demandas contra los medios de comunicación y los periodistas alegando la vulneración de su derecho a la vida privada y a su propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, mediante sentencia de 27 de abril de 2005, determinó que la publicación de estas fotografías en el programa de televisión "Crónicas Marcianas" violó el derecho a la vida privada y a la propia imagen de los demandantes. Otros Juzgados de Primera Instancia de Madrid dictaron sentencias diferentes sobre las mismas fotografías en relación con su revelación en otros programas de televisión. El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Madrid, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2004, también declaró la violación de los derechos a la vida privada y propia imagen. Este último Juzgado expresamente citó la decisión del TEDH en el Asunto nº 59320/00 *von Hannover I* [2004] y argumentó que a pesar de que el Ministro era un personaje de relevancia pública y las fotografías fueron tomadas en lugares públicos, estas hacían referencia a su vida privada y no contribuían a la formación de la opinión pública en temas de interés general. Por el contrario, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 38, mediante sentencia de 17 de enero de 2005, llegó a otra conclusión y decidió que el derecho a la libertad de expresión debía prevalecer. Este Juzgado distinguió este caso del Asunto *von Hannover I* y argumentó que el Sr. Álvarez Cascos era un político, mientras que Carolina de Mónaco, a pesar de ser la hija del Jefe del

Estado, no tenía responsabilidades políticas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 52 fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que, mediante sentencia de 8 de septiembre de 2006, confirmó la violación del derecho a la privacidad y a la propia imagen. Esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. Este decidió, mediante sentencia de 16 de noviembre de 2009, que el derecho a la libertad de información prevalecía sobre el derecho a la privacidad y a la propia imagen. El Tribunal Supremo argumentó que debía darse prioridad al derecho a la libertad de información siempre que se contribuyera a la formación libre de la opinión pública. En concreto, el Tribunal Supremo señaló que, debido a que el Sr. Álvarez Cascos era una persona de relevancia pública cuando las fotografías fueron tomadas, su nueva relación de pareja era de interés general. Además, las fotografías fueron tomadas en lugares públicos. Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional analizó el caso y realizó una ponderación distinta a la del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional argumentó que, de acuerdo con su jurisprudencia, la publicación de fotografías de una persona con relevancia pública que muestren aspectos de su vida privada sin su consentimiento constituye una violación del derecho a la propia imagen, a no ser que hagan referencia a un evento de interés público. En este caso, las fotografías mostraban imágenes relativas a la vida privada y familiar del Ministro. A pesar del hecho de que las fotografías se habían tomado en lugares públicos, fueron hechas mediante un teleobjetivo (lentes de larga distancia) y, por tanto, el Sr. Álvarez Cascos y su pareja no se dieron cuenta. En este contexto, el Tribunal Constitucional cita varias sentencias del TEDH para enfatizar el riesgo que comporta el uso de las nuevas tecnologías para el derecho a la vida privada, ya que estas permiten tomar fotografías a distancia y publicarlas masivamente.

Al contrario del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional determinó que las fotografías no tenían ningún interés público. No eran relevantes para el debate político, únicamente estaban destinadas a satisfacer la curiosidad de la opinión pública. En contra del argumento de que estas fotografías reflejaban la "doble moralidad" de la defensa de unas ideas en público y la llevanza de una vida privada en contradicción con aquellas, el Tribunal Constitucional argumentó que el Sr. Álvarez Cascos ya había revelado con anterioridad su nueva relación de pareja después de romperse su matrimonio, y que su pareja ya lo había acompañado en eventos públicos. En consecuencia, no había ninguna necesidad de interferir en su vida privada mientras estaba de vacaciones para informar a la opinión pública.

Como puede observarse los distintos tribunales españoles han realizado distintas

ponderaciones sobre el derecho a la libertad de información y el derecho a la vida privada y propia imagen en un mismo caso. Pese a ello, todos los tribunales han utilizado los criterios que el TEDH ha establecido en el Asunto nº 40660/08 y 60641/08 *von Hannover II* [2012]. En este caso, el TEDH determinó cinco criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar la ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la vida privada y familiar: (1) la contribución de la información al debate de interés general; (2) la relevancia pública de la persona afectada; (3) la conducta previa de esta; (4) el contenido, forma y consecuencias de la publicación o difusión; (5) las circunstancias en las que fueron tomadas las fotografías.

El TEDH ha dejado cierto margen de apreciación a los jueces nacionales. Así, siempre que se tengan en cuenta estos cinco criterios a la hora de realizar la ponderación, el TEDH respetará el concreto equilibrio o balance que realicen los jueces nacionales en el caso concreto.

Inaplicación: se trata de la técnica de cooperación judicial más intrusiva para el ordenamiento jurídico nacional, puesto que obliga al juez nacional a inaplicar una disposición de derecho nacional en caso de conflicto con una disposición del CEDH. En el caso de normas de carácter infraconstitucional (normas con rango de ley y rango reglamentario), el juez nacional puede inaplicarlas directamente.

Sin embargo, es poco frecuente que los jueces españoles inapliquen normas con rango de ley por ser contrarias al CEDH. Normalmente, por la coincidencia material del catálogo de derechos y libertades fundamentales reconocido en la Constitución y aquellos protegidos por el CEDH, el conflicto entre una norma con rango de ley y el CEDH también lo será con la Constitución y, por tanto, será un conflicto de naturaleza constitucional. En este escenario, el juez español, si bien está facultado para inaplicar directamente la norma con rango de ley por ser contraria al CEDH, suele plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Este resolverá el conflicto de conformidad con la Constitución, pero en virtud del mandato del artículo 10.2 de la Constitución, el CEDH servirá como parámetro indirecto de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional, por tanto, resolverá el conflicto con la obligación de interpretar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución a la luz del CEDH y su interpretación por parte del TEDH.

Ejemplo de la utilización de la técnica de la inaplicación

Tribunal Supremo, 4932/2004, de 8 de julio

La Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 19 de noviembre de 2003, condenó al demandante a tres años de prisión y multa por un delito contra la salud pública (venta de una papelina de heroína). En aplicación del artículo 89 del Código Penal, la Audiencia Provincial sustituyó de manera automática la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional al ser el condenado un extranjero residente ilegal en España. El artículo 89 del Código Penal establece que esta sustitución es de carácter automática en la mayoría de los casos y se entiende como una medida de seguridad. Anteriormente, antes de esta articulación "automática", se preveía el trámite de audiencia y contradicción para ponderar los intereses en juego y acordar o no la medida de sustitución.

El Tribunal Supremo analizó, desde el punto de vista de los derechos y libertades fundamentales en juego, la regla de sustitución "automática" de la pena de prisión por la expulsión establecida en el artículo 89 del Código Penal. El Tribunal Supremo decidió no elevar una cuestión de inconstitucionalidad y, en cambio, utilizó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH para llevar a cabo una "relectura" del artículo 89 del Código Penal. Esta relectura, si bien no se trata de una inaplicación en sentido estricto, implica la necesidad de realizar el trámite de audiencia para poder ponderar los derechos e intereses en conflicto. El Tribunal Supremo, por tanto, inaplica en la práctica la regla de la sustitución automática y la sustituye por una regla de ponderación de los derechos en juego.

Si bien el Tribunal Supremo se apoya en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo las referencias a la jurisprudencia del TEDH son las que sustentan su razonamiento. Este análisis lleva al Tribunal Supremo a concluir que el CEDH exige un examen individualizado de la situación del condenado antes de proceder a decidir a sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.