



**Fabio Ferraro\***

## Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale. - 2. La difficoltà di individuare con precisione le nozioni di sicurezza nazionale e/o pubblica. - 3. La giurisprudenza restrittiva della Corte di giustizia in tema di deroghe alla libertà di circolazione. - 4. Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e riservatezza dei dati personali. - 5. La difesa degli interessi strategici degli Stati membri per motivi di sicurezza pubblica. - 6. Le questioni puramente interne relative al temperamento equilibrato della sicurezza nazionale con i diritti fondamentali. - 7. Conclusioni.

**1.** Il tema della sicurezza nazionale o pubblica e del suo rapporto con il diritto dell'Unione è di grande attualità, non solo perché è al centro del dibattito politico di diversi Stati membri, ma anche in quanto interferisce con la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di cui diffusamente si discute nell'attuale fase di evoluzione dell'Unione.

Si tratta, infatti, di un tema trasversale che si intreccia con questioni di interesse generale dell'Unione, come la minaccia derivante dal terrorismo e

---

\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Napoli Federico II.

dalla criminalità organizzata ovvero l'efficace controllo dei flussi migratori, e si estende a problematiche nuove, come l'utilizzo *dual use* della rete e dei dati digitali, la sicurezza e la criminalità informatica, l'acquisizione da parte di Paesi terzi di imprese strategiche e così via.

Nell'ambito del diritto primario dell'Unione riscontriamo diversi riferimenti alla sicurezza nazionale o pubblica, che sono evidentemente connessi alla salvaguardia dei beni e delle libertà dei cittadini unitamente a quella dello Stato, in tutte le sue articolazioni, e dei suoi organi.

Il punto di partenza di una riflessione sulla sicurezza può essere costituito dall'art. 4 TUE, che contiene dei principi che garantiscono la eterogeneità delle normative nazionali, ma che si collocano pur sempre nel quadro e nel rispetto dell'Unione

<sup>1</sup>. In particolare, l'art. 4, par. 2, TUE ha focalizzato l'attenzione della dottrina sulla nozione di identità nazionale e sul suo controverso rapporto con il principio del primato<sup>2</sup>. Tuttavia, questo articolo ha anche riportato nelle disposizioni comuni – e, quindi, tra i valori e i principi - le competenze esclusive dello Stato sulla sicurezza nazionale che inerisce alla stessa identità di soggetto internazionale. La sicurezza nazionale è stata inserita nell'art. 4 TUE, vuoi per assicurare gli Stati membri dopo il fallimento del trattato costituzionale, vuoi per “compensare” gli Stati delle competenze attribuite all'Unione con l'abolizione dei pilastri. Il paragrafo 2 di questo articolo, fortemente voluto dal Regno Unito, afferma in modo espresso che la sicurezza nazionale resta di competenza esclusiva degli Stati, attribuendo a questa prerogativa nazionale una valenza generale, non circoscritta allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

L'unica competenza esclusiva degli Stati menzionata nei Trattati è richiamata anche da altre disposizioni di diritto primario, di cui ci limitiamo a segnalare le principali<sup>3</sup>.

Innanzitutto, le norme sulle quattro libertà fondamentali contengono delle deroghe alla libertà di circolazione fondate su motivi di sicurezza pubblica,

<sup>1</sup> Cfr. H. J. BLANKE, *Article 4 [The relations Between the EU and the Member States]*, in H. J. BLANKE – S. MANGIAMELI, *The Treaty on European Union (TEU)*, Berlin, 2013, p. 229.

<sup>2</sup> Cfr., *ex multis*, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d'integrazione europea*, Napoli, 2011; G. MARTINICO, *What Lies Behind Article 4(2) TEU?*, in A. SÁIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA, *National constitutional identity and european integration*, Cambridge, 2013, p. 93; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE, (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, p. 119; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017.

<sup>3</sup> Cfr. P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *DPCE*, n. 2, 2019, p. 5.

quali, ad es., l'art. 36 TFUE riguardante i divieti o restrizioni all'importazione e all'esportazione, l'art. 45, par. 3, TFUE in tema di libera circolazione dei lavoratori, l'art. 52, par. 1, TFUE sul diritto di stabilimento, l'art. 65, par. 1, lett. b) in materia tributaria.

Inoltre, in relazione alle materie della cooperazione di polizia e giudiziaria, assume rilevanza l'art. 276 TFUE, che ha escluso espressamente la competenza della Corte di giustizia sull'esercizio delle responsabilità incombenti sugli Stati per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna. Questa previsione fa il paio con quella, sempre contenuta nell'art. 276 TFUE, che ha limitato la competenza della Corte di giustizia sulle operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato, non consentendo il suo sindacato sulla loro validità e proporzionalità.

Viene poi in considerazione l'art. 346 TFUE, il quale legittima gli Stati membri, per un verso, a derogare alle regole del mercato interno, autorizzando, in particolare, gli Stati membri a non fornire informazioni la cui divulgazione sia considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza (lettera a) e, per altro verso, ad adottare specifiche misure ritenute necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni o materiale bellico (lettera b)<sup>4</sup>.

Vi sono altresì diverse previsioni sullo spazio di sicurezza, libertà e giustizia che menzionano la sicurezza degli Stati, come ad es. l'art. 72 TUE, secondo il quale le disposizioni del titolo V del TFUE non ostano all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

Peraltro, pur non essendo oggetto del presente lavoro, è di chiara evidenza lo stretto legame tra la competenza *sui generis* dell'Unione in tema di PESC e quella degli Stati membri sulla sicurezza nazionale, in quanto non si vede come la prima possa essere compiutamente realizzata senza produrre effetti sulla seconda<sup>5</sup>. La normativa degli Stati e quella dell'Unione tendono inevitabilmente a sovrapporsi, soprattutto in considerazione della dimensione sempre più transnazionale della criminalità e del terrorismo nonché della conseguente esigenza di definire e attuare una politica di sicurezza comune.

---

<sup>4</sup> Cfr. M. TRYBUS, L. R. A. BUTLER, *The internal market and national security: transposition, impact, and reform of the EU directive on intra-community transfers of defense products*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 403.

<sup>5</sup> F. TERPAN, *La CJUE et les marchés publics de défense: l'encadrement des intérêts nationaux de sécurité*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2016, p. 495.

In questo quadro variegato e complesso alcuni Stati sostengono che sarebbero liberi di limitare i diritti e libertà fondamentali, ad esempio in materia di immigrazione, terrorismo e di *privacy*, invocando motivi di sicurezza nazionale o pubblica. A tal riguardo, l'articolo 6 della Carta di Nizza potrebbe corroborare le rivendicazioni degli Stati membri, poiché enuncia il diritto di ogni persona alla libertà e, al tempo stesso, alla sicurezza. Pur essendo generalmente intesa come un completamento della libertà, la giurisprudenza più recente sembra aver attribuito un significato autonomo alla nozione di sicurezza<sup>6</sup>, ma non è chiaro se essa possa assurgere al rango di vero e proprio diritto fondamentale, visto che la sua interpretazione risulta alquanto controversa e problematica<sup>7</sup>.

Al di là del corretto significato del termine sicurezza contenuto nell'art. 6 della Carta, vi è la preoccupazione che, in assenza criteri certi e predeterminati, l'art. 4, par. 2 TUE venga utilizzato dagli Stati in modo arbitrario, determinando così un *vulnus* per il rispetto dei diritti e delle libertà individuali. Tanto più che alcuni giudici nazionali si mostrano talvolta riluttanti ad esprimersi in merito a misure di sicurezza intraprese dai governi degli Stati membri ed applicano soglie di tolleranza molto elevate in relazione ad atti che vengono considerati di natura *lato sensu* politica.

2. Un primo ordine di problemi riguarda la nozione di sicurezza nazionale e/o pubblica e la competenza a definirla correttamente<sup>8</sup>. Si può ritenere che sia devoluto alla Corte di giustizia il compito di stabilire i confini entro i quali gli Stati membri sono legittimati a ricondurre una misura nazionale nella nozione di sicurezza interna. Ciò in quanto gli ambiti di competenza esclusiva degli Stati membri non sfuggono al rispetto del diritto dell'Unione in situazioni che ricadono nel suo cono d'ombra. Al riguardo trova applicazione la distinzione tradizionale tra titolarità ed esercizio delle competenze, vale a dire che la titolarità della competenza sulla sicurezza rimane in capo agli Stati membri e non può essere messa in discussione dall'Unione, ma ciò non esclude che tali Stati nell'esercizio di questa competenza loro riservata siano tenuti a rispettare alcuni vincoli stabiliti dall'Unione. È chiaro poi che assumono rilevanza l'intensità del nesso e/o del collegamento nonché la norma o principio di diritto dell'Unione violata o che si sovrappone con la misura nazionale, ad

<sup>6</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293 e 594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, punto 42.

<sup>7</sup> F. ROSSI DAL POZZO, *Art. 6 TUE*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 104.

<sup>8</sup> S. PEERS, *National Security and European Law*, in *Yearbook of European Law*, 1999, p. 363.

esempio se si tratta di un diritto o principio fondamentale<sup>9</sup>. A ben vedere, la questione non sembra dissimile da quella che riscontriamo con riferimento all'autonomia procedurale degli Stati, all'attribuzione della cittadinanza nazionale o alla nozione di giurisdizione nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale, che sono nozioni definite dal diritto interno sotto il controllo della Corte di giustizia. In termini analoghi è stata impostata e risolta la questione della nozione di sicurezza nazionale. Invero, anche in questo ambito la Corte di giustizia ha definito dei criteri e dei principi che gli Stati membri sono tenuti a rispettare, finendo per circoscrivere la loro discrezionalità e, quindi, per "relativizzare" la loro autonomia.

Nondimeno, rimane un'ambiguità di fondo e una scarsa chiarezza sulla esatta qualificazione delle nozioni di sicurezza nazionale e pubblica, le quali talvolta vengono richiamate insieme, mentre altre volte isolatamente. Pur se la sicurezza nazionale e quella pubblica tendono a confondersi, si può ritenere che la prima sia una nozione prioritariamente legata allo Stato, a differenza della seconda che sembra evocare un concetto più generale<sup>10</sup>. Ma queste argomentazioni non le ritroviamo nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, invece, tiene distinte le nozioni di sicurezza da quella di ordine pubblico. Quest'ultima presuppone, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società.

Quanto alla nozione di "pubblica sicurezza", dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si ricava che tale nozione comprende il plesso di materie concernenti sia la sicurezza interna che quella esterna di uno Stato membro. La prima può essere pregiudicata da una minaccia per il funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché per la tranquillità e la sicurezza fisica della popolazione, mentre la seconda viene in rilievo in relazione al rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali, della coesistenza pacifica dei popoli o ancora degli interessi militari<sup>11</sup>. La Corte ha altresì statuito che la lotta contro il terrorismo e la criminalità legata al traffico di stupefacenti in associazione criminale sono comprese nella nozione di

---

<sup>9</sup> Cfr. M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 224 ss.

<sup>10</sup> In tal senso, l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), identifica la sicurezza nazionale con quella dello Stato, distinguendola dalla sicurezza pubblica.

<sup>11</sup> V., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia del 22 maggio 2012, causa C-348/09, I, punto 28.

pubblica sicurezza<sup>12</sup>. Un ulteriore tassello di questo complesso mosaico è rappresentato dal riconoscimento che la tutela della sicurezza nazionale risponde non solo a un obiettivo di interesse generale, ma contribuisce anche alla tutela dei diritti e delle libertà altrui<sup>13</sup>.

Al di là delle difficoltà insite nel chiarire la nozione di sicurezza nazionale, l'analisi della Corte si è fondata su una pluralità di indicazioni, le quali non risultano ancora del tutto esaustive. Vero è che l'assenza di una definizione unitaria di questa nozione consente un approccio flessibile alle nuove forme di rischio per la sicurezza, lasciando a ciascuno Stato membro il compito di valutare, alla luce della propria scala dei valori, gli interessi da tutelare. Resta ferma l'esigenza di sottoporre il comportamento degli Stati membri allo scrutinio della Corte di giustizia per evitare che la loro discrezionalità in materia di sicurezza si traduca in una violazione dei diritti e delle libertà fondamentali. In particolare, gli interessi degli Stati possono entrare in conflitto con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, quali, ad esempio, il rispetto della vita privata e familiare (art. 7), la protezione dei dati di carattere personale (art. 8), la libertà di espressione (art. 11). E le frizioni si possono manifestare anche con diritti fondamentali di carattere assoluto, quali la dignità umana (art. 1) e il divieto di trattamenti disumani e degradanti (art. 4), che non possono subire alcuna restrizione neppure in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita dell'Unione o dei suoi Stati membri.

**3.** Un ambito nel quale si è costantemente posto il problema della sicurezza nazionale è quello della libertà di circolazione delle persone e dei fattori di produzione. La Corte di giustizia ha costantemente interpretato in modo restrittivo le deroghe alla libera circolazione, ivi comprese quelle dettate da motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica<sup>14</sup>. Va qui precisato che queste due deroghe sono formalmente distinte, ma vengono generalmente considerate in modo unitario dalla giurisprudenza dell'Unione, in quanto è evidente la loro connessione.

Secondo le coordinate interpretative della Corte di giustizia, gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali – che possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra – le regole di ordine pubblico e pubblica sicurezza, specie laddove autorizzino una deroga al principio fondamentale della libera

<sup>12</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2018, causa C-82/16, *K.A. e a.*

<sup>13</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J. N.*, punto 53.

<sup>14</sup> A. ALÌ, *Divieto di ingresso ed espulsione dello straniero dal territorio dello Stato per motivi di terrorismo: la sicurezza nazionale nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in F. CORTESE, G. PELACANI, (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Trento, 2017, p. 519.

circolazione delle persone, ma la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione.

Le misure fondate su motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza devono essere adottate esclusivamente quando risulta, sulla base di una valutazione caso per caso da parte delle autorità nazionali competenti, che il comportamento individuale del soggetto in questione rappresenti realmente una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società.

Le disposizioni di diritto dell'Unione sulla tutela degli interessi essenziali di sicurezza nazionale non possono essere interpretate nel senso di conferire agli Stati membri il potere di derogare agli obblighi di diritto dell'Unione su di essi gravanti mediante un mero richiamo a tali interessi. Grava invece sugli Stati membri l'onere di provare in maniera circostanziata quali interessi di sicurezza nazionale siano nello specifico coinvolti e in che misura l'adempimento di determinati obblighi di diritto dell'Unione contrasterebbe con essi. Così, lo Stato membro che invoca il beneficio delle deroghe in parola deve dimostrare la necessità di farvi ricorso per tutelare gli interessi essenziali ai fini della propria sicurezza.

In sostanza, è opportuno, in considerazione della gravità della minaccia riscontrata e in funzione del grado di coercizione della misura preventiva adottata, ponderare di volta in volta l'intensità della deroga in rapporto alla gravità del pericolo.

Con specifico riferimento allo Stato italiano, è stato accertato il suo inadempimento agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione per aver unilateralmente esentato da dazi doganali l'importazione di materiali utilizzabili a fini tanto civili che militari e per aver rifiutato di calcolare e versare le risorse proprie indebitamente non percepite a causa di tale esenzione<sup>15</sup>. Questa sentenza rappresenta un esempio paradigmatico del fatto che spetta agli Stati membri «stabilire le misure adeguate per garantire la loro sicurezza interna ed esterna, adottare le decisioni relative all'organizzazione delle loro forze armate», ma ciò non significa che «siffatte decisioni debbano esulare del tutto dall'ambito di applicazione del diritto comunitario»<sup>16</sup>. Ed invero, il riconoscimento in favore degli Stati membri di una riserva assoluta e generale per qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dai Trattati,

---

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2009, causa C-387/05, *Commissione/Italia*, punto 45.

<sup>16</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 1999, causa C-273/97, *Sirdar*, punto 15; dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, punto 15.

rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione<sup>17</sup>. Queste affermazioni di principio sono rimaste invariate successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sono state ribadite anche in relazione alle misure di allontanamento e al diniego di ingresso e, più in generale, in tema di immigrazione<sup>18</sup>.

La questione si è posta, ad esempio, con specifico riferimento ad uno Stato che invoca esigenze di sicurezza per rifiutarsi di comunicare ad un cittadino dell'Unione i motivi alla base dell'adozione di una misura di allontanamento nei suoi confronti. La Corte ha chiarito che si violerebbe il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva se si ponessero a base di una decisione giudiziaria circostanze e documenti di cui le parti stesse (o una di esse) non abbiano avuto conoscenza e sui quali non abbiano, conseguentemente, potuto esprimersi. Nel contempo, il giudice lussemburghese ha riconosciuto che vi possono essere delle ipotesi eccezionali che legittimano un'autorità nazionale ad opporsi alla comunicazione all'interessato della motivazione circostanziata e completa alla base di una decisione adottata a norma di una direttiva, invocando ragioni attinenti alla sicurezza dello Stato. In tali ipotesi, tuttavia, il giudice competente dello Stato membro interessato deve essere in grado di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza dello Stato, quanto alla natura e alle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare la decisione di cui trattasi, con la necessità di garantire adeguatamente al soggetto interessato il rispetto dei suoi diritti processuali, quali il diritto di esporre la propria difesa e il principio del contraddittorio.

La Corte di giustizia è stata chiamata recentemente a pronunciarsi in merito all'art. 346 TFUE in relazione all'affidamento diretto ed esclusivo ad un'impresa, soggetto prima pubblico e poi privatizzato, della produzione di documenti ufficiali, quali ad esempio, passaporti, carte d'identità. La sentenza si pone in linea di continuità con la giurisprudenza restrittiva dell'Unione, se si considera che la Corte ha escluso che le misure di sicurezza, segnatamente l'esigenza di garantire la autenticità dei documenti ufficiali e la lotta contro i tentativi di contraffazione, possano giustificare l'esenzione dalle procedure concorsuali per l'aggiudicazione degli appalti relativi alla produzione dei suddetti documenti<sup>19</sup>.

Pertanto, rappresenta un punto fermo nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo il principio secondo cui non è sufficiente invocare le ragioni di

---

<sup>17</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2013, causa C- 300/11, *ZZ*, punto 38.

<sup>19</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, causa C-187/16, *Commissione/Austria*.



Stato a tutela degli interessi della comunità nazionale per sottrarsi all'applicazione del diritto dell'Unione, giacché è richiesto uno standard probatorio piuttosto elevato, che consiste nel dimostrare la minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'integrità nazionale<sup>20</sup>. Un *caveat* è però d'obbligo per impedire un utilizzo improprio delle deroghe alle regole generali: motivi di pubblica sicurezza (e di ordine pubblico) non possono essere invocati per l'esigenza di prevenire la contrazione del gettito fiscale<sup>21</sup>, né, più in generale, per ragioni economiche<sup>22</sup>, le quali non giustificano una restrizione alle libertà fondamentali.

4. Particolari criticità che hanno attirato l'attenzione della dottrina si sono recentemente manifestate nel campo della riservatezza dei dati personali, considerato che la loro tutela deve essere contemperata con le esigenze di sicurezza nazionale<sup>23</sup>.

La tensione tra queste diverse esigenze è alla base della nota sentenza *Schrems*<sup>24</sup>, che ha posto in discussione il sistema statunitense e le regole imposte dalla decisione di adeguatezza (c.d. approdo sicuro) adottata dalla Commissione europea al fine di permettere i trasferimenti dei dati dell'Unione verso un sistema, come quello statunitense, privo di una legge generale sulla protezione dei dati.

Questa decisione non ha superato il *test* di proporzionalità e di necessità, poiché un sistema che consente l'accesso generalizzato, continuo e indiscriminato per motivi di sicurezza nazionale è contrario alla tutela della *privacy*. Ad avviso del giudice dell'Unione, devono essere previsti limiti e condizioni chiare, precise e prevedibili nell'accesso e nell'uso dei dati

---

<sup>20</sup> V., in tal senso, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione/Italia*, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>21</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 gennaio 2009, causa C-318/07, *Persche*, punto 46.

<sup>22</sup> Le motivazioni economiche non costituiscono esigenze imperative di interesse generale che possano essere fatte valere per giustificare una restrizione alle libertà fondamentali (sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2011, causa C-212/08, *Zeturf*, punto 52).

<sup>23</sup> S. CRESPI, *Sicurezza nazionale e diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza UE in materia di tutela dei dati personali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2017, p. 983 ss.; M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, p. 23.

<sup>24</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Schrems*. Cfr. S. PEYROU, *La Cour de justice de l'Union européenne, à l'avant-garde de la défense des droits numériques*, in *Journal dr. eur.*, 2015, p. 395; L. AZOULAI - M. VAN DER SLUIS, *Institutionalizing personal data protection in times of global institutional distrust: Schrems*, in *Comm. market law rev.*, 2016, p. 1343 ss.; M. NINO, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2016, p. 755.

personali da parte delle autorità di intelligence e delle altre autorità nonché rimedi processuali effettivi per opporsi all'utilizzo abusivo di questi dati.

È chiaro che questi limiti e condizioni relativi al trasferimento dei dati al di fuori dell'Unione europea si estendono anche agli Stati membri, in quanto risulterebbe contraddittorio e irragionevole richiedere obblighi alle autorità degli Stati terzi e non a quelle degli Stati membri<sup>25</sup>. Tanto più che questi obblighi sono stati coerentemente richiesti anche alle istituzioni dell'Unione nell'adozione di atti in materia di terrorismo che, evidentemente, coinvolgono la sicurezza nazionale. Basti pensare, ad esempio, alla giurisprudenza *Kadi*<sup>26</sup>, la quale ha messo in chiara evidenza che i regolamenti dell'Unione che danno attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza non possono beneficiare di una immunità giurisdizionale. Nell'ambito di quella che viene definita un'Unione di diritto il controllo giurisdizionale di qualsiasi atto dell'Unione assume una valenza di garanzia costituzionale.

Nel contempo, vengono in rilievo le garanzie previste per i singoli diritti della Carta di Nizza e la clausola limitativa generale dell'art. 52 in base alla quale eventuali restrizioni dei diritti e delle libertà garantite dalla Carta devono essere previste dalla legge, rispettare il contenuto essenziale di tali diritti nonché, in conformità al principio di proporzionalità, risultare necessarie e rispondenti effettivamente a finalità di interesse generale dell'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

L'art. 52 ed altri articoli della Carta hanno trovato applicazione nelle sentenze *Digital Rights* e *Tele2 (Watson)*, nelle quali la Corte ha essenzialmente imposto dei limiti analoghi a quelli della sentenza *Schrems*, segnatamente, il rispetto dei principi di proporzionalità e necessità<sup>27</sup>. Nell'arresto *Digital Rights* la Corte del *Kirchberg* ha sottolineato la gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali discendente dalla direttiva 2006/24, che «riguarda in maniera generale qualsiasi persona e qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica nonché l'insieme dei dati relativi al traffico senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi»<sup>28</sup>. La Corte di giustizia si è pronunciata anche sull'altro limite contenuto nell'art. 52, par. 1, della Carta, che impone di salvaguardare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali della Carta. Questo obbligo,

---

<sup>25</sup> Cfr. C. KRUNER, *Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post Schrems*, in *German Law Journal*, 2017, p. 881.

<sup>26</sup> Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2010, causa T-85/09, *Kadi/Commissione*; Corte di giustizia, sentenza del 18 giugno 2013, cause riunite C-584, 593 e 595/10 P, *Commissione e a./Kadi*.

<sup>27</sup> Cfr. S. CRESPI, *The Applicability of Schrems Principles to the Member States: National Security and Data Protection within the EU Context*, in *European Law Review*, 2018, 43(5), p. 669.

<sup>28</sup> Sentenza *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cit., punto 57.

eloquentemente definito come un “limite dei limiti”<sup>29</sup>, trova applicazione in relazione non solo al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, ma a qualsiasi possibile restrizione all’esercizio dei diritti fondamentali. A tal proposito, la Corte dell’Unione ha escluso che la direttiva 2006/24 sia idonea a pregiudicare il contenuto essenziale del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, considerato che essa obbliga i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione a rispettare taluni principi di protezione e di sicurezza dei dati, che assicurano l’adozione di adeguate misure tecniche e organizzative contro la distruzione accidentale o illecita, la perdita o l’alterazione accidentale dei dati<sup>30</sup>.

Sulla stessa scia si colloca la successiva sentenza *Tele 2*, nella quale il giudice lussemburghese ha messo in risalto che deve sussistere un collegamento tra i dati da conservare e l’obiettivo perseguito della lotta alla criminalità grave (criminalità organizzata e terrorismo)<sup>31</sup>. La limitazione della riservatezza deve rispondere a criteri oggettivi e deve essere interpretata in modo restrittivo, evitando che la vita delle persone costituisca l’oggetto di una sorveglianza continua.

Vero è che bisogna fare i conti con il terrorismo e con la difficoltà di indentificare le potenziali minacce messe in atto da individui che non sono soggetti ad indagini. Per tale motivo occorre distinguere, sebbene il *discrimen* non risulti sempre agevole, i dati personali trattati direttamente nell’ambito delle attività di natura sovrana dello Stato in un settore rientrante nel diritto penale, quali i dati trattati dalle autorità di polizia o giudiziarie al fine di ricercare gli autori di reati (ad esempio, i dati raccolti e analizzati durante un’intercettazione di conversazioni telefoniche effettuata da agenti di polizia su richiesta di un giudice istruttore), dai dati utilizzati nell’ambito delle attività di natura commerciale.

Con riferimento a quest’ultimo profilo, diverse direttive sulle comunicazioni elettroniche prevedono un elenco tassativo degli obiettivi che possono giustificare deroghe alla riservatezza dei dati personali, in quanto l’accesso delle autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche costituisce un’ingerenza nei diritti fondamentali al

---

<sup>29</sup> I. DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, Obras Completas, Oviedo, 2010, 1471. V. anche P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell’Unione europea, problemi interpretativi posti dall’art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione europea*, Milano, 2002, p. 127.

<sup>30</sup> Sentenza *Digital Rights*, cit. punto 40.

<sup>31</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, causa C-203/15, *Tele2 Sverige*. Cfr. X. BRÉCHOT, *Clap de fin pour la conservation généralisée des données de connexion en Europe?*, in *Revue de l’Union européenne*, 2017, p. 178.

rispetto della vita privata (art. 7 della Carta) e alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta)<sup>32</sup>.

Per quanto concerne invece le attività sovrane dello Stato, soltanto la lotta contro la criminalità organizzata o il terrorismo legittimano un accesso ai dati personali tale da consentire di trarre conclusioni precise sulla vita delle persone, sicché viene naturale domandarsi quale ingerenza sia possibile per i reati meno gravi.

La giurisprudenza della Corte di giustizia finora esaminata fornisce una risposta a questo interrogativo nel senso che quanto più grave è il reato tanto maggiore può essere l'ingerenza nei diritti fondamentali e viceversa. Invero, è stata utilizzata la nozione di gravità quale criterio di verifica della finalità e della proporzionalità della misura di sicurezza.

Un ulteriore chiarimento è stato fornito dalla sentenza della Corte di giustizia resa nella causa *Ministerio Fiscal*, che non riguarda una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, bensì un accesso da parte delle autorità competenti per le esigenze di un'indagine penale<sup>33</sup>. Senonché, la Corte ha evidenziato che un'ingerenza non grave può essere giustificata da un obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un reato in generale, come può essere una rapina. L'accesso delle autorità pubbliche ai dati che mirano all'identificazione dei titolari di carte sim attivate con un cellulare rubato (cognome, nome, indirizzo) comporta un'ingerenza nei diritti fondamentali che non presenta una tale gravità da doverne limitare l'accesso. Questa sentenza non ha sentito l'esigenza di definire il significato di "reato grave" viste le notevoli differenze tuttora esistenti tra i sistemi penali nazionali, ritenendo verosimilmente che sia devoluto agli Stati membri il compito di determinare questa nozione, sia pure sotto il controllo della Corte di giustizia al fine di evitare che sia intesa in modo eccessivamente ampio<sup>34</sup>.

È il caso di aggiungere che i principi elaborati dalla giurisprudenza in merito al rapporto tra diritto dell'Unione e sicurezza nazionale non sono stati

---

<sup>32</sup> V., ad esempio, la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002. La Corte ha affermato in proposito che «Per quanto riguarda gli obiettivi idonei a giustificare una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che disciplina l'accesso delle autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche e che derogano pertanto al principio della riservatezza delle comunicazioni elettroniche, occorre ricordare che l'elenco degli obiettivi di cui all'articolo 15, paragrafo 1, primo periodo, della direttiva 2002/58 ha carattere tassativo, di modo che tale accesso deve rispondere in modo effettivo e rigoroso ad uno di questi obiettivi» (sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, punto 52).

<sup>33</sup> Sentenza *Ministerio Fiscal*, sopra citata.

<sup>34</sup> In tal senso, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, del 3 maggio 2018, causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*.

ancora “metabolizzati” da alcuni Stati. Lo dimostra il fatto che pende dinanzi alla Corte di giustizia una causa pregiudiziale che riguarda la raccolta di dati di comunicazione di massa da parte delle agenzie di sicurezza e di intelligence del Regno Unito, i cui giudici, pur avvicinandosi la *Brexit*, hanno ritenuto necessario rivolgersi alla Corte per chiarire su quali basi il diritto dell’Unione possa applicarsi ai servizi di sicurezza nazionale<sup>35</sup>.

Ad avviso del giudice, la controversia presenterebbe delle differenze significative rispetto al contesto delle cause che hanno dato origine alla sentenza *Tele 2*. In quest’ultima si trattava dell’obbligo imposto ad un operatore pubblico delle telecomunicazioni di conservare i dati commerciali e, in caso di necessità, di metterli a disposizione delle autorità di intelligence e di sicurezza. Nel caso *Privacy International*, invece, viene in rilievo la normativa nazionale che impone agli operatori di trasmettere i dati delle comunicazioni alle agenzie di intelligence affinché questi dati siano sotto la loro custodia. Le autorità pubbliche chiedono di non applicare i principi espressi in via pretoria, in particolare quelli contenuti nella sentenza *Tele2*, poiché sostengono che questo trasferimento dei dati per proteggere la sicurezza nazionale sia un’attività esclusa dall’ambito di applicazione dell’Unione ai sensi dell’art. 4 TUE (e dell’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2002/58/CE). Ciò nonostante, è difficilmente ipotizzabile che la Corte di giustizia possa discostarsi dal suo orientamento ormai consolidato a tutela di un contemperamento equilibrato tra i valori fondamentali dell’Unione e le politiche securitarie degli Stati.

**5.** Da quanto evidenziato si ricava che la sicurezza nazionale e il diritto dell’Unione non possono essere considerati in modo autonomo e distinto, giacché spesso sono strettamente connessi e talvolta entrano anche in conflitto.

L’analisi finora condotta potrebbe essere estesa al tema della difesa degli interessi strategici degli Stati membri, visto che l’acquisizione di imprese nazionali da parte di imprese straniere, specie se controllate da Stati terzi, può incidere sulla sicurezza e l’ordine pubblico. Ad esempio, la sicurezza pubblica rientra nell’ambito degli interessi generali che giustificano le interferenze degli Stati membri nella competenza della Commissione sul controllo delle concentrazioni. Per la precisione, la normativa dell’Unione consente ai Paesi dell’Unione di adottare gli opportuni provvedimenti per tutelare la sicurezza pubblica, purché siano compatibili con i principi generali e le altre

---

<sup>35</sup> Causa C-623/17, *Privacy International / Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs e a.* V. anche la causa C-520/18, *Ordre des barreaux francophones e germanophone e a.*, che si trova pure *sub judice* dinanzi alla Corte di giustizia.

disposizioni dell'Unione<sup>36</sup>. Per tale motivo il governo inglese ha impedito la comunicazione alla Commissione delle informazioni di una concentrazione concernenti le attività di un'impresa costruttrice di sottomarini atomici<sup>37</sup>.

È chiaro che uno Stato membro non può fare ricorso al principio di reciprocità né, più in generale, può farsi giustizia da sé, adottando misure unilaterali di carattere correttivo o di difesa, in quanto è necessario fare affidamento sui rimedi, giurisdizionali e non giurisdizionali, messi a disposizione dal diritto dell'Unione per contestare l'inadempimento degli altri Paesi agli obblighi dell'Unione<sup>38</sup>.

Gli Stati membri hanno, invece, una maggiore libertà di azione nei confronti di Stati terzi, visto che i vincoli e gli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione sono più deboli di quelli che invece sussistono nei rapporti con altri Stati membri. Ed è per questo che diversi Paesi dell'Unione hanno adottato misure particolarmente restrittive in relazione agli investimenti di Stati terzi, anche mediante i c.d. fondi sovrani, per l'acquisizione di imprese nazionali, in quanto queste attività possono avere delle conseguenze negative per l'ordine e la sicurezza pubblica<sup>39</sup>. In effetti, l'esimente per motivi di sicurezza nazionale può trovare piena applicazione nei confronti di soggetti non appartenenti a Paesi dell'Unione europea, a condizione che siano rispettate le previsioni contenute nei Trattati internazionali, in specifiche convenzioni cui lo Stato che solleva l'eccezione aderisce o in atti dell'Unione. Si noti, in particolare, che l'applicazione delle misure di sicurezza relative agli investimenti di Stati terzi può risultare necessaria per tutelare esigenze di interesse generale tanto degli Stati membri quanto dell'Unione nel suo insieme.

In questa prospettiva e con specifico riferimento agli investimenti esteri diretti che possono incidere sulla sicurezza e sull'ordine pubblico, è stato recentemente adottato il regolamento 2019/452<sup>40</sup>, che ha istituito un meccanismo di cooperazione e di assistenza reciproca tra gli Stati membri,

---

<sup>36</sup> Art. 21, par. 4, del regolamento n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GUUE L 24 del 29.01.2004, pag. 1. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2004, causa C-42/01, *Repubblica portoghese/Italia*.

<sup>37</sup> Decisione 5 dicembre 1994, COMP/M.529, *GEC/VSEL*. Cfr. A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, p. 401.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1976, 52/75, *Commissione/Italia*, punto 11; sentenza del 2 febbraio 1989, 186/87, *Cowan*, punto 12 e ss.

<sup>39</sup> R. MAGLIANO, *Tutela degli interessi strategici e controllo degli investimenti esteri diretti: la proposta di regolamento delle istituzioni europee*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3, 2018, p. 699 ss.

<sup>40</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

con il coinvolgimento della Commissione europea<sup>41</sup>. Ciò si traduce in un'evoluzione della *governance* degli investimenti esteri che possono mettere a repentaglio la sicurezza e l'ordine pubblico. Tuttavia, il quadro comune degli investimenti esteri diretti istituito dal nuovo regolamento non pregiudica la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, secondo quanto previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, né «il diritto degli Stati membri di tutelare gli interessi essenziali della propria sicurezza conformemente all'articolo 346 TFUE» (art. 1, par. 2, regolamento 2019/452), così come non viene meno «il diritto di ciascuno Stato membro di decidere se controllare o meno un particolare investimento estero diretto nel quadro del presente regolamento» (art. 1, par. 3, regolamento 2019/452).

Questa breve parentesi sulla difesa di settori strategici minacciati dagli investimenti esteri rappresenta un'ulteriore dimostrazione dell'ampiezza e della pervasività del tema della sicurezza nonché della difficoltà di definirne con precisione i confini.

**6.** In presenza di una questione puramente interna priva di collegamento con il diritto dell'Unione, i soggetti interessati non rimarrebbero senza tutela per difendersi dalle ingiustificate misure restrittive adottate dagli Stati membri.

In primo luogo, potrebbe venire in rilievo in casi eccezionali l'art. 7 TUE, il cui ambito di applicazione è più ampio di quello del ricorso per infrazione, poiché non è limitato al diritto dell'Unione, bensì si estende anche ai settori di autonoma competenza di un Paese membro, purché lo Stato di diritto e i valori dell'art. 2 TUE siano in pericolo. Vale a dire che l'art. 7 TUE potrebbe essere preso in considerazione, almeno in linea di principio, per ristabilire nelle questioni puramente interne un giusto equilibrio tra esigenze securitarie e tutela dei valori fondamentali.

Nondimeno, la procedura prevista dall'art. 7 TUE non è nella disponibilità dei singoli, persone fisiche e giuridiche, in quanto è attivata su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione. Peraltro, sono ben noti i limiti di questo articolo, che finora si è rilevato poco efficace e non facilmente utilizzabile, in considerazione della complessità della procedura, della sua natura essenzialmente politica e delle

---

<sup>41</sup> Il nostro Paese prevede già l'esercizio di poteri speciali da parte del Governo (c.d. *golden power*) in relazione alle operazioni che riguardano i settori della difesa e della sicurezza nazionale nonché taluni ambiti di attività definiti di rilevanza strategica (energia, trasporti e comunicazioni). La disciplina nazionale del *golden power* dovrà ora conformarsi alle prescrizioni dettate dal regolamento 2019/452.

elevate maggioranze richieste in seno al Consiglio e al Consiglio europeo. Parimenti, non ha dato i suoi frutti la Comunicazione dell'11 marzo 2014<sup>42</sup>, che si colloca nell'ambito del nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto e si propone di adottare lo strumento, alquanto blando, della persuasione politica. Analoghi limiti presenta l'iniziativa in materia di "democrazia, Stato di diritto, diritti fondamentali", che trae origine da una risoluzione del Parlamento europeo e contiene una raccomandazione alla Commissione per la conclusione di un accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, finalizzato all'adozione di procedure di monitoraggio sul rispetto dei valori fondamentali dell'Unione sanciti dall'art. 2 TUE<sup>43</sup>.

Ben più efficaci sono le misure contemplate nella "proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri"<sup>44</sup>, che comprendono la sospensione e la riduzione dei finanziamenti dell'Unione o il divieto della conclusione di nuovi impegni con categorie specifiche di destinatari. Una delle novità più significative di questa proposta per facilitare l'adozione dei provvedimenti sanzionatori è rappresentata dal ricorso al sistema del voto a maggioranza qualificata inversa, che consiste nel fatto che la decisione della Commissione si considera adottata dal Consiglio, a meno che quest'ultimo decida, a maggioranza qualificata, di respingerla. Sta di fatto che non sarà di certo agevole portare a compimento questa interessante riforma, considerato che gli Stati hanno finora manifestato posizioni diverse tra loro.

---

<sup>42</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, "Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto", Strasburgo, 11.3.2014 (COM(2014) 158 final). Cfr. G. CAGGIANO, *Dialogo sullo stato di diritto negli Stati membri dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 513 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in *Eurojus.it*, 2017; C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento attiva l'art. 7 par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando, per tutelare lo "Stato di diritto", si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2018; P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2017; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE Online*, n. 1, 2019, p. 19 ss.; A. VON BOGDANDY, M. IOANNADIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.

<sup>43</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, (2015/2254(INL)).

<sup>44</sup> COM(2018) 324 final, 2018/0136 (COD), del 2 maggio 2018.



In secondo luogo, in presenza di una questione puramente interna gli Stati membri dovrebbero comunque conformarsi, oltre alle norme costituzionali, ai limiti convenzionali, i quali impediscono una “corsa al ribasso” nella tutela dei diritti fondamentali.

Vi sono diversi strumenti a livello internazionale che circoscrivono il raggio d’azione delle politiche nazionali sulla sorveglianza di massa e sul controllo dell’integrità nazionale, ma è nell’ambito della CEDU che si rinvergono principi analoghi a quelli elaborati dalla Corte di giustizia. Anzi, spesso le due Corti europee vengono chiamate a pronunciarsi sulle medesime problematiche inerenti all’esigenza di una ponderazione tra la preoccupazione legittima di preservare la sicurezza pubblica e quella, non meno fondamentale, che chiunque possa godere di un livello elevato di protezione della sua vita privata e dei propri dati.

Tanto premesso, le spiegazioni della Carta chiariscono che i diritti di libertà e sicurezza di cui all’articolo 6 della Carta corrispondono a quelli garantiti dall’articolo 5 della CEDU, del quale, ai sensi dell’articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata. In realtà, la consolidata giurisprudenza della Corte EDU ha interpretato in modo unitario libertà e sicurezza ritenendo quest’ultima strumentale alla prima<sup>45</sup>, a differenza della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha iniziato a considerare in modo autonomo il concetto di sicurezza<sup>46</sup>. A prescindere dal concetto di sicurezza e dal suo rapporto con la libertà, la Corte EDU ha escluso che gli Stati abbiano “carta bianca”, in relazione all’articolo 5 della CEDU, per arrestare e mettere in stato di fermo dei sospettati, in assenza di controllo effettivo da parte dei tribunali interni<sup>47</sup>, pur riconoscendo che i reati di terrorismo sollevano dinanzi alle autorità nazionali dei problemi complessi da risolvere<sup>48</sup>.

Più in generale, la giurisprudenza della Corte EDU ha messo in risalto il corretto bilanciamento che deve sussistere tra la sicurezza nazionale e la tutela dei diritti fondamentali delle persone, ponendo una particolare enfasi sul rispetto del principio di proporzionalità. Quando il diritto invocato ai sensi della CEDU non è assoluto, ma è soggetto a limitazioni espressamente sancite dalla Convenzione o definite dalla giurisprudenza della Corte EDU, si pone la questione di valutare correttamente la proporzionalità dell’ingerenza. L’ulteriore insegnamento che si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU

---

<sup>45</sup> M. GIALUZ, P. SPAGNOLO, *Art. 5 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 107 ss.

<sup>46</sup> Sentenza *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, cit., punto 42.

<sup>47</sup> Corte EDU, 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99.

<sup>48</sup> Corte EDU, 28 ottobre 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, ricorso n. 14310/88, § 58.

è che le misure restrittive adottate in nome delle esigenze di sicurezza pubblica (e di ordine pubblico) non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica<sup>49</sup>. A fronte di una copiosa giurisprudenza, ci limitiamo a segnalare, senza alcuna pretesa di completezza e di approfondimento, alcune sentenze che si sono soffermate sui criteri da applicare per giudicare se una misura nazionale sia necessaria in una società democratica e proporzionata allo scopo di proteggere la sicurezza nazionale.

Eloquenti al riguardo sono le sentenze *Zakharov c. Russia* e *Szabò e Vissy c. Ungheria*, con le quali la Corte di Strasburgo ha condannato il governo russo e quello ungherese che avevano violato l'art. 8 della CEDU per ragioni di sicurezza, non stabilendo alcun limite alle intercettazioni e alla procedura da seguire, non indicando i casi in cui le autorità fossero obbligate a distruggere i dati e non prevedendo una autorità giurisdizionale indipendente per accertare le violazioni<sup>50</sup>. In particolare, la Corte di giustizia ha richiamato più volte la sentenza della Corte EDU *Zakharov*<sup>51</sup>, che ha giudicato ragionevole la durata massima di conservazione dei dati, pari a sei mesi, stabilita dal diritto russo, ma ha considerato non giustificata, alla luce dell'art. 8 CEDU, l'assenza di un obbligo di distruggere immediatamente i dati privi di interesse e senza alcuna relazione con lo scopo per il quale sono stati raccolti.

Inoltre, ha avuto grande eco il c.d. “*Datagate*”, nato dalle rivelazioni di un ex consulente della *National Security Agency* americana in merito all'esistenza e al funzionamento di programmi di sorveglianza di massa condotti dal governo statunitense e da alcuni Stati europei, che ha messo in discussione il sistema di intercettazioni disposto dalle autorità britanniche<sup>52</sup>. La Corte EDU ha riconosciuto che le intercettazioni di massa non sono di per sé contrarie all'art. 8 CEDU, in ragione delle esigenze di sicurezza nazionale, così come ha legittimato il regime di condivisione dei dati di *intelligence* tra il Regno Unito e altri Stati. La Corte EDU ha condannato, invece, l'assenza di supervisione da parte di un organo indipendente in merito all'utilizzo dei filtri e dei criteri di ricerca delle comunicazioni da intercettare, e la mancanza di una protezione efficace contro il rischio di abusi.

---

<sup>49</sup> I. CAMERON, *National Security and the European Convention of Human Rights*, The Hague, 2000; V. MILITIELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018.

<sup>50</sup> Corte EDU, *Roman Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015, ricorso n. 47143/06; *Szabo e Vissy c. Ungheria*, 12 gennaio 2016, ricorso n. 37138/14.

<sup>51</sup> Corte EDU, *Roman Zakharov c. Russia*, cit., §§ 254 e 255.

<sup>52</sup> Corte EDU, 13 settembre 2018, *Big Brother Watch e altri v. Regno Unito*, ricorsi nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15.

Vale la pena di ricordare, infine, la sentenza *Cherif*, che appare particolarmente sensibile alla necessità di assicurare la tutela contro la minaccia terroristica, nella parte in cui afferma, ai fini della valutazione della legittimità di un provvedimento nazionale di espulsione ai sensi dell'art. 8 CEDU, che il percorso delinquenziale di uno straniero può essere di gravità tale che «le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale hanno la meglio sugli interessi della famiglia»<sup>53</sup>.

7. In conclusione, possiamo fare qualche riflessione sulla questione centrale delle possibili implicazioni delle misure nazionali in tema di sicurezza sui diritti umani. Difatti, in un quadro di legittime preoccupazioni, è stata ipotizzata una rivisitazione delle concettualizzazioni tradizionalmente utilizzate nell'ambito delle discipline penalistiche alla luce di un mutato rapporto tra esigenze di sicurezza degli Stati e tutela dei diritti individuali, al fine di consentire a uno Stato di approntare, contro la minaccia terroristica, strumenti giuridici di contrasto non soltanto eccezionali, ma anche estranei alla ordinaria tutela penale. Ci si interroga, cioè, fino a quale punto un ordinamento giuridico possa continuare a riconoscere determinati diritti ai terroristi, se ciò comporta una diminuzione della risposta preventiva e repressiva di sicurezza. Una problematica che, specialmente negli Stati Uniti, dopo gli eventi dell'11 settembre 2001, e in Francia, dopo gli ultimi attentati, ha portato ad un irrigidimento delle misure di sicurezza in alcuni Paesi, con conseguente restringimento di alcuni diritti costituzionali, se non in via legislativa quantomeno in chiave interpretativa. Un cambiamento che ha iniziato ad intravedersi anche nel nostro Paese, con l'adozione del decreto-legge del 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. Decreto sicurezza) e del decreto-legge del 14 giugno 2019, n. 53 (c.d. Decreto sicurezza *bis*), che contengono misure restrittive alquanto eterogenee e perseguono differenti finalità, pur essendo nominalmente ispirate dall'esigenza comune di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica<sup>54</sup>.

È chiaro che la nozione di sicurezza nelle sue varie declinazioni e le priorità stabilite da ciascun ordinamento nazionale possono evolversi nel tempo e tener conto del cambiamento della criminalità nonché delle trasformazioni della società e delle nuove esigenze nazionali. Tuttavia, nei confronti di pericolose derive, come quella che si rifà alla teoria del diritto penale del

---

<sup>53</sup> Corte EDU, 7 aprile 2009, *Cherif ed altri c. Italia*, ricorso n. 1860/07, § 66.

<sup>54</sup> Cfr. G. CAGGIANO, *Le recenti modifiche della legge "Salvini" su immigrazione e asilo nella prospettiva del diritto dell'Unione europea e della CEDU*, in *I Post di Aisdue*, vol. I, sezione "Articoli", n. 1, 2019.

nemico<sup>55</sup>, l'Unione europea rappresenta un argine, in quanto fornisce delle garanzie e delle limitazioni al fine di preservare i valori primari e identitari a tutela della persona in quanto tale. Si tratta di valori sui quali si fonda la costruzione europea, che devono necessariamente essere salvaguardati e condivisi da tutti i soggetti dell'Unione (istituzioni e organi dell'Unione, Stati e singoli), con un impegno unitario e rigoroso a circoscrivere eccezioni e deroghe sia pure per ragioni meritevoli della massima attenzione.

---

<sup>55</sup> M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 6 ss.

## **ABSTRACT**

*Brief notes on the exclusive competence of Member States in matters of national security*

The article deals with the topic of the relationship between national security and EU law, as well as the delicate balance between them, with particular regard to the free movement of persons, respect for private life and the protection of personal data, and the screening of foreign direct investments. Although the matter in question is an exclusive competence of the Member States, it is difficult to clearly define the boundaries within which this jurisdiction should be exercised. The Court of Justice has played a pivotal role by stating, on several occasions, that the exercise of a competence reserved solely for Member States must still take place in compliance with EU law, in particular with the Charter of Fundamental Rights. Nevertheless, the paper points out that of late, the legitimate needs of national security risk endangering and freedoms protected at European level.

*Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*

L'articolo si occupa del tema del rapporto tra sicurezza nazionale e diritto dell'UE, nonché del loro delicato equilibrio, con particolare riguardo alla libertà di circolazione delle persone, al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali, e al controllo degli investimenti esteri diretti. Sebbene la sicurezza sia di competenza esclusiva degli Stati membri, risulta difficile definire chiaramente i confini entro i quali debba essere esercitata. La Corte di giustizia ha svolto un ruolo fondamentale, precisando, in diverse occasioni, che l'esercizio di una competenza riservata agli Stati membri deve realizzarsi nel rispetto del diritto dell'UE, in particolare della Carta dei diritti fondamentali. Nondimeno, il lavoro evidenzia che di recente le esigenze legittime di sicurezza nazionale rischiano di mettere in pericolo i diritti e le libertà tutelati a livello europeo.