



# I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee



*Volume a cura di: Giorgio Lattanzi, presidente della Scuola superiore della magistratura, Gianluca Grasso e Sara Lembo, componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, Massimo Condinanzi, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano, e Chiara Amalfitano, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano*

*Contributo redazionale: Ilaria Laezza, addetta all'ufficio per il processo*

*Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano*



*Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:*  
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022  
ISBN 9791280600110

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.  
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori*



# I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 11



## La Scuola e la collana dei Quaderni

*La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).*

*In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).*

*Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.*

*Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.*

*Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.*

*La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.*

*La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.*

*La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.*

*I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.*



# INDICE

Presentazione <i>di Massimo Condinanzi e Chiara Amalfitano</i> . . . . .	11
<b>Bruno Nascimbene</b>	
La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali . . . . .	19
<b>Chiara Amalfitano</b>	
Principi e diritti nella Carta e principi generali: sovrapposizioni, interferenze e assimilazioni . . . . .	31
<b>Roberto Conti</b>	
CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti . . . . .	49
<b>Daniele Gallo</b>	
Il primato e l'effetto diretto nell'ordinamento dell'Unione europea . . . . .	85
<b>Roberto Mastroianni</b>	
Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali . . . . .	99
<b>Giovanni Amoroso</b>	
La «doppia pregiudiziale» e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi «in prima battuta» . . . . .	135
<b>Raffaele Sabato</b>	
L'impatto del protocollo n. 15 sulla Convenzione europea dei diritti umani: riflessioni a valle della ratifica italiana . . . . .	151
<b>Giovanna Pistorio</b>	
La rimessione alla Corte costituzionale anche per contrasto con la CEDU e/o con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea . . . . .	171



**Valeria Piccone**

Dall'interpretazione conforme alle interpretazioni conformi . . . . . 193

**Igor Taccani e Giovanni Petroni**

Effetti e portata delle decisioni pregiudiziali della Corte di giustizia  
nel giudizio *a quo* e negli altri giudizi nazionali . . . . . 235

## Gli autori

Chiara Amalfitano

*Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano*

Giovanni Amoroso

*Giudice della Corte costituzionale*

Roberto Conti

*Consigliere della Corte di cassazione*

Daniele Gallo

*Professore ordinario Jean Monnet di Diritto dell'Unione europea presso l'Università Luiss Guido Carli*

Roberto Mastroianni

*Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Napoli "Federico II" e giudice del Tribunale dell'Unione europea*

Bruno Nascimbene

*Professore emerito di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Milano*

Valeria Piccone

*Consigliere della Corte di cassazione*

Giovanni Petroni

*Giudice del Tribunale di Tivoli*

Giovanna Pistorio

*Professore associato di Istituzioni diritto pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre*

Raffaele Sabato

*Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Igor Taccani

*Referendario presso la Corte di giustizia dell'Unione europea*

## Presentazione

La formazione permanente garantita dalla Scuola Superiore della Magistratura è certamente sensibile al difficile tema della tutela dei diritti fondamentali della persona, tutela ormai da costruire e rendere efficiente in un crocevia particolarmente ricco, ma anche complesso, di strumenti normativi e dunque di parametri invocabili, nonché di percorsi processuali in cui farli valere.

La ricordata attenzione ha condotto il Consiglio direttivo della Scuola ad organizzare, tra gli altri, due eventi nel corso del 2020 e del 2021, affidati in qualità di esperti formatori agli scriventi, dedicati specificamente a (cercare di) rendere più intellegibile, ad uso specifico del giudice nazionale, l'intreccio dei vari percorsi di tutela. Tale interesse "formativo" appare, del resto, particolarmente opportuno, giacché il tema della protezione e dunque della valorizzazione dei diritti umani non cessa di essere un tema importante, e critico, per il solo fatto che gli operatori partecipanti ai corsi dovranno operare in Europa, e più in particolare in Italia. In altre parole, l'Italia non è necessariamente un *safe harbour* per la tutela dei diritti fondamentali della persona, come non lo è l'Europa. E ciò sia perché, per un verso, la categoria dei diritti fondamentali è divenuta particolarmente ricca ed ampia, includendo diritti "sociali" o di nuova generazione che assicurano protezione a interessi maggiormente sofisticati della persona, non riducibili ai tradizionali diritti civili o di libertà rispetto ai quali la tutela europea dei diritti è maggiormente consolidata. Per altro verso, anche con riferimento a questi ultimi, le tensioni che il nostro Paese è chiamato a vivere, soprattutto con riguardo ai fenomeni migratori e alla conseguente domanda di protezione internazionale si traducono spesso in una rinnovata sensibilità che viene richiesta, innanzitutto, al giudice comune. Più in generale, poi, le crisi economiche (specie se violente perché indotte da fenomeni esogeni impreveduti e macroscopici quali guerre drammatiche ai confini dell'Unione europea) presentano sempre un "conto" da pagare in termini di (minore) protezione dei diritti fondamentali delle persone più esposte e la vigilanza della politica, del legislatore, ma soprattutto del giudice deve rimanere particolarmente alta. Del resto, che l'esigenza vi sia, è testimoniata dall'interesse, nazionale ed europeo, che si coagula attorno all'ipotesi di prevedere, per via legislativa<sup>1</sup>, una nuova autorità nazionale per i diritti umani in conformità con i c.d. Principi di Parigi<sup>2</sup>. Non diversa testimonianza si ricava da una

---

<sup>1</sup> Sulle iniziative legislative in argomento cfr. F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità nazionale indipendente per i diritti umani in Italia: due recenti proposte di legge*, in *Federalismi*, nr. 3/2020, pg. 47 ss.

<sup>2</sup> Cfr. la Risoluzione nr. 48/134 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1993 sulle istituzioni nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani. L'iniziativa ha sempre

sia pur superficiale analisi dei rinvii pregiudiziali sottoposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, dove le richieste di valutazioni di compatibilità di norme interne rispetto a diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (soprattutto nei settore del diritto sociale, della protezione internazionale e dello spazio di libertà sicurezza e giustizia) rappresentano una fascia crescente del carico di lavoro della Corte di Lussemburgo.

Oltre che sotto il profilo valoriale, il tema presenta indiscutibili aspetti di interesse tecnico per i giudici nazionali. Quella che un tempo era definita tutela "multilivello", così sintetizzando l'idea di una protezione dei diritti fondamentali nei distinti livelli nazionale, internazionale e sovranazionale, è negli anni più recente divenuta oggetto di una attivazione estremamente complessa e maggiormente interrelata, al punto da essere più correttamente definita come tutela "integrata", figlia di una pluralità ordinamentale mai perfettamente organizzata e rispetto alla quale gli Stati interessati non hanno mai cessato di esprimere talune, anche importanti, cautele<sup>3</sup>. In linea di principio, ciascuno strumento (Costituzione, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione) conosce proprie regole di funzionamento nel rispettivo ambito di applicazione. Avendo ad oggetto diritti spesso sovrapponibili, il ricorso all'una fonte o all'altra diviene interessante, per il giudice, non solo per l'intensità oggettiva della protezione da assicurare nella fattispecie, quanto soprattutto per le modalità con cui la protezione viene assicurata nel caso concreto: interpretazione conforme, legittimità costituzionale, primato ed effetto diretto con conseguente disapplicazione, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea; tenendo poi presente che, a ben guardare, ciascuno di questi rimedi è suscettibile di essere utilizzato in "combinazione" con ovvero in alternativa rispetto ad un altro. L'interpretazione conforme può richiedere il previo esperimento di un rinvio pregiudiziale interpretativo, ma è anche strumento di soluzione dell'antinomia a disposizione immediata del giudice nazionale (vedi il contributo di Valeria Piccone), il giudizio di legittimità costituzionale garantisce il primato là dove l'effetto diretto non è invocabile per esplicito volere dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, ma rispetto alle norme della CEDU

---

ricevuto il plauso e il conforto delle istituzioni europee e, da ultimo, cfr. la risoluzione del Consiglio del 8 marzo 2021 sul rafforzamento dell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea, spec. p.to 27 ss.

<sup>3</sup> Le tensioni sul primato, sulla clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, TUE, sul principio delle competenze attribuite, tra la Corte di giustizia e alcune corti costituzionali nazionali ne sono la testimonianza.

soffre i limiti di cui alla sentenza 49 del 2015 della nostra Corte costituzionale; il contrasto tra la norma interna e la norma della Carta dei diritti fondamentali con riferimento ad un diritto protetto anche dalla Costituzione può dar luogo alla c.d. doppia pregiudizialità, dopo che la sentenza 269/2017 (successivamente “mitigata” dalle pronunce del 2019 e del 2020) della Corte costituzionale ha reso più complessa la tradizionale “meccanica” della risalente sentenza *Granital* del 1984, che, notoriamente e salvo il ricorrere dei c.d. controlimiti, non dava spazio alla ammissibilità della questione di legittimità costituzionale ogni qualvolta la norma nazionale confliggesse con norma dell’Unione dotata di effetto diretto/diretta applicabilità.

Il tema dei rapporti tra Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Costituzione, e quindi tra lo strumento della rimessione al giudice delle leggi e quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, appare poi particolarmente critico, perché potenzialmente suscettibile di estendersi ad ogni ipotesi di sovrapposizione di tutela dei diritti garantita dalla Costituzione da un lato, e da qualsiasi altra norma di diritto dell’Unione dall’altro (e dunque non solo dalla Carta, ma da una norma del diritto primario dell’Unione, dai principi generali ovvero da atti di diritto derivato). Ancora più in generale, posto che ogni violazione del diritto dell’Unione è anche una violazione dei parametri costituzionali di cui agli artt. 11 e 117 Cost., l’ampliamento dell’accesso alla Corte costituzionale avrebbe potenzialmente rischiato di mettere in crisi una “grammatica” assai consolidata dei rapporti tra ordinamenti che aveva come regola aurea quella dell’effetto diretto/disapplicazione previo eventuale rinvio pregiudiziale, quale caratteristica essenziale e ineludibile del primato. Sotto quest’ultimo profilo, il paventato rischio sembra essersi definitivamente dissolto con la sentenza n. 67/2022 della Corte costituzionale, che ritorna all’antica regola della inammissibilità per carenza di rilevanza a fronte del constatato effetto diretto dell’invocato parametro unionale. La sentenza n. 67 ricorre alla bella espressione di “comunità di corti nazionali” che si poggia sul primato, sul principio identitario dell’art. 4, par. 2 TUE e sul principio di leale cooperazione di cui al par. 3 della stessa disposizione. In questa prospettiva, il sindacato accentrato di costituzionalità non è, dunque, alternativo all’effetto diretto, ma con esso concorre “nella costruzione di tutele sempre più integrate” (cfr. pt. 11 del considerato in diritto). E tuttavia non possiamo omettere di rilevare che proprio la sentenza n. 67 apre con un “*disclaimer*” forse non richiesto, secondo il quale le ordinanze di rimessione che hanno interrogato la Corte non evocavano la violazione della Carta dei diritti fondamentali, sì che le soluzioni dettate, da ultimo, dalla pronuncia della Corte costituzionale potrebbero volersi limitare all’ipotesi in cui il parametro interposto di legittimità costituzionale della norma interna sia una

norma del diritto derivato dell'Unione europea (nella specie, una direttiva) e non una norma della Carta<sup>4</sup>.

L'elevata complessità tecnica e la sottostante tensione che caratterizzano, nella specifica area della tutela dei diritti fondamentali, i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione, con *a latere* il tema della rilevanza delle norme CEDU interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, che del diritto dell'Unione costituiscono comunque un "formante", sia nel senso di concorrere all'elaborazione dei suoi principi generali giusta la previsione di cui all'art. 6, par. 3, TUE, sia nel senso di costituire una sorta di limite invalicabile di tutela in base all'art. 53 della Carta, danno ragione della attenzione che il Consiglio direttivo della Scuola ha dedicato alla formazione dei magistrati su questo specifico tema con le due iniziative affidate a responsabili ed esperti formatori che le hanno programmate muovendo proprio dalla illustrazione degli strumenti a disposizione, e quindi dei cataloghi dei diritti nella loro diversa natura e funzione, per addentrarsi poi nelle specifiche problematiche dei meccanismi di tutela.

Le relazioni che in questa pubblicazione si raccolgono, rielaborate ed aggiornate, pur non costituendo l'intera platea degli interventi che i relatori hanno presentato, identificano comunque con chiarezza i tratti essenziali del percorso che il giudice deve seguire, e degli "attrezzi" di cui si deve avvalere, per pervenire correttamente ed efficacemente alla tutela dei diritti della persona ogni qualvolta essa venga in rilievo in un contesto caratterizzato dalla pluralità di "cataloghi" appartenenti ad ordinamenti che, per quanto integrati e coordinati, rimangono "distinti".

La relazione del prof. Bruno Nascimbene introduce il lettore alla pluralità di cataloghi: la Carta e la Convenzione lette in una interrelazione reciproca che fa perno sul ruolo del giudice nazionale, esaltato dalla previsione di cui all'art. 19 TUE e dall'obiettivo di cui all'art. 47 della Carta. Le due norme declinano, con significato diverso, la dimensione di una tutela "effettiva" dei diritti. Nel complesso degli strumenti a disposizione, la relazione del professor Nascimbene ci porta al confronto tra il rinvio pregiudiziale e il meccanismo di cooperazione di cui al Protocollo n. 16 alla CEDU (sul quale tornerà anche il contributo di Raffaele Sabato), di cui si mettono in evidenza i profondi tratti distintivi, senza però omet-

---

<sup>4</sup> Ciò benché una differente impostazione fosse stata accolta nella sentenza della Consulta n. 20/2019. Per una (immediata) riflessione sulla sentenza n. 67/2022, anche sotto il profilo appena evocato, cfr. A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il secondo "dialogo" fra le Corti (a prima lettura della sent. N. 67/2022)*, in *Consulta Online*, 2022, p. 252 ss.; B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022.

tere di segnalare il rischio di una possibile “elusione” dell’art. 267 TFUE che potrebbe derivare da un utilizzo frammentario e non coordinato dei diversi cataloghi e relativi strumenti processuali, invece di una loro interpretazione “sistemica”.

Nel contributo della prof.ssa Chiara Amalfitano, l’Autrice (anche esperto formatore di uno dei due corsi i cui atti vengono qui raccolti) espone chiaramente la distinzione tra norme della Carta che enunciano principi e quelle che enunciano diritti come premessa sostanziale e qualificatoria da cui discende la conseguenza per cui si nega alle prime gli effetti che le seconde possono produrre in caso di antinomia con le norme nazionali. Nello scritto vengono anche correttamente posizionati i principi generali di cui all’art. 6, par. 3, TUE, sottolineando la distinzione che intercorre, nel contenuto e negli effetti, tra questi ultimi e gli omologhi “principi” della Carta. Ne deriva una conoscenza maggiormente articolata, da acquisire con il necessario rigore metodologico richiesto dalla peculiarità del sistema di cui si discute, delle diverse fonti che vengono in rilievo per il giudice nazionale nell’opera di assicurare una tutela integrata dei diritti.

Il contributo del prof. Daniele Gallo si concentra, andando al là delle fonti sulla tutela dei diritti fondamentali affrontate nei precedenti lavori di Nascimbene e Amalfitano, sull’istituto dell’effetto diretto, sull’identificazione delle norme che possono produrlo, sulle sue conseguenze strutturali e, quindi, sulla “disapplicazione” della norma interna contrastante. Il lavoro affronta anche l’effetto diretto delle norme della Carta, spiegando come attraverso di esse si pervenga a riconoscere effetto diretto orizzontale a precetti contenuti in direttive che, *ex se*, quell’effetto non potrebbero spiegare.

Nel contributo del cons. Roberto Conti, troviamo affrontato il rapporto tra Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell’uomo. L’Autore muove, correttamente, dal diverso ambito di applicazione dei due strumenti, per pervenire al tema della loro diversa efficacia in funzione dei differenti sistemi di appartenenza. La “sistematizzazione” del valore della Convenzione dopo le sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, frutto della differente dimensione del fenomeno dell’integrazione europea rispetto alla cooperazione propria del pur peculiare sistema convenzionale pone, come l’Autore non manca di evidenziare, un problema di “uguaglianza” tutto interno al sistema di protezione dei diritti fondamentali.

Il tema affrontato dal prof. Roberto Mastroianni investe, direttamente, le conseguenze per il giudice nazionale del “*revirement*” in tema di (in)ammissibilità della questione di legittimità costituzionale per contrasto con norma della Carta dotata di effetto diretto. La c.d. doppia pregiudiziale, nel senso del venir meno della preclusione “nell’ambito di un auspicato concorso di rimedi giurisdizionali in una prospettiva di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali” (sentenza 20/2019 della Corte costituzionale), viene dall’Autore letta



nel senso di offrire al giudice comune l'alternativa tra rimessione alla Consulta e rinvio pregiudiziale al giudice dell'Unione. Il giudice di diritto comune in questa prospettiva, dovendo appunto scegliere lo strumento più idoneo ad assicurare la migliore tutela alla posizione giuridica soggettiva lesa, viene investito di una nuova "centralità" nella protezione integrata dei diritti.

Collocandosi idealmente nella scia tracciata dall'intervento di Roberto Mastroianni, il cons. Giovanni Amoroso ripropone il dilemma della c.d. doppia pregiudiziale, andando alla ricerca dei criteri di priorità, ovvero sia delle ragioni e delle situazioni (processuali) che possono o debbono condurre il giudice comune a rivolgersi, "in prima battuta", alla Corte di giustizia ovvero alla Corte costituzionale. L'indagine viene condotta alla luce dei casi pratici fin qui verificatisi e termina con l'ipotesi, oggetto già dell'analisi critica del contributo precedente, in cui il giudice nazionale simultaneamente rinvii pregiudizialmente alla Corte di giustizia e rimetta la questione di legittimità costituzionale alla Consulta. La fattispecie, al di là delle circostanze del caso di specie risolto da entrambe le Corti nel senso dell'irrelevanza del parametro comunitario in ragione della estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento dell'Unione, viene comunque considerata capace di concorrere (con le altre ipotesi) ad arricchire la funzione di nomofilachia costituzionale integrata mediante l'osmosi dei parametri (costituzionali ed europei).

L'accesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo è oggetto del contributo del Cons. Raffaele Sabato, dedicato all'entrata in vigore e alla ratifica italiana del Protocollo 15 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che rafforza la condizione "*de minimis*" per l'ammissibilità dei ricorsi individuali alla Corte di Strasburgo, nonché alla vicenda, di segno opposto, della mancata ratifica italiana del Protocollo n. 16 sulla procedura di "consultazione" tra le alte giurisdizioni nazionali e la medesima Corte. L'Autore ricorda il proprio orientamento, già altrove esposto, secondo cui i timori di marginalizzazione della Corte costituzionale a fronte dell'operatività, anche per l'Italia, del meccanismo di cui al Protocollo n. 16 non dovrebbero venire in rilievo, posto che il processo di Interlaken/Brighton da cui anche il Protocollo n. 16 prese le mosse è, piuttosto, finalizzato alla direzione opposta, di rafforzare, in un'ottica di sussidiarietà il ruolo delle autorità (giurisdizionali) nazionali. Il fatto che il Protocollo cominci ad essere "attivato" dai giudici di altri Stati europei (dove il procedimento di ratifica si è positivamente concluso) dovrebbe contribuire a far evaporare i timori italiani.

La prof.ssa Giovanna Pistorio presenta, in sintesi, le diverse vie da percorrere che il sistema mette a disposizione del giudice nazionale, il quale rilevi una antinomia tra una norma nazionale e uno strumento sovraordinato di tutela dei diritti fondamentali, sia esso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo oppure la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Strumento "comune", preliminare e da preferire, rimane l'interpretazione conforme. Ove il ricorso alla

rassicurante soluzione ermeneutica sia, tuttavia, improponibile, il contrasto con le norme convenzionali dovrà trovare giustizia in Corte costituzionale (per violazione del parametro interposto dell'art. 117 Cost.), il contrasto con le norme della Carta sarà risolto dalla Consulta se non dotate di effetto diretto ovvero dal medesimo giudice comune attraverso la disapplicazione (previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia), laddove alla norma della Carta sia possibile (e doveroso) riconoscere effetto diretto. Nell'articolazione degli strumenti disponibili, è il giudice comune che è responsabile della scelta, e in tale esercizio di responsabilità deve orientarsi alla luce del faro della "concretizzazione" del diritto, al di là di ogni esercizio meramente teorico.

Proprio il tema dell'interpretazione conforme è al centro dell'analisi della cons. Valeria Piccone, il cui contributo mette in evidenza tutta l'importanza di tale "attrezzo", che appartiene all'esperienza di ciascun giudice nazionale, per la soluzione delle possibili antinomie tra norma nazionale e norma della Costituzione ovvero tra la prima e una norma del diritto dell'Unione europea e, in specie, della Carta dei diritti fondamentali. Nel contributo, l'Autrice evidenzia le differenze tra interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme al diritto dell'Unione, sottolineando come l'effetto maggiormente intrusivo e, in un certo senso, deflagrante dell'effetto diretto con conseguente disapplicazione possa intervenire solo dopo che il giudice abbia pienamente, e tuttavia vanamente, esplorato la percorribilità della soluzione ermeneutica conforme alla regola iscritta nella Carta. In altre parole, l'interpretazione conforme, strumento classico e ben noto al giudice comune per applicare una norma di diritto interno preferendone il significato e la portata compatibili con la (superiore) norma costituzionale, è anche uno criterio utile, preliminare e necessario per assicurare il valore giuridico del primato, senza invocare l'effetto diretto.

Infine, l'analisi condotta da Igor Taccani e da Giovanni Petroni sugli effetti delle sentenze rese dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale, pur apparentemente collocandosi esclusivamente all'interno dell'ordinamento (processuale) dell'Unione europea, completa il panorama che il giudice nazionale deve avere allorché venga chiamato a scegliere tra i vari rimedi a sua disposizione e, in particolare, tra l'attivazione del giudizio di legittimità costituzionale ovvero la formulazione del quesito alla Corte di giustizia. Infatti, la soluzione dell'antinomia che si prospetta al giudice nazionale nel caso concreto deve avvenire anche in funzione dell'interesse generale alla certezza del diritto, specie allorché si tratta, appunto, di protezione dei diritti fondamentali della persona. Se al giudice comune non sfugge la portata *erga omnes* della sentenza della Corte costituzionale che accerti l'illegittimità costituzionale della norma interna che viene, per ciò, espunta dall'ordinamento, non può essere ignorata la comparabile vastità di effetti che la sentenza pregiudiziale (interpretativa) che accerti l'incompatibilità

della norma interna con quella unionale è capace di produrre. La natura dichiarativa della sentenza interpretativa letta alla luce del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE la rende capace di imporsi a tutti i giudici di tutti gli Stati membri eventualmente chiamati ad applicarla. E, ferma la libertà del giudice nazionale di formulare un nuovo quesito, la pronuncia si impone a tutti i legislatori nazionali che devono rimediare emendando il loro ordinamento dalla norma ritenuta incompatibile. L'effetto dichiarativo si salda con l'efficacia *ex tunc* della sentenza, destinata pertanto ad entrare in un conflitto con il principio della certezza del diritto, tanto più intenso quanto più la lettura che ne avrà dato la Corte apparirà innovativa e relativamente imprevedibile. Fenomeno quest'ultimo che dà giustificazione di una prassi, contenuta e selettiva, di limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative.

L'insieme dei contributi che qui si presentano costituiranno, per il giudice comune, un utile affresco della teoria – sempre in evoluzione – dei rapporti tra ordinamento nazionale, ordinamento convenzionale del sistema di Strasburgo e ordinamento dell'Unione europea, in materia di protezione dei diritti fondamentali, ma soprattutto una sorta di “vademecum” delle vie percorribili per superare i contrasti, apparenti o reali, tra modelli di tutela dei diritti non sempre conciliabili. Così facendo, al giudice nazionale di diritto comune è affidata non solo la soluzione del caso concreto, ma, più in generale e con ben altra responsabilità, la “tenuta” complessiva di un sistema articolato, che ha nella molteplicità dei livelli la sua ricchezza e rispetto al quale ogni semplificatrice scelta di “chiusura” concorre ad abbassare il grado di protezione dei diritti della persona e quindi, in ultima analisi, la misura di “accettazione sociale” a cui il sistema, nel suo complesso, aspira.

Massimo Condinanzi e Chiara Amalfitano

## La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)

SOMMARIO: 1. L'“intervista Conti” con più domande e la “soluzione Barbera”. – 2. La necessità di armonizzazione ovvero di dialogo. – 3. Il ruolo del giudice comune, fra diritto UE e CEDU. – 4. La base normativa del ruolo del giudice comune. L'art. 19 TUE. L'art. 47 Carta. Il collegamento con gli artt. 6 e 13 CEDU. – 5. La lettura armonizzatrice da parte di Corte cost. n. 20/2019. La “sopravvenienza” della Carta e il “concorso di rimedi giurisdizionali”. La responsabilità del giudice comune. – 6. La differenza fra fonti e la “massimizzazione” o “integrazione” fra tutele. – 7. Il dialogo fra le Corti nel più recente orientamento della Corte cost.: le ordinanze di rinvio pregiudiziale n. 117/2019 e n. 182/2020. – 8. Il rinvio pregiudiziale e il rinvio previsto dal Protocollo n. 16. Analogie e differenze. Concorso fra “meccanismi” e possibile pregiudizio al diritto dell'Unione europea.

### 1. L'“intervista Conti” con più domande e la “soluzione Barbera”

In una intervista condotta dal dottor Roberto Conti, pubblicata in *Giustizia insieme*, venivano poste a docenti universitari tre domande sui rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la Costituzione, in tema, appunto, di diritti fondamentali: la Carta “fa gola o fa paura”? quale è il compito del giudice comune nella protezione dei diritti fondamentali? e quale orientamento deve tenere dopo le pronunce della Corte cost. 269/2017 e 20/2019? Si è forse di fronte a una sorta di processo di costituzionalizzazione della Carta e, nell'ipotesi di contrasto fra norme interne e norme di diritto UE, più precisamente di norma della Carta, può il giudice comune disapplicare la norma interna confliggente?

La tesi espressa dal professor Augusto Barbera (in un convegno tenutosi a Siviglia nel 2017) intendeva rivendicare il ruolo primario della Corte cost., in cui si doveva accentrare il controllo di legittimità sul rispetto dei diritti fondamentali, anche quando questi fossero di uguale contenuto di quelli contenuti nella Carta. Si voleva richiamare i giudici comuni al dovere di rivolgersi alla Corte,

non già ad altre Corti non nazionali e di applicare la Costituzione, non già fonti diverse, non nazionali, quali la Carta, ma anche (aggiungo io) la CEDU<sup>1</sup>.

Al giudice comune veniva insomma rimproverato un uso “smodato” della Carta la quale “affascinava” il giudice comune provocando quel censurabile “tra-boccamento” o *spill over* che non teneva conto del limite posto dall’art. 51 Carta (la Carta riguarda gli Stati membri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”)<sup>2</sup>. La Corte cost., con il noto *obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017, confermava questo orientamento critico, che rivendicava alla Corte un sindacato prioritario ed esclusivo in tutti i casi di contrasto con i diritti fondamentali, consentendo al giudice comune la disapplicazione della norma nazionale soltanto “per altri motivi”, cioè per motivi diversi dal contrasto con i diritti fondamentali su cui si era già espressa la Corte (escludendo, appunto, il contrasto)<sup>3</sup>.

## 2. La necessità di armonizzazione ovvero di dialogo

L’orientamento è mutato, come dimostrano le sentenze della Corte cost. 20/2019 e 63/2019, ma soprattutto la più recente ordinanza 182/2020 che, nel porre una questione pregiudiziale in via incidentale (per la quarta volta nella

---

<sup>1</sup> Sulle tesi di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulle interviste condotte in *Giustizia insieme*, in particolare nel 2019, cfr. [www.giustiziainsieme.it/](http://www.giustiziainsieme.it/).

<sup>2</sup> Sui limiti di applicabilità materiale della Carta si permette rinviare al nostro *Il principio di attribuzione e l’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l’orientamento della giurisprudenza*, in *Riv.dir.int.*, 2015, p. 495.

<sup>3</sup> Afferma Corte cost., punto 5.3. del “Considerato in diritto” della sentenza 269 del 14.12.2017, che essa ha voluto considerare i casi “In cui la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge”. Sulla sentenza 269/2017 e sul tema qui oggetto di esame, fra i molti contributi, cfr. i più recenti di C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, in *European Papers* (ivi ampi riferimenti); P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE: dalla sentenza 269/2017 all’ordinanza 117/2019*, in [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu); *ibidem* G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti fra Corti e retroattività della lex mitior*. Con particolare riguardo alla Carta e alla “massimizzazione” dei diritti e dei principi, cfr. A. RANDAZZO, *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *AIC Rivista*, nonché I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: dieci anni di convivenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

storia della Corte) alla Corte di giustizia, conferma, se ve ne fosse bisogno, la fisiologica necessità di dialogo fra Corte cost. e Corte di giustizia, soprattutto in presenza di una pluralità di fonti relative ai diritti fondamentali, che richiedono un approccio comune, ovvero armonico<sup>4</sup>.

Non v'è dubbio che i rapporti fra “Carta” e “Corti” debbano essere ispirati a una soluzione armonica, non già di conflitto, e che ad ogni Corte sia attribuito un compito diverso pur mirando allo stesso fine, cioè alla protezione dei diritti fondamentali. Vi è un concorso (positivo) di fonti, Carte o trattati internazionali con i parametri di diritto interno per la soluzione di conflitti a livello costituzionale, ma non avviene una “costituzionalizzazione” o nazionalizzazione della Carta o di trattati, se non nel senso previsto dagli articoli 11 e 117 Cost., senza attribuzione, dunque, di una sorta di esclusiva alla Corte cost. E ciò anche quando si tratti di accertare e interpretare, al fine della stessa tutela dei diritti fondamentali, le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Spetta alla Corte di giustizia interpretare la Carta, come pure accertare e interpretare le tradizioni costituzionali comuni: i diritti fondamentali che risultano da tali tradizioni, come pure quelli garantiti dalla CEDU, “fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” (art. 6, par. 3 TUE). È, questo, un compito della Corte di giustizia, non già della Corte cost., secondo un riparto di competenze “armonizzato” ove il possibile ricorso alla teoria dei controlimiti è di carattere eccezionale<sup>5</sup>.

### 3. Il ruolo del giudice comune, fra diritto UE e CEDU

Sui rapporti fra le fonti, pur comprendendo (ma non condividendo) l'affermazione contenuta nelle sentenze della Corte cost. 49/2015, riferita alla CEDU, ma estendibile a qualunque altra fonte di diritto internazionale, secondo cui vi

<sup>4</sup> Sulla pluralità di fonti, in particolare, cfr. le sentenze 21.2.2019, n. 20 e 21.3.2019, n. 63. Per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, si tratta del quarto in occasione di giudizi in via incidentale (18.7.2013, n. 207; 26.1.2017, n. 24; 10.5.2019, n. 117); uno solo è il rinvio in un giudizio in via principale (13.2.2008, n. 103). Per alcuni rilievi in proposito, spec. sul problema della doppia pregiudizialità, cfr. F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 729 ss. Sull’ordinanza 182/2020, del 30.7.2020, nonché sulla 117/2019, del 10.5.2019, cfr. il successivo par. 7.

<sup>5</sup> Sulla necessità che i “diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo”, dalla Carta in particolare, “siano integrati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”, cfr. la sentenza 20/2019, punto 2. del “Considerato in diritto” (dispone l’art. 52, par. 4 Carta che “Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”).

è un “predominio assiologico della Costituzione” sulle fonti esterne dell’ordinamento, osservo che bisogna fare una distinzione. Essa riguarda anche il giudice comune, che ha un ruolo centrale nella tutela dei diritti fondamentali, come dirò poco oltre <sup>6</sup>.

Credo che si debba correttamente distinguere fra *a*) “diritto UE, compresa la Carta, direttamente applicabile”, da un lato, e *b*) “CEDU – diritto UE non direttamente applicabile”, dall’altro lato.

Nel primo caso dovrebbe decidere in via esclusiva il giudice comune, salvo il rinvio pregiudiziale: senza che sia necessaria la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di legittimità.

Nel secondo caso, il giudice comune, non potendo applicare direttamente la CEDU, né il diritto UE, o risolve la situazione di conflitto attraverso l’interpretazione conforme o, se tale soluzione non è possibile, rinvia alla Corte costituzionale. Salvo, anche in tal caso, il rinvio pregiudiziale.

Sull’importanza del rinvio pregiudiziale, che rappresenta un pilastro o pietra miliare del sistema giuridico dell’Unione, non dovrebbe essere necessario soffermarsi<sup>7</sup>. Vale però la pena ricordare quanto ha affermato la Corte di giustizia nel contesto della cooperazione fra i due giudici che contraddistingue il sistema (sentenza *Global Starnet*)<sup>8</sup>, richiamando anche il principio del primato. Il giudice nazionale deve essere “libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria”. Non si può compromettere e neppure far venire meno l’effetto utile del rinvio pregiudiziale “se a motivo dell’esistenza di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell’Unione un’applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte”<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sul predominio assiologico cfr. la sentenza n. 49 del 26 marzo 2015, punto 4. del “Considerato in diritto”.

<sup>7</sup> Sull’istituto del rinvio pregiudiziale, “architrave” del sistema giuridico dell’Unione, si vedano i rilievi successivi, par. 8; più recentemente i vari contributi in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020 (*ivi*, p. 396, anche l’utile guida ovvero “raccomandazioni” per i giudizi nazionali “relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”).

<sup>8</sup> Sentenza del 20.12.2017, C-322/16, *Global Starnet*, EU:C:2017:985.

<sup>9</sup> *Global Starnet* cit., punto 23. Cfr. in precedenza, sul punto, la sentenza 4.6.2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, punto 36, e sull’obbligo *ex art.* 267, 9.9.2015, C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, EU:C:2015:565, punto 37.



#### 4. La base normativa del ruolo del giudice comune. L'art. 19 TUE.

##### L'art. 47 Carta. Il collegamento con gli artt. 6 e 13 CEDU

Il ruolo del giudice comune merita una speciale riflessione perché appartiene al sistema giurisdizionale dell'Unione europea, così come declinato nell'art. 19 TUE (norma fondamentale del Trattato).

Il par. 1, 2° comma afferma che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”. Perché sia effettiva è compito del giudice nazionale, che ha la competenza sui rimedi giurisdizionali nazionali, non diversamente dalla Corte di giustizia (che ha competenza sui rimedi giurisdizionali di diritto UE) assicurare “il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati” (art. 19, par. 1, 1° comma TUE).

La norma è ben illustrata da una recente sentenza della Corte, *Commissione c. Polonia*<sup>10</sup>, che richiama non solo la necessità della coerenza fra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione, nonché il principio dello Stato di diritto, ma soprattutto lo stretto collegamento con il principio della tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 47 della Carta, oltre che dall'art. 6 CEDU: un “principio generale [...] che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [...] sancito dagli articoli 6 e 13” della CEDU e “attualmente affermato dall'art. 47 della Carta”<sup>11</sup>.

#### 5. La lettura armonizzatrice da parte di Corte cost. n. 20/2019.

##### La “sopravvenienza” della Carta e il “concorso di rimedi giurisdizionali”.

##### La responsabilità del giudice comune

Una lettura corretta e, per così dire, armonizzatrice della giurisprudenza della Corte cost., si rinviene nella (più volte) ricordata sentenza 20/2019, quando afferma, proprio riferendosi ai giudici comuni<sup>12</sup> che “Resta fermo” che questi possano sottoporre alla Corte di giustizia “sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria” e, quanto alla compatibilità Carta-Costituzione, che “la sopravvenienza delle garanzie approntate” dalla Carta “rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali

<sup>10</sup> Sentenza del 24.6.2019, *Commissione c. Polonia*, C-619/18, in EU:C:2019:531, spec. punti 47-49.

<sup>11</sup> Cfr. specialmente il punto 49 e il richiamo alla sentenza 27.2.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, punto 35; si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale Tanchev in causa *Commissione c. Polonia* cit., EU:C:2019:325, punti 61-64.

<sup>12</sup> Cfr. il punto 2.3. del “Considerato in diritto”.



e, per definizione, esclude ogni preclusione” (la sentenza 20/2019 è richiamata dalla 63/2019 e, questa, dalla più recente 11/2020)<sup>13</sup>.

Questa affermazione *a)* restituisce, per così dire, al giudice comune, il ruolo che gli spetta nel sistema di tutela dei diritti fondamentali; *b)* “sdrammatizza” l’*obiter dictum* della sentenza 269/2017; *c)* propone una soluzione armonica o armonizzata con la Carta.

Ricordo peraltro (senza alcuna *vis polemica*) che il giudice italiano ha una precisa responsabilità di conformarsi al diritto dell’Unione, sancita dall’art. 2 della l. 13.4.1988, n. 117 sulla responsabilità civile dei magistrati (parr. 3 e *3bis*) essendo sanzionata la violazione manifesta del diritto UE (tale violazione rappresenta “colpa grave” e, per valutare tale colpa, rileva sia la “mancata osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale” *ex art.* 267, 3° par. TFUE, sia il “contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia”.

## 6. La differenza fra fonti e la “massimizzazione” o “integrazione” fra tutele

La tutela effettiva si realizza attraverso un proficuo concorso fra Corti e fonti, tenendo distinte quelle di diritto UE dalle altre, internazionali: CEDU e diritto UE, come ebbe a dire la Corte cost. 80/2011 richiamando le note sentenze 348/2007 e 349/2007<sup>14</sup>, sono fonti distinte, la CEDU non essendo stata “comunitarizzata” dal Trattato di Lisbona ovvero non essendo stata “lisbonizzata”. Una distinzione, questa, affermata dalla Corte di giustizia in una pluralità di occasioni, in primo luogo in occasione del parere negativo circa l’adesione dell’Unione alla CEDU<sup>15</sup>. L’art. 6 TUE non ha avuto l’effetto di trasformare la CEDU da “norma interposta” a norma di diritto UE. Il sistema attuale di protezione dei diritti fondamentali è divenuto “più complesso e articolato del precedente”, ma la distinzione fra le due fonti rimane, anche se la stessa Corte cost., in epoca più recente (sentenza 63/2019 sull’applicazione retroattiva della *lex mitior* in caso di sanzioni amministrative con funzioni punitive; la sentenza viene ricordata dalla più recente 11/2020)<sup>16</sup>, opera un richiamo generalizzato a fonti non interne, a un “diritto internazionale dei diritti umani” che comprende norme vincolanti per il nostro

---

<sup>13</sup> Cfr. il punto 3.4. del “Considerato in diritto” della sentenza 5.2.2020, n. 11.

<sup>14</sup> Sentenza dell’ 11.3.2011, n. 80, punti 5.1.-5.6. del “Considerato in diritto”; la sentenza è richiamata dalla n. 113 del 7.4.2011, punto 8. del “Considerato in diritto”.

<sup>15</sup> Parere 2/13 del 18.12.2014, di cui si dirà poco oltre (si vedano soprattutto i punti 179-180); sentenze 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*, EU:C:2012:233, punti 60-62; 26.2.2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, punti 44, 62-63.

<sup>16</sup> Sentenza del 9.1.2020, n. 11, punto 3.4. del “Considerato in diritto”.

ordinamento (come il Patto sui diritti civili e politici) che si ispirano al medesimo principio<sup>17</sup>. Il richiamo è coerente con l'esigenza, espressa in altre occasioni (Corte cost. 264/2012) di perseguire la massimizzazione, ovvero l' "integrazione delle tutele", perché il rispetto degli obblighi internazionali "deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa" mirando alla "massima espansione delle garanzie". Una tutela che deve essere "sistemica" e "non frazionata" in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto fra loro: la Corte cost., diversamente da quella EDU, "opera una valutazione sistemica e non isolata dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata"<sup>18</sup>.

## 7. Il dialogo fra le Corti nel più recente orientamento della Corte cost.: le ordinanze di rinvio pregiudiziale n. 117/2019 e n. 182/2020

Espressione e conferma del dialogo fra le Corti sono due ordinanze recenti della Corte costituzionale, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la 117/2019 (c.d. Bolognesi) e la 182/2020 (c.d. bonus bebè).

7.1. Con la prima ordinanza, richiamate le sentenze 20/2019 e 63/2019, viene posta una questione di interpretazione e validità (a seguito di un'elaborata ordinanza di rimessione della Cass., 16.2.2018, n. 3831) sulla compatibilità con il diritto UE (della Carta in particolare) del c.d. diritto al silenzio, cioè del diritto di chi si rifiuta di rispondere a domande della CONSOB dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva. La Corte riafferma la propria competenza, non diversamente da quella dei giudici comuni, a rivolgersi alla Corte di giustizia<sup>19</sup> e chiede alla

<sup>17</sup> Sentenza 63/2019, punto 6.1. del "Considerato in diritto".

<sup>18</sup> Sentenza del 28.11.2012, n. 264, punti 4.1., 4.2., 5.4. del "Considerato in diritto"; per un rinvio ad una pluralità di fonti internazionali cfr. anche il punto 3. del "Considerato in diritto" dell'ordinanza 117/2019.

<sup>19</sup> Cfr. i punti 2.3., 10. del "Considerato in diritto" dell'ordinanza; Corte cost. non aveva mai posto una questione di "validità" di norme di diritto UE. Le questioni poste dalla Cass. erano state separate da Corte cost. (punto 1. del "Considerato in diritto"), decidendo con sentenza, 10.5.2019, n. 112, la questione di legittimità dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58/1998 (e con ordinanza, 117, quella dell'art. 187-quinquiesdecies), dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui prevede la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto, la sanzione prevista essendo sproporzionata (osserva la Corte, punto 8.5. del "Considerato in diritto" che la pronuncia non "incontra alcun ostacolo nel diritto dell'Unione europea, il quale non impone "la confisca né del prodotto dell'illecito né dei beni utilizzati). La Corte valuta l'eccezione di costituzionalità anche con riferimento agli artt. 17 e 49 Carta "per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma Cost., essendo state prospettate dal giudice remittente e avendo "il compito di vigilare, essendo stata a ciò sollecitata", su tali questioni (punto 7. del "Considerato in diritto", richiamando, circa

Corte di giustizia se le norme derivate contenute in una direttiva (art. 14, par. 3 dir. 2003/6 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, sulla sanzione da applicare a chi non collabora alle indagini) e un regolamento (art. 30, par. 10, lett. b regol. 596/2014 sugli abusi di mercato, che abroga la direttiva, prevedendo sanzioni a carico di chi non collabora) devono essere interpretate nel senso che consentono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di collaborare ovvero, qualora consentano (invece) di sanzionare, se tali sanzioni siano compatibili con gli articoli 47 e 48 della Carta, "anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". La norma nazionale di cui la Cass. sospetta l'illegittimità (nella parte in cui è sanzionata la condotta di chi non collabora con la CONSOB e, in particolare, non risponda alle domande) è l'art. 187 – quinquiesdecies del d.lgs. 58/1998 (t.u. delle disposizioni in materia finanziaria) che rappresenta attuazione della direttiva 2003/6.

Se la Corte di giustizia riterrà che è consentito dal diritto UE non sanzionare, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies non si porrà in contrasto con il diritto UE. Una pronuncia di incostituzionalità riguarderebbe soltanto i parametri nazionali, quale l'art. 24 Cost. sul diritto di difesa che, precisa la Corte, appartiene "al novero dei diritti inalienabili della persona umana [...] che caratterizzano l'identità costituzionale italiana" e che è applicabile "anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura «punitiva»"<sup>20</sup>. Se invece l'obbligo di sanzionare fosse previsto dal diritto UE, una pronuncia di incostituzionalità si porrebbe in contrasto con il diritto UE derivato, ma non (così si ritiene) con gli artt. 47, 48 Carta che tutelano diritti fondamentali quali il diritto a un giusto processo e il diritto alla difesa. Di qui la necessità di porre una questione pregiudiziale di interpretazione e validità delle norme di diritto derivato rispetto alla Carta (precisamente rispetto agli articoli 47, 48).

7.2. Con la seconda ordinanza, richiamata la prima sulla competenza della Corte a porre questioni pregiudiziali, ma anche la 269/2017 sulla necessità di assicurare una

---

tale compito, le sentenze 269/2017, 20/2019 e 63/2019). Sul principio di proporzionalità osserva che correttamente il giudice remittente individua, oltre al "fondamento domestico" degli artt. 3, 42 Cost., quello europeo dell'art. 1 Protocollo addizionale CEDU e dell'art. 17 Carta quanto all'incidenza patrimoniale della sanzione, nonché dell'art. 49 Carta quanto alla proporzionalità delle sanzioni (punti 8.2.3. e 8.2.4. del "Considerato in diritto").

<sup>20</sup> Cfr. il punto 7.1. del "Considerato in diritto", ove vengono evocati per la definizione delle sanzioni punitive "i criteri Engel" di cui alla giurisprudenza della Corte EDU, nonché il punto 7.2. sulla giurisprudenza di detta Corte relativa all'applicabilità dell'art. 6 CEDU, che può essere assunto come parametro interposto.

“garanzia di uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell’Unione”, “in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia”, la Corte sottolinea la continuità di orientamento rispetto alle precedenti sentenze, soprattutto la 20/2019 e la 63/2019, e quindi l’obbligo (“questa Corte non può esimersi dal valutare”; “si ritiene necessario [...] interrogare la Corte di giustizia” prima di decidere la questione di legittimità costituzionale) di esaminare se una norma nazionale “infranga in pari tempo i principi costituzionali e le garanzie sancite dalla Carta”<sup>21</sup>. Le norme nazionali in questione sono contenute nella legge di stabilità 2015 (l. 23.12.2014, n. 190) e nel t.u. in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (d.lgs. 26.3.2001, n. 151), nella parte in cui stabiliscono il requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo per l’erogazione agli stranieri (rispettivamente) dell’assegno di natalità e di quello di maternità. Il contrasto<sup>22</sup> sarebbe con gli artt. 3, 31, 117, 1°co. Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 33, 34 della Carta. La Corte, assai opportunamente, ricorda la funzione della Corte di giustizia e dei giudici nazionali ai sensi dell’art. 19 TUE; sottolinea la “connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati” dalla Cassazione e “quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici”; rivendica il proprio ruolo (“spetta dunque a questa Corte”) salvaguardare tali principi e diritti “in una prospettiva di massima espansione” e, considerati gli obblighi discendenti dagli articoli 11 e 117, 1° comma, compiere un esame di tali prestazioni sociali erogate agli stranieri tenendo conto del “rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione” fra norme interne ed europee<sup>23</sup>. Una volta distinte due categorie di stranieri, quelli soggiornanti di lungo periodo, cui il diritto nazionale riconosce le due prestazioni sociali in questione, e quelli titolari di un permesso unico di lavoro, cui sono invece negate tali prestazioni, il quesito posto alla Corte di giustizia riguarda l’ambito di applicazione dell’art. 34 Carta che ha ad oggetto la sicurezza sociale e l’assistenza sociale, la Corte cost. chiede dunque alla Corte di giustizia se vi rientrano l’assegno di natalità e quello di maternità in quanto prestazioni sociali da erogare ai sensi del regolamento 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, che prevede la parità di trattamento dei cittadini dei Paesi terzi rispetto a quelli del Paese di soggiorno<sup>24</sup>. La direttiva 2003/109 riguarda i soggiornanti di lungo periodo e prevede la parità di tratta-

<sup>21</sup> Cfr. i punti 3.1.e 3.2. del “Considerato in diritto”.

<sup>22</sup> Cfr. le ordinanze di rimessione alla Corte cost. della Cass. 17.6.2019, ricordate nel punto 1. del “Considerato in diritto” dell’ordinanza 182.

<sup>23</sup> Cfr. il punto 3.2. del “Considerato in diritto”.

<sup>24</sup> Sull’assegno di natalità (che ha funzione “premiale” e di contributo al bilancio della famiglia) inteso come prestazione familiare-sociale, cfr. il punto 7.1.1. del “Considerato in diritto” e sull’assegno di maternità il punto 7.1.2.

mento; la direttiva 2011/98 riguarda gli stranieri titolari di un permesso unico di lavoro, richiamando quanto previsto dal regolamento 883/2004 (art. 12)<sup>25</sup>.

La parità di trattamento dovrebbe essere assicurata ad entrambe le categorie di stranieri poiché si tratta di prestazioni sociali e le norme nazionali che le riconoscono soltanto ad una categoria di stranieri sono incompatibili con il diritto UE, cioè con l'art. 34 Carta alla luce del diritto secondario rappresentato dal regolamento 883/2004 richiamato dalla direttiva 2011/98. La Corte sottolinea come l'art. 12 di tale direttiva abbia suscitato interpretazioni diverse nella giurisprudenza di merito, che ne ha anche ritenuto la diretta efficacia, ma non è stata seguita dall'amministrazione che avrebbe dovuto erogare le prestazioni, creando un vasto contenzioso che la Cassazione, "chiamata a garantire l'uniforme interpretazione del diritto nazionale", vuole vedere risolta da "una pronuncia con effetti *erga omnes*". Considerata l'incertezza che ne è derivata, in presenza degli interessi coinvolti (quali il "settore nevralgico della politica dell'immigrazione" e la "parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini degli Stati membri in cui soggiornano, che di tale politica rappresentano elemento qualificante e propulsivo"), la Corte ha chiesto che le questioni siano trattate con procedimento accelerato<sup>26</sup>.

## 8. Il rinvio pregiudiziale e il rinvio previsto dal Protocollo n. 16. Analogie e differenze. Concorso fra "meccanismi" e possibile pregiudizio al diritto dell'Unione europea

Il Protocollo n. 16 alla CEDU è in vigore, ormai, da alcuni anni (1.8.2018); il numero di Paesi che l'hanno ratificato è limitato (sedici, nove dei quali sono membri dell'UE). Due, finora, i pareri resi dalla Corte EDU. Sulla ratifica da parte italiana si è aperto un ampio dibattito, accademico e politico, soprattutto in occasione delle audizioni svoltesi avanti alle Commissioni riunite giustizia (II) e affari esteri e comunitari (III). Sul tema mi permetto rinviare a quanto osservato in altra occasione<sup>27</sup>, precisando, in questo contesto, che il rinvio previsto dal Protocollo

---

<sup>25</sup> Gli stranieri con permesso di soggiorno di lungo periodo, osserva la Corte, punto 6.3.1. del "Considerato in diritto" (ricordando la direttiva 2011/98, considerando n. 8) possono "rivendicare uno status più privilegiato" rispetto agli altri stranieri, perché sono "muniti di un tipo specifico di permesso di soggiorno".

<sup>26</sup> Cfr. il punto 8. del "Considerato in diritto".

<sup>27</sup> Cfr. *Le renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE et le renvoi prévu par le protocole n° 16 à la CEDH*, in *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2019, p. 127 ss. (*ivi* riferimenti); i pareri sono del 10.4.2019 (su richiesta della Corte di cassazione francese) e del 29.5.2020 (su richiesta della Corte costituzionale armena).

deve essere inteso come un nuovo strumento di collaborazione o dialogo non solo fra giudice nazionale e giudice europeo, ma fra giudici europei, e cioè Corte di giustizia e Corte EDU. Sotto quest'ultimo profilo la Corte di giustizia ha sottolineato nel noto parere 2/2013, e successivamente nella sentenza *XC, YB, ZA*, non solo le differenze rispetto al rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE, “chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati”, ma il possibile “pregiudizio” dell’ “autonomia” ed “efficacia” di tale procedura, nonché delle stesse “caratteristiche specifiche del diritto dell’Unione” nel caso in cui il rinvio alla Corte EDU sostituisce quello pregiudiziale<sup>28</sup>. La Corte teme il “rischio di elusione” della procedura *ex art. 267* TFUE da parte del giudice nazionale e sollecita la previsione di norme *ad hoc* circa l’ “articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16”. La preoccupazione sussiste malgrado le differenze fra i due rinvii, e quindi malgrado i limiti che il rinvio ai sensi del Protocollo n. 16 presenta: la legittimazione a proporlo (sono legittimate soltanto le più alte giurisdizioni nazionali); il carattere non vincolante dei pareri della Corte EDU; il controllo preventivo sulla ricevibilità delle domande che, comunque, la Corte EDU esercita<sup>29</sup>.

Non vi è dubbio che si tratti di meccanismi diversi, che non possono essere “vissuti” come antagonisti in un contesto che vuole assicurata (come ebbe ad esprimersi il presidente della Corte EDU al momento dell’entrata in vigore) uno sviluppo e integrazione della protezione dei diritti della persona, rafforzando il dialogo fra giudice europeo e giudice nazionale. Conformemente (sottolineo) al rapporto di sussidiarietà fra diritto e giudice nazionale, da un lato, e CEDU e Corte EDU, dall’altro lato, e nel rispetto del margine di apprezzamento proprio dello Stato e del suo giudice che chiede e si avvale di un parere consultivo, non vincolante<sup>30</sup>.

Se non vi fosse “dialogo”, invero, non sarebbe pregiudicato soltanto il diritto UE e le competenze della Corte di giustizia, ma l’intero sistema di protezione dei diritti dell’uomo, facendo venire meno quella necessità (già ricordata) ben affermata dalla Corte cost., di interpretazione non frammentaria, ma sistemica fra i diversi strumenti umanitari<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. il parere 2/13 del 18.12.2014, EU:C:2014:2475, spec. i punti 196-200; la sentenza del 24.10.2018, C-234/17, *XC, YB, ZA*, EU:C:2018:853, spec. punti 37-48 (con richiamo anche della sentenza 5.2.1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23).

<sup>29</sup> Sottolinea questa differenza, malgrado alcune analogie, l’avvocato generale H. Sangmansgaard Øe, conclusioni del 5.6.2018, causa *XC, YB, ZA* cit., EU:C:2018:391, punti 81-83.

<sup>30</sup> Si veda la presa di posizione del presidente dell’epoca, della Corte EDU, G. Raimondi, nel *communiqué de presse du Greffier de la Cour*, CEDH 276 (2018) dell’1.8.2018.

<sup>31</sup> Sulla necessità ricordata cfr. Corte cost. 264/2012 cit..



## Principi e diritti nella Carta e principi generali: sovrapposizioni, interferenze e assimilazioni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione rappresentata dall'acquisizione di carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 3. Diritti e principi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 4. La portata applicativa di diritti e principi e le conseguenze quanto agli effetti. – 5. L'attualità dei principi generali *ex art. 6, par. 3, TUE*. – 6. Conclusioni.

### 1. Premessa

Il presente contributo prende in esame tre specifici profili del contesto delineato dal titolo, dopo una previa analisi quanto al ruolo svolto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CdfUE o Carta) all'esito delle riforme operate, nel quadro istituzionale sovranazionale, dal trattato di Lisbona (par. 2).

Il primo profilo (cui è dedicato il par. 3) concerne il rapporto tra principi e diritti sanciti nella Carta, nonché tra questi e i principi generali del diritto (nel più comprensivo sistema dell'Unione europea), guardando alle loro sovrapposizioni e differenze. Si tratta di un tema che ha formato oggetto di grande attenzione da parte della dottrina, specie nei primi anni successivi all'entrata in vigore del trattato di Lisbona e alla conseguente acquisizione, da parte della Carta, di carattere giuridico vincolante pari a quello dei trattati (*ex art. 6, par. 1, TUE*<sup>1</sup> – normativa di c.d. rango primario), in uno con quello della (prospettata, seppur ancora inattuata) adesione dell'UE alla CEDU<sup>2</sup>. Nel 2009 si è finalmente realizzato quanto

---

<sup>1</sup> A mente del quale «[l']Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». Si ricordi che la Carta fu proclamata una “prima volta” a Nizza, in occasione del Consiglio europeo del 7 dicembre 2000, dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione. Fino al 2009, dunque, la Carta manifestava un «solenne impegno assunto dalle istituzioni di conformare la loro azione al pieno rispetto dei diritti ivi enunciati», ma rimaneva priva di effetti giuridici vincolanti (in questo senso, espressamente, v. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 256).

<sup>2</sup> Ad oggi – dopo il noto parere della Corte di giustizia (CGUE, parere 18 dicembre 2014, 2/13,



già aveva ipotizzato il c.d. trattato Spinelli del febbraio 1984<sup>3</sup>: l'Unione europea viene dotata di un catalogo scritto di diritti fondamentali e si prevede l'adesione dell'Unione stessa alla CEDU. Proprio alla luce di questa essenziale evoluzione, occorre indagare quali siano i contenuti della Carta e i contorni delle nozioni di "diritto" e "principio".

Un secondo approfondimento (par. 4) riguarda la *quaestio* – anch'essa oggetto di vivo interesse nei primi anni seguenti all'entrata in vigore del trattato di Lisbona e strettamente connessa alla prima – relativa alla differenza che sussiste tra diritti e principi e alle conseguenze che da questa *summa divisio* discendono in punto di effetti. Su tale profilo, giova sin d'ora osservare che l'art. 52, par. 5, CdfUE non è di semplice ed immediata interpretazione, offrendo differenti letture e, per questo, è necessario riferirsi alla – invero scarna e non sempre univoca – giurisprudenza della Corte di giustizia. Come si vedrà, non è facile l'identificazione del criterio discretivo tra gli uni e gli altri, sebbene le differenze implicino una significativa diversità di effetti e, quindi, utilizzazioni non sovrapponibili.

Infine, il terzo aspetto (par. 5) che merita interesse – e che, ancora una volta, aveva e ha sollecitato l'attenzione della dottrina – non può che riguardare l'utilità del mantenimento della previsione di cui all'art. 6, par. 3, TUE<sup>4</sup>, ovvero del riferimento, nei trattati, ai principi generali di diritto (fonte di rango primario attraverso

---

ECLI:EU:C:2014:2454, su cui v. *funditus* I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici) – non si è ancora registrata la formale adesione dell'Unione europea alla CEDU e ai suoi protocolli allegati nn. 1 e 6 e, di conseguenza, la Convenzione non costituisce una fonte direttamente vincolante per l'Unione. Tuttavia, la CEDU rileva, nell'ordinamento "comunitario", (i) come fonte esterna autonoma per gli Stati membri, che devono comunque rispettare le garanzie e i diritti dettati dalla CEDU anche quando applicano il diritto UE; (ii) come fonte di ispirazione per l'elaborazione dei principi generali e (iii) come *minimum standard* di tutela in caso di diritti corrispondenti (art. 52, par. 3, CdfUE). Per completezza, si ricorda che i negoziati per l'adesione dell'Unione alla CEDU sono stati ripresi (già il Consiglio "Giustizia e affari interni", 7 e 8 ottobre 2019 aveva indicato l'adesione come una priorità) a partire da fine settembre 2020, in cui si è tenuto il I nuovo, dopo il 2013, (il VI, complessivamente considerati) meeting del gruppo di lavoro 47+1. Dopo questo meeting se ne sono svolti altri 6. Il prossimo incontro, che sarà dunque l'VIII (XIII), era in programma tra l'1 e il 4 marzo 2022, ma è stato riprogrammato per il 10-13 maggio 2022, probabilmente per ragioni legate alla crisi ucraina.

<sup>3</sup> Il c.d. trattato Spinelli (più correttamente, un progetto di trattato) fu approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984 e intendeva promuovere un processo di costituzionalizzazione delle allora Comunità, nel cui contesto si collocava una specifica disposizione (l'articolo 4) in tema di tutela dei diritti fondamentali.

<sup>4</sup> L'art. 6, par. 3, TUE recita «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione *in quanto principi generali*».

cui si realizza la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale<sup>5</sup>), ora che l'Unione europea risulta dotata di un proprio catalogo scritto di diritti e principi. I principi generali sono frutto di una selezione ed elaborazione giurisprudenziale e, pertanto, norme non scritte, consolidate attraverso l'opera della Corte di giustizia specie ricorrendo a fonti eteronome (in particolare, alle previsioni della CEDU o a quelle dei trattati finalizzati alla tutela dei diritti fondamentali cui gli Stati membri hanno aderito o cooperato, nonché alle tradizioni costituzionali "comuni" agli Stati membri) che sono importate nell'ordinamento UE e piegate alle sue specificità (a garanzia dell'autonomia dell'ordinamento UE). Vi è chi ha sostenuto<sup>6</sup> che la disposizione in questione – la quale fa riferimento, appunto, ai principi generali – avrebbe anche potuto essere eliminata o comunque non riprodotta nel testo dei "nuovi" trattati come modificati a Lisbona, senza che ne risultassero inficiati né il sistema di tutela dei diritti fondamentali né il ruolo della Corte di giustizia (codificato comunque nell'art. 19 TUE). Eppure, la previsione è rimasta e si può dire che conservi, tutt'ora, un proprio ben preciso significato ed un'autonoma funzione<sup>7</sup>.

L'esame delle tematiche brevemente richiamate appare di primaria utilità, specie nella prospettiva dell'interpretazione e applicazione di norme della Carta che, in larga parte, hanno un pregresso nei principi generali di diritto e, quindi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

## 2. L'evoluzione rappresentata dall'acquisizione di carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Per compiere adeguatamente l'analisi dei temi appena accennati, risulta opportuno premettere alcune fondamentali considerazioni quanto alle finalità per cui la Carta è stata adottata prima e resa vincolante poi e al progressivo impatto applicativo che essa ha avuto negli ordinamenti nazionali, in particolare in quello italiano.

<sup>5</sup> Basti qui ricordare che la Corte di giustizia ha sancito, sin dalla fine degli anni Sessanta, l'obbligo dell'allora CEE e degli Stati membri di rispettare i diritti fondamentali degli individui in quanto principi generali: tale affermazione è contenuta per la prima volta in CGUE, sent. 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57, pt. 7.

<sup>6</sup> Limitando l'attenzione alla sola dottrina nazionale, qualche interrogativo è stato avanzato da L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4/2009, p. 645, spec. p. 650, ove l'Autore definisce almeno "dubbia" la scelta di conservare il par. 3 dell'art. 6 TUE.

<sup>7</sup> *Amplius*, sul ruolo dei principi generali di diritto dopo il trattato di Lisbona, sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2016, p. 21.

La Carta – la cui elaborazione (ai fini dell’attribuzione di valore giuridico vincolante<sup>8</sup>) aveva il duplice scopo di (i) assicurare certezza del diritto, *ratio* invero già in parte tradita per il fatto che essa è solo richiamata dai trattati e non in essi incorporata o ad essi allegata (così gettando alcune ombre sulla stessa, si pensi soltanto al tema della revisione<sup>9</sup>) e (ii) dare maggiore visibilità ai diritti fondamentali di cui i singoli godono – codifica in ampia misura i menzionati principi generali finalizzati alla tutela dei diritti fondamentali e, per parte di essi, provvede ad una cristallizzazione.

Non sempre, però, è possibile affermare con certezza che tutte le previsioni della Carta abbiano avuto un antecedente in un principio generale. Ad esempio, la disposizione sulle “ferie annuali retribuite” (di cui all’art. 31, par. 2, CdfUE) più volte è evocata nella giurisprudenza della Corte di giustizia, benché mai, in riferimento ad essa, si faccia uso esplicito del concetto di “principio generale”, utilizzando al contrario diverse espressioni quali «principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario»<sup>10</sup>. Anche nelle più recenti pronunce

---

<sup>8</sup> Si ricordi che anche prima di diventare cogente, la Carta è sempre stata considerata qualcosa in più di un mero atto di *soft law*. E del resto essa venne elaborata fin dall’inizio “come se” dovesse assumere valore vincolante, secondo l’impostazione originaria “in vista del suo inserimento nei trattati” (v. il discorso del Presidente della Convenzione che elaborò il testo della Carta proclamata nel 2000, Roman Herzog, del 17 dicembre 1999, Documento-Charte 4105/00, allegato n. 1). Essa è stata in particolare utilizzata, già nei primi mesi successivi alla sua proclamazione, dal Tribunale (allora ancora di primo grado) e dagli avvocati generali come argomento *a fortiori* per ribadire soluzioni o principi già giustificate o sanciti da altre disposizioni comunitarie (v., per tutti, conclusioni dell’avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BETCU*, pt. 26-27; Tribunale, sent. 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quére et Cie SA v Commissione*, pt. 42 ss., ECLI:EU:T:2002:112. La prima pronuncia in cui la Corte di giustizia ne fa un uso di questo tipo risale, invece, al 2006 (CGUE, sent. 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo v Consiglio*, pt. 38, ECLI:EU:C:2006:429). Così, le istituzioni politiche, i cui Presidenti proclamarono la Carta nel 2000, si considerano di fatto vincolate alle sue disposizioni sin da tale data ed essa viene di regola richiamata, quale parametro di legittimità, negli atti di diritto derivato che vengono adottati (tanto nel primo quanto nell’allora terzo pilastro dell’Unione) dopo la sua proclamazione (v., per tutti, il trentasettesimo considerando del regolamento (CE) n. 1/2003 concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *GUUE*, 4 gennaio 2003, L 1, p. 1; e, già, il dodicesimo considerando della decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d’arresto europeo (MAE) e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *GUUE*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1).

<sup>9</sup> Sul valore giuridico della Carta e con particolare analisi delle problematiche legate alla sua revisione e alla sua mancata ratifica insieme con il trattato di Lisbona, v., per tutti, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 4/2008, p. 655.

<sup>10</sup> Per tutte, v. CGUE, sent. 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BETCU*, ECLI:EU:C:2001:356, pt. 43.

relative all'interpretazione dell'art. 31, par. 2, CdfUE<sup>11</sup> – pur chiarendosi che si tratta di un diritto che ha un pregresso riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia – si adoperano espressioni analoghe a quelle testé richiamate, ma non fa mai riferimento alla categoria del principio generale, sebbene ne sussistano in pieno le caratteristiche<sup>12</sup>.

La dottrina si è chiesta se e in quale misura si possa dire che la Carta sia (stata) in grado di aggiungere anche diritti (e principi) nuovi rispetto a quelli che già risultavano codificati negli strumenti pattizi internazionali o nelle costituzioni dei Paesi membri: in particolare, l'emersione (e consacrazione) di nuovi diritti legati agli sviluppi sociali, scientifici e tecnologici consente di non parlare di «semplice e ordinata "riaffermazione" di ciò che già si ritrovava nel panorama della fonti, frammentariamente rilevanti (tradizioni costituzionali, CEDU, altri obblighi internazionali comuni agli Stati membri, carte sociali delle istituzioni dell'Unione e del Consiglio d'Europa, giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo), ma di reale incremento del novero dei diritti tutelati»<sup>13</sup>. A titolo di esempio, l'art. 8 CdfUE contiene una specifica garanzia quanto alla protezione dei dati di carattere personale, esigenza che certo si spiega alla luce delle istanze di tutela e garanzie più recenti, sebbene – come risulta dalle Spiegazioni alla Carta – anche tale previsione trovi fondamento nell'articolo 8 CEDU e in una convenzione del 1981 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, ratificata da tutti gli Stati membri<sup>14</sup>.

A fronte di queste considerazioni sulla portata innovativa della Carta, ci si può altresì chiedere se essa abbia, *inter alia*, contribuito a produrre, nello scenario dei

<sup>11</sup> In proposito, fondamentali sono le tre coeve sentenze della Corte del 6 novembre 2018 (CGUE, sent. 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871; causa C-619/16, *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:872; causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, ECLI:EU:C:2018:874); successivamente, v. anche CGUE, sent. 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco*, ECLI:EU:C:2019:43. In tema, numerosi spunti si possono trarre dai contributi pubblicati in un apposito numero della rivista *Federalismi* dedicato a *Diritti fondamentali e Corti: riflessioni a partire da un convegno tenutosi presso la Corte di cassazione*, 22 maggio 2019.

<sup>12</sup> V., per tutte, CGUE, sent. 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, cit. pt. 39.

<sup>13</sup> M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71, spec. p. 82.

<sup>14</sup> Sulla genesi dell'art. 8 CdfUE, v. O. POLLICINO, M. BASSINI, *Articolo 8*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 134, nonché M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 12.

rapporti interordinamentali, una modificazione: se, a mio avviso, non vi è stata un'alterazione nella sostanza, è tuttavia evidente che vi è stata, almeno sotto un profilo formale, una mutazione, legata alla maggiore e più consapevole percezione del ruolo delle fonti UE che l'interprete nazionale, *in primis* il magistrato, avverte oggi.

In questo senso, si è parlato di un effetto di traboccamento o *spill-over* della Carta<sup>15</sup>, nonostante richiami specifici – anche da parte della Corte costituzionale<sup>16</sup> – ai limiti di applicazione della stessa, il cui perimetro si estende a quello che viene ormai definito come “cono d'ombra”<sup>17</sup> del diritto UE, ai sensi dell'art. 51, par. 1, CdfUE: in questo senso, è evidente come la Consulta, specie nella chiusura della vicenda *Taricco*<sup>18</sup> e con il famoso *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017<sup>19</sup>, abbia inteso riassicurarsi il compito di offrire, in via prioritaria se non addirittura esclusiva, la tutela dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e dei diritti (forse non più solo inalienabili, ma anche più generalmente) fondamentali della persona.

E che, poi, la Carta non abbia davvero cambiato lo schema dei rapporti – e non sia la vera *ratio* del controverso snodo della pronuncia da ultimo richiamata – è confermato dalla giurisprudenza successiva della Corte costituzionale, che ha esteso la sfera operativa del sindacato accentrato di costituzionalità anche ai casi di contrasto tra la norma interna e la disposizione di diritto derivato che tuteli un diritto fondamentale<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> L'espressione è di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2018, p. 149, spec. p. 153. Tra i tanti che hanno ripreso e sviluppato il tema v. R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2019, p. 175, spec. p. 208. Un esempio di “traboccamento” – oltre a quelli elencati dall'Autore nel contributo da ultimo richiamato – può essere tratto da una sentenza del Tribunale di Trieste (sent. 7 dicembre 2013, n. 986), in cui l'art. 17 CdfUE (che tutela il diritto di proprietà) viene invocato dal giudicante per sostenere la risarcibilità anche del danno non patrimoniale in una causa per un allagamento di un appartamento in condominio.

<sup>16</sup> V., per tutte, Corte cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80, pt. 5.5 e sent. 24 marzo 2016, n. 63, pt. 7.

<sup>17</sup> Espressione ormai ricorrente, inaugurata in lingua inglese («the shadow of substantive EU rule») da K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (s.d.d.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Hommage en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruxelles, p. 107, spec. p. 117; in Italia, *ex multis*, v. R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta online*, 2 novembre 2020, p. 578; M. CARTABIA, *L'impatto costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 179.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115.

<sup>19</sup> Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269, spec. pt. 5.2.

<sup>20</sup> V. Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20; Corte cost., ord. 30 luglio 2020, n. 182.

In quest’ottica, semmai, è interessante osservare che l’emersione di numerose questioni di interazione tra le disposizioni della Carta e della Costituzione volte a proteggere specifici diritti individuali deriva dall’estensione delle competenze dell’Unione europea in materia penale<sup>21</sup>, settore nel quale la tutela delle garanzie personali assume particolare preminenza, come la stessa “saga” *Taricco*<sup>22</sup> ha disvelato.

### 3. Diritti e principi nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

Nell’attività di codificazione e cristallizzazione dei principi generali, la Carta ha fatto impiego di un linguaggio diverso rispetto a quello passato, in particolare ha operato una *summa divisio* tra diritti e principi. L’impiego di due nozioni differenti presuppone l’esistenza di criteri discretivi che consentano di sceverare gli uni dagli altri, in quanto – come già si è accennato e come si dirà meglio *infra* – dalla qualificazione di una norma come (espressione di) diritto o principio discendono fondamentali conseguenze in termini di portata e funzione.

Per distinguere le funzioni e la portata di diritti e principi, nonché per comprenderne il legame con i “precedenti” principi generali, un qualche ausilio interpretativo può essere offerto da due clausole orizzontali della Carta<sup>23</sup>.

La prima è rappresentata dall’art. 51, par. 1, CdfUE, secondo cui le istituzioni e gli Stati membri *rispettano* i diritti, mentre *osservano* i principi e ne promuovono l’applicazione. Come è stato osservato in modo condivisibile, la divergenza tra formule verbali descrive in modo efficace la differente intensità del vincolo cui gli Stati membri sono tenuti, in quanto la «soggezione dei destinatari della previsione rispetto ai diritti piuttosto che ai principi è indubbiamente segno di una concezione quasi programmatica del principio, contrapposta al carattere imperativo del diritto»<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> V., in proposito, gli artt. 82 e 83 TFUE e le direttive che, in materia processuale (art. 82 TFUE) e sostanziale (art. 83 TFUE), sono state adottate nell’ultimo decennio. Sotto questo profilo sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Legislazione penale*, 4 febbraio 2019, spec. p. 18.

<sup>22</sup> Vicenda ormai celebre, sulla quale la letteratura giuridica è copiosa.

<sup>23</sup> Per questa categoria v. già R. ALONSO GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 21. Da ultimo, sulla “*summa divisio*” tra diritti e principi v. L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, *Cosa è e cosa rimane della distinzione Tra principi e diritti?*, in, Torino, C. AMALFITANO, M. D’AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*. Atti del convegno svoltosi nell’Università degli Studi di Milano a vent’anni dalla sua proclamazione, Torino, 2022, p. 67 ss.

<sup>24</sup> M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali*, cit., p. 83.



Altrettanto rilevante è il già richiamato art. 52, par. 5, CdfUE<sup>25</sup>. Si tratta, come noto, di una previsione che – dopo (i) la clausola generale di cui par. 1, che definisce le condizioni per limitare (legittimamente) un diritto sancito dalla Carta e (ii) la c.d. clausola di omogeneità (o equivalenza, o coerenza) di cui al par. 3, per cui i diritti sanciti dalla Carta che abbiano un corrispondente CEDU devono essere interpretati e applicati sulla base della parallela disposizione convenzionale<sup>26</sup> – ricorda che le disposizioni contenenti principi possono trovare attuazione attraverso provvedimenti normativi ed esecutivi europei o nazionali. Inoltre, si sancisce che queste norme possono essere invocate dinanzi al giudice soltanto con finalità interpretative e per il controllo della legittimità degli atti: soltanto in questa dimensione acquisiscono rilevanza, attraverso un “diaframma” normativo<sup>27</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, un esame della clausola di cui all’art. 52, par. 5, CdfUE si rinviene nella sola sentenza *Glatzel*<sup>28</sup> e con riferimento all’art. 26 CdfUE (“Diritto all’inserimento delle persone con disabilità”), chiaramente definito dalle Spiegazioni come principio. Nella precedente e più nota (rispetto alla questione della distinzione tra diritti e principi nella Carta) sentenza *AMS*<sup>29</sup> la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell’art. 27 CdfUE (“Diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa”), non esamina (e neppure menziona) l’art. 52, par. 5, diversamente da quanto aveva fatto l’avvocato generale nelle proprie conclusioni, e lo stesso silenzio emerge dalle più recenti pronunce sul diritto alle ferie annuali retribuite<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Su tale previsione v., per tutti, F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 1061. Sulla distinzione tra diritti e principi v. anche, inter alia, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 195 ss.

<sup>26</sup> Secondo il criterio del c.d. *minimum standard*, (i) alla luce del quale le istituzioni dell’Unione possono innalzare livello di tutela rispetto alla soglia offerta dal sistema CEDU, e (ii) pur consentendo, tale *minimum standard*, il rispetto dell’autonomia dell’ordinamento UE, alla luce di quanto indicano le Spiegazioni, *sub* art. 52, par. 3 (Spiegazioni nelle quali sono elencate le corrispondenze tra previsioni della Carta e previsioni della CEDU e dei suoi protocolli).

<sup>27</sup> R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto*, cit., p. 180.

<sup>28</sup> CGUE, sent. 22 maggio 2014, causa C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350.

<sup>29</sup> CGUE, sent. 14 gennaio 2014, causa C-176/12, *AMS*, ECLI:EU:C:2014:2.

<sup>30</sup> L’art. 52, par. 5, CdfUE non è esaminato (a dire il vero neppure richiamato) dalla Corte neppure in due sentenze (CGUE, sent. 27 febbraio 2014, causa C-470/12, *Pobotovos*, ECLI:EU:C:2014:101 e sent. 4 febbraio 2015, causa C-647/13, *Melchior*, ECLI:EU:C:2015:54) precedute da conclusioni degli avvocati generali Wahl e Mengozzi in cui costoro avevano sostenuto la natura di principio, rispettivamente, alla previsione di cui all’art. 38 CdfUE «Nelle politiche dell’Unione è garantito un

L'assenza di una chiara presa di posizione da parte della Corte di giustizia sul punto pare potersi imputare alla volontà di non vincolarsi eccessivamente per il futuro: il giudice lussemburghese si limita a rispondere ai quesiti ad esso sottoposti (sulla natura delle due previsioni rilevanti nei casi di specie) nei soli termini utili e necessari al giudice *a quo*, ma si riserva piena discrezionalità nel definire la portata delle singole previsioni della Carta di cui, volta a volta, le sarà richiesta l'interpretazione.

Neppure le Spiegazioni relative all'art. 52, par. 5, CdfUE forniscono una soluzione definitiva. Ivi si legge, al pari di quanto già nello stesso testo cogente della disposizione, che ai principi si dà attuazione tramite atti legislativi o esecutivi, a livello sovranazionale o interno; e che i principi assumono rilevanza per il giudice solo quando gli atti attuativi sono interpretati o sottoposti a controllo e, di conseguenza, non consentono l'esercizio di dirette pretese nei confronti delle istituzioni UE o delle autorità nazionali. Nelle Spiegazioni, si indicano – in via esemplificativa – come principi quelli consacrati dagli artt. 25, 26 e 37 CdfUE (segnatamente dedicati ai diritti degli anziani, delle persone con disabilità e alla tutela ambientale) e si evidenzia che, in alcuni casi, è possibile che un medesimo articolo della Carta contenga elementi sia propri di un diritto sia di un principio: ad esempio, gli artt. 23, 33 e 34 CdfUE (rispettivamente in tema di parità di genere<sup>31</sup>, di tutela della vita familiare e professionale, di sicurezza e assistenza sociale). Anche tali enunciazioni contenute nelle Spiegazioni appaiono incapaci di offrire una chiara illustrazione della differenza intercorrente tra le due categorie. Inoltre, alla difficoltà di ricostruire un netto *discrimen* contribuiscono (i) la scarsa corrispondenza tra la formulazione dell'art. 52, par. 5, CdfUE e la qualificazione impiegata, di volta in volta, dalla Carta stessa, e (ii) l'assenza di una linea distintiva sempre coerente quanto agli effetti che la singola disposizione può produrre.

Perciò, si può affermare che la terminologia – diritto o principio – cui la Carta ricorre non deve ritenersi vincolante, assumendo «piuttosto rilievo la for-

---

livello elevato di protezione dei consumatori» e di cui all'art. 34, par. 1, CdfUE «L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali».

<sup>31</sup> L'art. 23, par. 1, CdfUE codifica il diritto alla parità tra uomo e donna in ambito lavorativo, riconosciuto dalla Corte di giustizia quale principio generale di diritto già con la sentenza *Defrenne* dell'8 aprile 1976 (causa 43/75, ECLI:EU:C:1976:56). In tema v., da ultimo, CGUE, sent. 19 novembre 2020, causa C-93/19 P, *SEAE/Hebberecht*, ECLI:EU:C:2020:946, pt. 38. Che, invece, l'art. 23, par. 2, CdfUE assuma il carattere di mero principio v. espressamente le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, 23 aprile 2020, nella stessa causa C-93/19 P, ECLI:EU:C:2020:305, pt. 44.



mulazione della norma e la sua concreta suscettibilità di conferire una pretesa capace di essere immediatamente tutelata senza che sia richiesta l'intermediazione di altre misure – nazionali o comunitarie – piuttosto che la mera indicazione di una “direzione” programmatica che deve ispirare il legislatore – nazionale e comunitario – a conseguire l'obiettivo indicato<sup>32</sup>. E lo stesso giudice lussemburghese pare procedere alla qualificazione di una disposizione come diritto o principio sulla base della formulazione della singola norma: il carattere preciso, diretto e incondizionato di una previsione la rende inquadrabile come diritto soggettivo, al contrario i contorni maggiormente indeterminati e programmatici paiono suggestivi della classificazione della norma rilevante come principio<sup>33</sup>.

Numerose sono le disposizioni rispetto alle quali è stata sollecitata una riflessione quanto alla natura di diritto o principio.

In termini generici, si è tradizionalmente sostenuto che il titolo IV, rubricato “solidarietà”, conterrebbe solo principi – fors'anche per il timore di alcuni governi circa il fatto che alcune pronunce della Corte di giustizia in questa materia avrebbero finito per incidere sulla competenza esclusiva in tema di finanze nazionali<sup>34</sup> –: ma la formulazione di alcune disposizioni sembrerebbe in contrasto con questo approccio, basti pensare all'art. 31, par. 2, CdfUE (in tema di durata massima del lavoro, di riposo e ferie annuali retribuite) o all'art. 29 CdfUE (circa il servizio di collocamento).

Talvolta è la formulazione stessa delle disposizioni a lasciare aloni d'incertezza. In questo senso, l'art. 34 CdfUE mostra una formulazione ambigua, poiché se nei tre paragrafi si fa sempre cenno alle «modalità previste dal diritto dell'Unione e le legislazioni e le prassi nazionali», è altrettanto evidente che negli stessi si parla di un “diritto”: di conseguenza, non sembra che questa disposizione configuri necessariamente un principio<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali*, cit., p. 85.

<sup>33</sup> R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto*, cit., p. 186.

<sup>34</sup> R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto*, cit., p. 179: secondo l'A., la distinzione in esame rappresenta l'esito di un compromesso raggiunto in sede di revisione della Carta e dettato dal timore di alcuni Stati membri di non consentire, attraverso la Carta, un margine di (eccessiva) “giustiziabilità” dei diritti sociali.

<sup>35</sup> Sarà interessante notare se qualche specificazione al riguardo verrà fornita dalla Corte di giustizia nella causa C-350/20, rispondendo ai quesiti posti dalla Corte costituzionale nella citata ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 182/2020. Su tale ordinanza, anche per più ampie considerazioni su diritti e principi nella Carta, v. per tutti D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte Costituzionale*, in *Eurojus*, 19 dicembre 2020.

Altrettanto, l'art. 9 CdfUE – rubricato «diritto a sposarsi e di costituire una famiglia» – potrebbe intendersi come un diritto in quanto tale, nonostante anche in questo caso vi sia il riferimento alla legislazione nazionale e agli Stati membri competenti, in ogni caso, determinare le modalità con cui esso si concretizza. Alla luce delle Spiegazioni di questa disposizione, si ritiene che l'art. 9 CdfUE non imponga agli Stati membri di riconoscere il diritto di sposarsi anche alle coppie omosessuali, tuttavia la Corte di giustizia potrebbe – sollecitata anche dalla Corte EDU<sup>36</sup> e dalla sintesi delle tradizioni costituzionali comuni – ritenere oggi consolidato un nuovo principio generale o fondare un'interpretazione estensivo-evolutiva dell'art. 9 CdfUE<sup>37</sup>.

Non meno anomalo, quanto alla qualificazione, risulta il divieto di *bis in idem* (art. 50 CdfUE), usualmente qualificato come principio, ma inteso come un vero e proprio diritto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>38</sup>. Sorte esattamente contraria, invece, per l'art. 27 CdfUE, in tema, come visto, di informazione e consultazione dei lavoratori nell'ambito dell'impresa: in quel caso, la disposizione contiene un chiaro riferimento al “diritto”, ma la giurisprudenza della Corte di giustizia la configura come espressiva di un principio<sup>39</sup>.

La ricognizione effettuata dimostra come, in termini concreti, sia sostanzialmente contraddetta l'esigenza di assicurare, attraverso la produzione di un catalogo scritto, il massimo grado di certezza del diritto: la questione sulla natura di una disposizione è di fatto rimessa alla Corte di giustizia e viene operata sulla base dei contenuti della Carta, nonché attraverso la collaborazione del giudice nazionale che – a seconda del caso – può o deve esperire il rinvio pregiudiziale interpretativo *ex art. 267 TFUE*.

<sup>36</sup> Corte Edu, sent. 21 luglio 2015, *Oliari e a. c. Italia*. Il giudice di Strasburgo ha affermato l'obbligo, per l'Italia, di riconoscere legalmente e tutelare le coppie omosessuali: l'assenza – all'epoca – di un adeguato quadro normativo, da cui derivava l'impossibilità di assicurare un'adeguata garanzia all'unione affettiva tra cittadini *same sex*, è stata ritenuta lesiva del diritto di cui all'art. 8 CEDU.

<sup>37</sup> Sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, cit., p. 61.

<sup>38</sup> CGUE, sent. 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, pt. 43; causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, ECLI:EU:C:2018:193, pt. 45. Già in precedenza, ancor prima che potesse applicarsi l'art. 50 CdfUE, del *ne bis in idem* si forniva una lettura come diritto fondamentale: in tal senso v. già l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni (del 20 ottobre 2005) relative alla causa C-436/04, *Van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2005:630, pt. 21.

<sup>39</sup> CGUE, sent. 14 gennaio 2014, causa C-176/12, *AMS*, cit., pt. 47 ss.

#### 4. La portata applicativa di diritti e principi e le conseguenze quanto agli effetti

L'ordinamento giuridico dell'Unione – all'esito delle modifiche istituzionali apportate dal trattato di Lisbona – conosce, come si è già detto, plurimi strumenti giuridici attraverso i quali è possibile assicurare piena protezione ai diritti delle persone.

Una prima categoria è costituita dai diritti *stricto sensu* intesi e sanciti dalla Carta: ovvero posizioni giuridiche soggettive perfette, azionabili e tutelabili direttamente in giudizio per iniziativa di colui al quale ne spetti la titolarità.

Una seconda è, invece, rappresentata dai principi, la cui enunciazione normativa nella Carta già evidenzia una minore efficacia soggettiva, in quanto vincola le istituzioni e gli Stati membri soltanto nella misura in cui provvedono all'attuazione degli stessi e, così, sono parametro di legalità o di compatibilità per la norma attuativa del principio. Il rispetto dei principi, da parte degli Stati membri, si impone a questi ultimi in ogni occasione in cui operino in un settore che ricade nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione europea, onde evitare che il perimetro applicativo del principio stesso risulti indebitamente ristretto<sup>40</sup>.

I principi delineati dalla Carta – e da essa contrapposti ai diritti e alle libertà – si contraddistinguono per avere un *quid minoris* rispetto ai principi generali. Questo “difetto” si può apprezzare in una duplice dimensione: in primo luogo, i principi contenuti nella Carta richiedono una forma di attuazione attraverso strumenti normativi dell'Unione europea e/o nazionali; in secondo luogo, i principi non sono immediatamente invocabili per contestare la legittimità della norma (sovranzionale o interna) se quest'ultima non è stata immediatamente adottata per realizzare quello specifico principio<sup>41</sup>.

I principi generali, ai quali è stata riconosciuta la capacità di produrre effetto diretto, sono – se si volesse adoperare il linguaggio della Carta – equiparabili ai diritti. Di conseguenza, principi generali e diritti sono capaci di applicarsi direttamente sia nei rapporti verticali, sia in quelli orizzontali, come è stato espressamente riconosciuto dalla recente giurisprudenza “sulle ferie”<sup>42</sup>, anticipata da al-

---

<sup>40</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, 18 luglio 2013, causa C-176/12 cit., spec. pt. 28 ss.

<sup>41</sup> M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali*, cit., p. 82-83. Questa impostazione pare quella “sposata” dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Glatzel*. Per una possibile diversa lettura per cui il principio vale come parametro di legittimità ogniqualevolta si rientri nell'ambito di applicazione del diritto UE e quindi anche se l'atto (UE o nazionale) non è diretta attuazione del principio v. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Articolo 52*, cit., p. 1078.

<sup>42</sup> CGUE, sent. 6 novembre 2018, *Bauer*, cit., pt. 89; *Max-Planck*, cit., pt. 76-81; per una diffusa analisi, M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto*, online in *Federalismi*, 22 maggio 2019.

cune pronunce in cui la Corte ha affermato l'effetto diretto del principio (*rectius*, diritto) alla non discriminazione anche nei rapporti orizzontali<sup>43</sup>.

Al principio sancito dalla Carta è invece precluso l'effetto diretto e, con esso, l'immediata invocabilità dinanzi al giudice nazionale; questi potrà, ove nella controversia sia coinvolta la misura di attuazione, impiegare il principio a fini interpretativi e, qualora dovesse – nonostante lo sforzo esegetico – permanere una forma di antinomia con la disposizione nazionale, occorre ricorrere a quello strumento (in Italia il giudizio di legittimità costituzionale) che consenta il superamento della frizione, ma senza che possa aversi l'immediata disapplicazione della norma interna contrastante. Laddove l'illegittimità fosse della stessa norma “comunitaria” di diritto derivato, dinanzi al giudice dell'Unione potrebbe ottenersene l'annullamento per il tramite di un ricorso *ex art. 263 TFUE*, ovvero conseguirsi la disapplicazione *incidenter tantum* nelle forme dettate dall'art. 277 TFUE<sup>44</sup> o, ancora, una dichiarazione di invalidità a valle di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Merita precisare che non è possibile invocare l'effetto diretto di una disposizione della Carta contenente un principio per il tramite di un atto di diritto derivato (una direttiva) che non ne sia diretta attuazione, sebbene possa, in una certa misura, costituirne la specificazione o declinazione. Se la norma della direttiva è chiara, precisa e incondizionata nel contenuto, allora è possibile invocare l'effetto diretto di quest'ultima, ma – secondo la tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>45</sup> – soltanto nei rapporti verticali<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> CGUE, sent. 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, ECLI:EU:C:2016:278, in relazione al principio di non discriminazione sulla base dell'età; CGUE, sent. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, pt. 76, con riguardo al principio di non discriminazione sulla base delle convinzioni personali e religiose. Analogamente, nel senso che, non essendo applicabile la Carta *ratione temporis*, il corrispondente principio generale è invocabile anche nei rapporti orizzontali v. la successiva sentenza *I.R.* (11 settembre 2018, causa C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696).

<sup>44</sup> M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali*, cit., p. 83.

<sup>45</sup> Quanto alle sentenze storiche sul diniego di effetti diretti orizzontali delle direttive basti richiamare CGUE, sent. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, EU:C:1986:84, pt. 46 e sent. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, EU:C:1994:292, pt. 20.

<sup>46</sup> Nella già citata sentenza *AMS*, la Corte ha specificato che non è possibile effettuare una lettura in combinato disposto del principio (incompleto) e di una direttiva, pur dotata dei presupposti di chiarezza, precisione e incondizionatezza, al fine di invocare l'applicabilità del principio stesso in rapporti orizzontali. In questi casi, qualora il legislatore nazionale non abbia provveduto alla tempestiva, piena e corretta trasposizione della direttiva in esame, il singolo privato può avvalersi del ristoro derivante dall'azione di responsabilità extracontrattuale per la violazione del diritto dell'Unione europea, nel solco dell'ormai celebre pronuncia *Franovich* (CGUE, sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, ECLI:EU:C:1991:428). V., sul punto, M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali*, cit., p. 88.

Quanto alla possibilità di impiegare in giudizio un diritto sancito dalla Carta, occorre precisare che è corretto parlare di effetto diretto della previsione rilevante e non di diretta applicabilità, come del resto è per i principi generali e le norme dei trattati (che ne abbiano le caratteristiche). Sebbene sia sempre più frequente, anche nella giurisprudenza della Corte<sup>47</sup>, la sovrapposizione delle due categorie (diretta applicabilità ed effetto diretto), e benché nella sostanza si possa dire che effettivamente non vi siano differenze quanto alle conseguenze – il risultato essendo comunque e sempre almeno la disapplicazione e possibilmente anche l'applicazione della norma UE invece di quella nazionale confliggente – è preferibile parlare per le norme della Carta di effetto diretto. Ciò in ragione del fatto che la Carta ha il medesimo valore giuridico dei trattati, pertanto al pari delle previsioni del trattato (che ne abbiano i requisiti, ovvero siano chiare precise e incondizionate), è corretto parlare di effetto diretto: la Carta, in quanto (soltanto) richiamata dall'art. 6, par. 1, TUE deriva la propria efficacia, nell'ordinamento nazionale, dalla copertura che la legge di esecuzione offre ai trattati e, così, anche alla Carta stessa; passandosi, appunto, per il tramite della legge di esecuzione non sembra corretta, in termini strettamente giuridici, impiegare l'espressione e l'istituto della diretta applicabilità che, come ben noto, sussiste laddove una disposizione di diritto UE produce effetti anche negli ordinamenti degli Stati membri senza che sia necessaria una norma attuativa (UE o nazionale).

Può anche ipotizzarsi, in chiusura, che un principio possa, in futuro, mutare la propria fisionomia in un diritto, con le conseguenze rilevanti già osservate, in primo luogo la capacità di produzione di effetti diretti: ciò potrebbe accadere, in particolare, mediante la giurisprudenza “espansiva” della Corte di giustizia, sollecitata da un'evoluzione di carattere tecnologico, scientifico o culturale, nonché dalla sensibilità dei giudici nazionali.

## 5. L'attualità dei principi generali ex art. 6, par. 3, TUE

L'avvenuta codificazione dei principi generali come diritti o principi nella Carta induce, come anticipato, a soffermarsi sull'utilità della permanenza, all'interno dei trattati, del richiamo ai principi generali “non scritti” a tutela dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE.

La dottrina, sul punto, appare non unanime; tuttavia, anche coloro che tendono a sottolineare l'aspetto ormai obsoleto di siffatti principi generali riconoscono poi alla Corte di giustizia una funzione interpretativa e creativa almeno alla luce dell'art. 19 TUE. In realtà, appare – almeno a mio avviso – corretto ricordare che ancor oggi i principi generali svolgono una funzione tutt'altro che superflua

---

<sup>47</sup> CGUE, sent. *Garlsson Real Estate e a.*, cit., pt. 41 ss., ove la Corte, con riguardo al principio del *ne bis in idem*, dice chiaramente che si tratta di un “diritto immediatamente applicabile”.

all'interno dell'ordinamento europeo, il loro ruolo essendo meritevole di valorizzazione, tanto “*accanto alla*” Carta, quanto “*oltre la*” Carta.

In particolare, si possono accennare quattro ipotesi in cui l'impiego dei principi generali può ancora rivestire una funzione di primaria importanza<sup>48</sup>.

In primo luogo, si tratta di quelle fattispecie che non sono coperte *ratione temporis* dall'ambito di operatività della Carta. La Corte di giustizia ha affermato di non riconoscere a quest'ultima efficacia retroattiva rispetto al momento in cui la Carta stessa, attraverso il trattato di Lisbona, è entrata in vigore<sup>49</sup>. Pertanto, per le controversie insorte prima che, il 1° dicembre 2009, la Carta acquisisse lo stesso rango dei trattati o comunque aventi ad oggetto fattispecie collocate temporalmente prima di tale data, possono venire in rilievo e si possono applicare soltanto i principi generali.

Un secondo scopo cui i principi generali possono tutt'ora adempiere concerne la loro funzione suppletiva o complementare rispetto a fattispecie alle quali la Carta non potrebbe applicarsi *ratione personae*. Un valido esempio in questo senso è offerto dall'art. 41 CdfUE, che consacra il diritto alla buona amministrazione, sancito soltanto rispetto all'attività delle istituzioni europee: gli Stati membri, tuttavia, sono vincolati agli obblighi sanciti dall'art. 41 in virtù di un corrispondente principio generale, come ha espressamente stabilito la stessa Corte di giustizia<sup>50</sup>.

Ancora, si può prospettare l'utilità dei principi generali laddove ad alcuni Stati membri si ritenga applicabile un particolare regime di *opting-out*, tale da ritenere questi ultimi non sottoposti ad alcuni obblighi sanciti dalla Carta. Può ad esempio indicarsi il caso della Polonia, che, in virtù del protocollo n. 30 allegato ai trattati, potrebbe invocare l'esclusione dei vincoli discendenti dal titolo IV della Carta stessa. Se anche si accedesse all'opzione interpretativa per cui tale protocollo davvero esoneri la Polonia (e un tempo il Regno Unito) dall'applicazione di quelle disposizioni della Carta<sup>51</sup>, tale Stato sarebbe in ogni caso chiamato a rispettare i corrispondenti principi generali di diritto, capaci di subentrare in via “suppletiva”.

<sup>48</sup> *Amplius*, sul ruolo dei principi generali di diritto dopo il trattato di Lisbona, come già anticipato, si rinvia a C. AMALFITANO, *Il diritto non scritto nell'accertamento dei diritti fondamentali dopo la riforma di Lisbona*, cit..

<sup>49</sup> CGUE, sent. 26 marzo 2015, causa C-316/13, *Fenoll*, ECLI:EU:C:2015:200, pt. 45-46; sent. 11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696, pt. 69.

<sup>50</sup> CGUE, sent. 5 novembre 2014, causa C-166/13, *Mukarubega*, ECLI:EU:C:2014:2336, pt. 44-45; sent. 11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida*, ECLI:EU:C:2014:2431, pt. 33-34.

<sup>51</sup> Si ricordi che, nonostante la formulazione piuttosto ambigua (almeno ad una prima lettura) delle disposizioni che compongono tale protocollo, la non configurabilità di un *opt-out* rispetto alle norme della Carta è stata chiarita dalla Corte di giustizia, con riguardo al suo art. 1, par. 1, nella sent. 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e a.*, ECLI:EU:C:2011:865, pt. 116. Relativamente al par. 2 del citato art. 1 e all'art. 2 del protocollo n. 30 non si rinvencono ancora interventi interpretativi della Corte di giustizia, ma anche rispetto ad essi sembra ragionevole la tesi, pressoché unanime in dottrina, che ne esclude l'idoneità a sottrarre i due Stati membri dagli obblighi imposti dalla Carta.

Infine, ai principi generali di cui alla previsione in parola si può attribuire una funzione integrativa e supplementare rispetto alla Carta, da intendere alla luce del *favor* per la progressiva evoluzione del processo di integrazione europea. Questa può, a ben vedere, ritenersi la *ratio essendi* dell'art. 6, par. 3, TUE nel contesto giuridico attuale caratterizzato dall'efficacia vincolante della Carta.

La permanenza dei principi generali tra le fonti di diritto primario assicura all'Unione europea, per il tramite della Corte di giustizia, la possibilità di consacrare un diritto ulteriore rispetto a quelli enunciati dalla Carta a fronte, ad esempio, di una "nuova" norma inserita nel panorama della CEDU o in altro trattato deputato alla tutela dei diritti fondamentali o, altresì, dinanzi ad una tradizione costituzionale comune che possa considerarsi "innovativa" rispetto al panorama esistente dei principi generali e delle norme della Carta. Ciò consente di assicurare all'ordinamento sovranazionale un adeguato grado di autonomia nella elaborazione dei diritti che esso protegge, permettendo di arrivare a questo risultato attraverso un processo certamente più rapido rispetto a quello rappresentato dall'eventuale procedura di revisione della Carta (che, come accennato, disvela tutt'oggi non pochi interrogativi quanto alle modalità da seguire) e tale da consentire una tempestiva conformazione alle istanze culturali, sociali, scientifiche, tecnologiche. Del resto, a questa funzione integratrice e adeguatrice provvede la Corte di giustizia, in particolare attraverso un progressivo dialogo con gli interlocutori più qualificati – come le Corti costituzionali – che possono concorrere all'evoluzione del sistema, rendendo nota al giudice lussemburghese l'interpretazione del proprio sistema a tutela di un certo diritto e contribuendo quindi ad assicurare l'interpretazione del diritto UE e delle norme della Carta in armonia con le tradizioni costituzionali comuni e, perché no, anche l'elaborazione di un nuovo principio generale<sup>52</sup>, in quel «quadro di leale e costruttiva collaborazione» evocato dalla stessa Consulta<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Non può non notarsi che, in questa prospettiva di "dilatazione" dei diritti meritevoli di tutela, potrebbe non essere facile tracciare il confine tra l'interpretazione evolutiva di una norma della Carta e la formazione di un nuovo principio generale. Ad esempio, la Corte potrebbe sancire il principio generale di tutela delle minoranze, sempre che non si riesca a fondare la sua esistenza già sulle previsioni di cui agli artt. 21 e 22 CdfUE, lette in combinato disposto con l'art. 2 TUE; o il diritto all'acqua, eventualmente desumendolo dal diritto alla dignità personale e dal diritto alla vita, codificati negli artt. 1 e 2 Carta. Così, un intervento del giudice del Kirchberg potrebbe essere volto a chiarire i contorni delle previsioni della Carta e dei corrispondenti principi generali o a completarli con contenuti nuovi, giungendo alla definizione di un nuovo principio generale. Ciò sembrerebbe possibile con riguardo, ad esempio, alla configurazione del diritto di accesso a Internet, alla luce dell'evoluzione tecnologica cui si è assistito negli ultimi anni, ed eventualmente come esplicitazione o sviluppo del diritto alla libertà di espressione, codificato nell'art. 11 Carta.

<sup>53</sup> Corte cost., sent. 269/2017, cit., pt. 5.2 e le successive pronunce del 2019, ovvero Corte cost.,



Le norme contenute nella fonte scritta (la Carta) e in quella non codificata (i principi) possono ovviamente trovare una funzione confermativa l'una dell'altra e, in questo senso, è evidente l'utilizzo che viene fatto dalla Corte di giustizia delle due diverse fonti, tra loro parallele ma avvicinate da una comunanza di significati e di portata applicativa. In quest'ottica si può richiamare la giurisprudenza della Corte sul divieto di discriminazione (art. 21 CdfUE), tanto sulla base dell'orientamento religioso e delle convinzioni individuali (si ricordano le sentenze *Egenberger*<sup>54</sup> e *IR*<sup>55</sup>) quanto, già prima, sulla base dell'età (si pensi alle pronunce *Mangold*<sup>56</sup>, *Küküdeveci*<sup>57</sup> e *Dansk Industri*)<sup>58</sup>.

## 6. Conclusioni

All'esito delle considerazioni svolte, si può osservare che la qualificazione di una disposizione della CdfUE come diritto o principio ha fondamentali conseguenze. Proprio per questo, in caso di dubbio interpretativo, è opportuno che il giudice nazionale si rivolga alla Corte di giustizia attraverso lo strumento di cooperazione giudiziaria di cui all'art. 267 TFUE e così contribuisca ad arricchire il sistema di tutela interordinamentale dei diritti fondamentali, traendo, dalla pronuncia del giudice lussemburghese, le indicazioni in merito alla natura della disposizione della Carta e agli effetti che vi si correlano.

A questo proposito, occorre ricordare che, in presenza di un principio enunciato dalla Carta (e non, invece, di un principio generale o di un diritto), non è possibile

---

sent. 21 febbraio 2019, n. 20, pt. 2.1; 21 marzo 2019, n. 63, pt. 4.3; ord. 10 maggio 2019, n. 117, pt. 2, nonché del 2020, vale a dire Corte cost., ord. 182/2020 cit. V., da ultimo, anche Corte cost., ord. 18 novembre 2021, n. 216, pt. 9 e n. 217, pt. 8.

<sup>54</sup> CGUE, sent. *Egenberger*, cit., pt. 76, ove si legge che «[i]l divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali riveste carattere imperativo *in quanto principio generale del diritto dell'Unione*. Sancito all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, tale divieto è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione».

<sup>55</sup> CGUE, sent. *IR*, cit., pt. 69: «[i]nfatti, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione».

<sup>56</sup> CGUE, sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, pt. 75.

<sup>57</sup> CGUE, sent. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küküdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, pt. 21.

<sup>58</sup> CGUE, sent. *Dansk Industri*, cit., pt. 22.



(se il conflitto non è risolvibile per il tramite dell'interpretazione conforme ed eventualmente anche la Corte di giustizia, interrogata per il tramite di un rinvio pregiudiziale, ha confermato la natura di principio) provvedere alla disapplicazione della norma nazionale che si assuma incompatibile, ma occorre – in forza del consueto sistema di soluzione delle antinomie – rivolgersi alla Corte costituzionale, affinché sia quest'ultima a valutare la conformità della disposizione nazionale alla luce del principio e, nel caso di incompatibilità, espungerla dal sistema con efficacia *erga omnes*. Al contrario, laddove si tratti di un diritto stabilito dalla Carta o di un principio generale, il giudice nazionale – ferma la praticabilità di un rinvio pregiudiziale come strumento dialogico sempre utile a chiarire la portata e il contenuto delle fonti UE – può, qualora ritenga sussistenti i presupposti, provvedere alla disapplicazione. Ciò fermo restando il *caveat* formulato dalla Consulta in caso di “doppia pregiudizialità”, con una parziale rivisitazione della giurisprudenza *Granital* e la possibilità, perciò, di promuovere – laddove la normativa nazionale sia ritenuta confliggente non solo con la Carta (o il diritto derivato UE che tutela diritti di portata costituzionale) ma anche con la Costituzione – l'incidente di legittimità costituzionale<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Come noto, dopo il clamore suscitato dalla sentenza 269/2017, la Consulta ha, in una certa misura, mitigato o ridimensionato il contenuto del discusso *obiter dictum*. In particolare, con le sentenze nn. 20, 63 e 112/2019 nonché con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale 117/2019, la Corte costituzionale ha affermato che il giudice può (e non deve) formulare previamente – in casi di c.d. doppia pregiudizialità – un quesito di legittimità costituzionale. Sul punto, sia consentito rinviare, per un completo esame, a C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2020, p. 296. Una ulteriore attenuazione dell'*obiter dictum* sembra rinvenibile nella recentissima sent. 11 marzo 2022, n. 67 (per un primo commento v. A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il secondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022, in Consulta online, 14 marzo 2022), dove la Corte costituzionale – a fronte di una sentenza della Corte di giustizia che aveva sancito l'effetto diretto della norma rilevante – dichiara inammissibile la questione di l.c. sollevata dalla Corte di cassazione, invitandola a disapplicare la norma interna contrastante con la norma UE. Vero che il conflitto era con una direttiva e i parametri di “comunitarietà” i soli artt. 11 e 117 Cost. e non anche, come forse avrebbe potuto essere, l'art. 34 Carta dei diritti fondamentali. Non si è comunque sicuri che, anche laddove quest'ultimo fosse stato un parametro espressamente invocato dalla Cassazione, la Consulta non avrebbe accolto la stessa soluzione. Del resto, della estensione della nuova “doppia pregiudiziale” anche ai casi di contrasto di norme interne con norme di diritto derivato UE che sanciscano un diritto fondamentale (come potrebbe ritenersi nel caso di specie) già si è detto (v. *supra*, nota 20): dunque, volendo, forte di siffatta estensione, anche nella fattispecie in discussione il giudice delle leggi avrebbe forse potuto dichiarare l'incostituzionalità della norma interna (allineandosi alla pronuncia della Corte di giustizia che sancisce l'effetto diretto della norma UE), con una pronuncia dotata di efficacia *erga omnes*, anziché ritenere che il conflitto fosse risolvibile per il tramite della disapplicazione (soluzione che si ritiene comunque condivisibile e più corretta, nella prospettiva del diritto UE).

## CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti

SOMMARIO: 1. Il ruolo dei diritti fondamentali nell'inquadramento della fattispecie all'esame del giudice – 2. In punta di piedi sui rapporti fra Carta UE e CEDU e sulle rispettive giurisdizioni: A) La Carta di Nizza-Strasburgo – 3. B) ...e l'ambito di rilevanza della CEDU – 4. Il metodo comparatistico e le Carte dei diritti – UE e CEDU – 4.1. A) Il lato virtuoso del confronto – 4.2. B) Il lato problematico. L'efficacia diretta della Carta UE e il suo diverso atteggiarsi come strumento di tutela dei diritti nell'ordinamento interno rispetto alla CEDU. Una questione, mai pienamente affrontata, di "eguaglianza" – 5. I rapporti fra Carta UE e CEDU (artt. 52 e 53 Carta UE) – 5.1. Ancora sul valore della CEDU (e della Costituzione). Indietro tutta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (penali). A proposito della poco convincente Cass., S.U., 23 ottobre 2020, n. 29541, *Filardo* – 6. La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali. – 7. La convergenza dei parametri Carta UE e CEDU e il tema degli obblighi positivi degli Stati membri rispetto ai rapporti interprivati. 7.1. A) la CEDU e rapporti fra privati: quale rilevanza? – 7.2. B) Quale efficacia della Carta UE nei rapporti interprivati? – 8. Conclusioni. Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti?

### 1. Il ruolo dei diritti fondamentali nell'inquadramento della fattispecie all'esame del giudice

Il titolo dell'intervento che mi è stato affidato ha dei confini ben delineati e si iscrive nel dichiarato obiettivo del corso orchestrato dal Prof. Condinanzi di realizzare nel mondo della giurisdizione e degli operatori del diritto delle ricadute immediate ed effettive rispetto a temi sui quali non si nasconde affatto la complessità dell'approccio, ad essa tuttavia preferendo la logica dell'offerta di metodi idonei ad affrontare i nodi, tanti invero, da sciogliere nell'intricata rete della protezione dei diritti fondamentali.

Nodi, si diceva, che l'operatore del diritto è del resto chiamato a districare fin da subito quando "conosce una controversia" e si pone il dubbio, amletico per certi versi, di quale sia la giurisdizione chiamata a misurarsi con la questione di merito e che la pluralità dei plessi giurisdizionali interni rende onerosa, soprattutto quan-

do sembra non essere più scontata la coincidenza della *fondamentalità* dei diritti con la giurisdizione ordinaria, proprio in ragione della progressiva estensione della giurisdizione esclusiva o per conformazione di plessi giurisdizionali rispetto ai quali la natura sostanziale della posizione giuridica soggettiva lascia il passo ad altre caratteristiche distintive – si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla giurisdizione tributaria, rispetto alla quale la centralità della pretesa fiscale assorbe ogni altro profilo correlato alla posizione giuridica incisa nei confronti del contribuente.

Detto questo, i precedenti interventi hanno avuto come nucleo centrale il “modo” con il quale i diritti fondamentali hanno preso corpo nel diritto dell’Unione europea ed il loro atteggiarsi rispetto al diritto interno.

Il compito di svolgere una panoramica sui rapporti fra UE Carta dei diritti fondamentali e la CEDU si dimostra di estrema complessità per le tante questioni di natura teorica evidenziate dagli studiosi del settore prima e dopo il varo della Carta di Nizza-Strasburgo e della sua acquisita vincolatività per effetto del Trattato di Lisbona. La tentazione di passare dal piano pratico a quello teorico è dunque forte e palpabile per chi ha cercato di seguire il filo del discorso in questi anni ma è tentazione che bisogna rifuggire e lo dico questo da giudice, da operatore giudiziario chiamato a decidere i casi che sono portati alla sua conoscenza più che ad architettare trame e suadenti costruzioni teoriche poi ribaltate nei provvedimenti giurisdizionali.

Proprio per non tradire quanto appena detto e dunque per non dimenticare la chiave che si è proposta all’inizio, si tenterà di affrontare queste complessità con l’occhio del giurista pratico che prende contatto con una controversia nella quale vengono in gioco i diritti fondamentali delle persone coinvolte.

Per questo soccorre il “metodo” utilizzato dai giudici della Corte europea di giustizia e della Corte edu che fanno precedere il merito della decisione dalla delimitazione del quadro giuridico di riferimento.

Si dirà, *nihil sub sole novi* rispetto alla prospettiva del giurista nostrano chiamato a sussumere la vicenda posta al suo vaglio nella “norma” applicabile.

Ma il punto è che nella ricostruzione delle fonti ciò che sfugge o più sfuggire a noi che operiamo nel settore giustizia è, per l’appunto, l’incidenza di un diritto *altro* rispetto a quello interno con il quale familiarizziamo fin dall’università.

Oggi, per essere chiari, la qualificazione e sussunzione della fattispecie richiede in via preventiva l’individuazione delle fonti anche sovranazionali che possono sulla stessa incidere, esse componendo ormai quasi naturalmente il “corpo” del diritto interno, vuoi per operazioni ermeneutiche di stampo comparatistico, vuoi per l’esistenza di nessi di collegamento normativi pienamente vincolanti ed immediatamente operativi che impongono il confronto con tali fonti.

Si tratta di una operazione, quella di cui qui si discorre, che assume i tratti della “fondamentalità” pari a quella dei diritti che possono esservi coinvolti.

Vedremo, infatti, che tanto più corretta, puntuale ed attenta sarà questa susunzione, quanto più centrata potrà essere la soluzione offerta alla vicenda e, soprattutto, quanto più ricche (o pericolose) potrebbero essere le relazioni che si intrecciano fra giudici in relazione ad eventuale esame epidermico di tali questioni da parte del giudice di merito.

Deve essere dunque chiaro che l'individuazione, che in termini rozzi potrebbe essere descritta come la "scelta" del parametro di riferimento (ancorché questo termini evochi dei profili di discrezionalità che costituiscono davvero il nodo gordiano sul quale misurarsi) assume una valenza decisiva per lo sviluppo della controversia e per la sua decisione finale, coinvolgendo essa possibili interventi di "giudici" (o determinando l'assenza di tali interventi) tali da condizionare l'esito della lite e, dunque, la decisione sul bene della vita, sia esso in contestazione all'interno di un processo civile sia, invece coinvolto all'intero di un processo penale. E non posso qui dilungarmi sul tema della delicatezza di tale opera di inquadramento che va a toccare il fondo del problema della professionalità (e della responsabilità) della giurisdizione e dell'Avvocatura che maneggia, per prima, il caso.

Per esemplificare, la convinzione che la controversia regolata dal diritto UE determini la rilevanza del parametro Carta UE con tutte le conseguenze che, a cascata, potrebbero derivarne, prima fra tutte quella della possibilità di rivolgersi alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale o quella della possibile disapplicazione del parametro normativo interno contrastante con la disposizione immediatamente precettiva della Carta stessa potrebbero portare il giudicante di turno che decidesse di non attivare il dialogo con la Corte UE ad indossare, legittimamente, i panni del giudice *naturale* del diritto UE (e dunque il *cappello* della Carta UE) ed a decidere la controversia sulla base di quel parametro, magari appunto non applicando la disposizione interna ritenuta in contrasto con il diritto protetto della Carta dotato di immediata efficacia.

Non voglio certamente enfatizzare o estremizzare questo tema<sup>1</sup>, ma soltanto porlo alla vostra attenzione come chiave di volta del nostro essere giudici al passo con le complessità con le quali siamo chiamati a misurarci.

---

<sup>1</sup> Tematiche che, del resto, erano state da tempo autorevolmente delineate in un clima diverso da quello attuale, nel quale la Corte costituzionale ha riconosciuto di potere sollevare essa stessa rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e di dichiarare l'incostituzionalità di una norma interna contrastante con un diritto di immediata efficacia contemplato dalla Carta di Nizza-Strasburgo coincidente con un parametro protetto dalla Costituzione. Si veda, ad es., M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri, Milano, 2003, 215.

Comprendiamo tutti la delicatezza dell'operazione ed i rischi che essa reca con sé.

Un atteggiamento non corretto è dunque in grado di dirottare o non dirottare la controversia su ambiti che le sono propri dando luogo ad un ginepraio di possibilità che viziano, in radice, la decisione e che possono poi portare il giudice di ultima istanza di fronte a dubbi di particolare portata, anche dal punto di vista processuale.

Si pensi al caso in cui il parametro della Carta UE, non ponderato dal giudice di merito, emerga in sede di legittimità per la prima volta ad opera della parte o dello stesso giudice il quale potrebbe porsi il tema della rilevabilità *ex officio* del tema, entrambi in un ambito anch'esso particolarmente delicato, rispetto al quale lo spartiacque è in genere rappresentato, nella giurisprudenza della Cassazione, dalla possibilità di rilevare la norma UE (e dunque qui la Carta), senza che siano necessari ulteriori accertamenti di fatto non consentiti in sede di verifica della legittimità. E si pensi, ancora e sul versante opposto, alla tendenza che sembra volere anestetzare il ruolo della CEDU, al punto di escluderne l'autonomo rilievo come motivo di ricorso per Cassazione – se non connesso ad una contestuale proposizione di questione di legittimità costituzionale – stando almeno ad una poco persuasiva decisione delle Sezioni Unite penali, sulla quale si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Il problema non è, ovviamente soltanto di natura teorica, ma si dimostra straordinariamente “pratico”. Qualche esempio concreto può essere illuminante<sup>2</sup>

Sul medesimo verso, la pronunzia della Corte costituzionale n. 43/2018, resa anch'essa in tema di *ne bis in idem*, ha fondato la restituzione degli atti al giudice *a quo* in relazione agli effetti, consolidati, prodotti dalla sentenza della Grande Camera della Corte edu – Corte dir. uomo, *A e B c. Norvegia* – pur occupandosi anche di materia regolata dal diritto UE – in relazione alla natura armonizzata del tributo in discussione (IVA), totalmente tralasciando di scrutinare la questione sotto il cono d'ombra del diritto eurounitario e dell'art. 50 della Carta UE, non prospettato dal

---

<sup>2</sup> Si pensi a Cass. n. 23232/2016 che, in una vicenda nella quale la parte aveva agitato la questione del *ne bis in idem* in materia regolata dal diritto UE, prospettando *contemporaneamente* la violazione della norma convenzionale – art. 4 prot. 7 annesso alla CEDU – e dell'art. 50 della Carta UE, ha ritenuto di non riproporre la questione di legittimità costituzionale in precedenza sollevata da Cass. pen., 15 gennaio 2015 n. 1782, ritenendo di dovere ‘anteporre’ l'esame della portata dell'art. 50 della Carta UE, anche per capire la coincidenza di tutela apprestata da tale disposizione rispetto alla corrispondente norma convenzionale. Da qui il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, alla quale è stata rimessa una questione che involgeva il ‘confronto’ fra la giurisprudenza della Corte di giustizia resa sul punto – Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren* – e quella della Corte edu – Corte dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens*.

giudice remittente – il quale si era limitato ad avanzare la violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo.

Così facendo, il giudice costituzionale ha dunque evitato di valutare le interferenze fra diritto eurounitario e diritto convenzionale che, tuttavia, potrebbero riemergere nell’ambito del giudizio di merito quando, magari, sarà intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia chiamata da altri giudici italiani a verificare in sede interpretativa la portata dell’art. 50 della Carta UE.

I casi appena ricordati impongono dunque alla giurisdizione ed alla dottrina un’attenta riflessione sulle modalità di approccio ai diritti fondamentali, sull’uso delle diverse Carte e sui diversi effetti che possono derivare dall’utilizzo dell’uno piuttosto che dell’altro parametro, refluendo inevitabilmente non solo sulle diverse ‘regole di ingaggio’ sottese ai parametri considerati volta per volta, ma proprio in termini di tutela sostanziale del diritto in gioco. La dottrina mostra di avere ben chiaro il problema, emerso anche a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 11/2020<sup>3</sup>.

Occorrerà, infatti, chiedersi se la semplice circostanza che sia in discussione un valore fondamentale all’interno del giudizio consenta di individuare – da parte del decisore di turno – in modo assolutamente libero ed anche *ex officio* il parametro normativo di riferimento.

Non si tratta affatto, ad avviso di chi scrive, di aspetti secondari, se solo si consideri che l’utilizzazione dell’uno o dell’altro parametro non soltanto sposta radicalmente il riferimento al sottostante quadro normativo, al punto da incidere sulle modalità decisorie della lite proprio in ragione della regola formalizzata da Corte cost. n. 269/2017, ma determina un evidente condizionamento degli esiti della controversia, laddove la portata, testuale o ermeneutica, del parametro in gioco risulti decisiva per l’esito finale della lite.

Per restare, ad esempio, alla materia delle sanzioni Consob scrutinata dall’ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale già ricordata Cass. (ord.) n. 3831/2018, è evidente che la sussunzione della fattispecie nell’ambito del diritto UE – peraltro adamantina, tanto da condurre la Corte costituzionale a formulare essa stessa il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia con l’ordinanza n. 117/2019 – non può non determinare l’assoggettamento del processo alle ‘regole’ di quello stesso sistema

---

<sup>3</sup> Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *Europeanpapers.ue*, 19 giugno 2020, 7, a proposito della mancata verifica della rilevanza nella vicenda scrutinata della rilevanza o meno del diritto UE: “... Si tratta comunque di aspetti secondari, meritevoli di essere menzionati in questa sede soltanto perché dimostrano ancora una non totale dimestichezza degli organi remittenti sull’ambito di applicazione del diritto dell’Unione e quindi della Carta”.

che, per bocca della Corte di giustizia, ha delineato il ruolo della CEDU rispetto alla Carta UE, come si avrà modo di chiarire nel prosieguo della presente indagine.

Ecco, dietro l'angolo, le possibili insidie che possono scorgersi, tanto sul piano del giudice comune che su quello riservato alla Corte costituzionale, per effetto dell'utilizzazione – o della mancata utilizzazione – di diversi parametri, poiché ove si ritenga che la tutela offerta dalla CEDU – o addirittura dalla stessa Costituzione – non sia tale da giustificare l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale prospettata, la soluzione riservata al decidente di turno potrebbe risultare non compiutamente appagante, laddove il corrispondente parametro della Carta UE applicabile in relazione al contenuto della materia presa in considerazione, offra un livello superiore. Insidie che, d'altra parte, si convertono in elementi indispensabili per garantire che la “cooperazione” fra i giudici possa determinare effetti fecondi sulla definizione del giudizio e non già fattori patologici, come tali indesiderabili.

## **2. In punta di piedi sui rapporti fra Carta UE e CEDU e sulle rispettive giurisdizioni**

### **A) La Carta di Nizza-Strasburgo**

Detto questo occorre porre sul tappeto le complessità alle quali il giudice è chiamato che, a monte, richiedono la conoscenza delle genesi della Carta UE dei diritti fondamentali<sup>4</sup> rispetto alla CEDU.

Si è detto di recente che la Carta di Nizza-Strasburgo costituisce “...il vero catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione e quindi il primo documento di riferimento per l'individuazione del parametro su cui commissionare l'effettivo rispetto di tali diritti da parte dei soggetti che ne sono vincolati<sup>5</sup>.”

La verità di tale asserzione va tuttavia mediata dall'uso che il giudice nazionale o europeo ha fatto e intende fare di tale strumento.

---

<sup>4</sup> Fra le prime studiosi a riflettere sulle ricadute della Carta di Nizza nell'ordinamento interno v. M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 201 ss. e M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, 47(6), p. 4477 ss.V., altresì, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisive a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013.

<sup>5</sup> S.A. BEVILACQUA, *La Corte di giustizia dell'Unione europea, Un motore per l'integrazione dei popoli*, Firenze, 2020, 32.



I problemi sul tappeto riguardano, in particolare: a) l'ambito di applicazione della Carta UE rispetto a quello della CEDU; b) i rapporti fra la disposizione della Carta e la CEDU, ove quest'ultima prevede una disposizione ad essa corrispondente; c) l'incidenza e rilevanza sulla Carta UE dei c.d. obblighi positivi a carico dello Stato nei rapporti interpretati nascenti all'interno della CEDU; d) i rapporti fra il *diritto vivente* della Carta UE e quello della CEDU; e) i rapporti fra la Carta UE e la CEDU rispetto alla interna conformazione dei diritti protetti da ciascuna Carta. Il ruolo di *living instrument* della CEDU e l'influenza della Carta UE.

Quanto al punto a) esso, se si guarda al piano delle fonti, trova la sua soluzione, per l'un verso, nell'art. 51 par. 1 della stessa Carta UE che attribuisce alla Carta il suo valore nei confronti di organi e istituzioni dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà e nei confronti degli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione.

La Carta, come ha modo di chiarire il par. 2 dello stesso art. 51 – gemmazione dell'art. 6, par. 1 TUE –, non ha la capacità di fondare nuove competenze e nuovi poteri per l'Unione né modifica competenze e poteri stabiliti nei Trattati. Dunque la Carta UE è ancillare a questioni in cui è in gioco il diritto UE<sup>6</sup>.

La questione è ben arata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che in una sorta di autolimitazione e *self restraint* rifiuta costantemente di fornire risposta ai rinvii pregiudiziali nei quali si pone a base una disposizione della Carta UE rispetto ad una vicenda che non riguarda l'attuazione del diritto UE.

La Corte di Giustizia è ferma nel ritenere che l'art. 51, par. 1, della Carta prevede che le disposizioni della medesima si applichino agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'art. 6, par. 1, TUE, così come l'art. 51, par. 2, della Carta, precisa che le disposizioni di quest'ultima non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati – Corte giust. 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa* –<sup>7</sup>.

Questo è sufficiente per ritenere che la Corte di giustizia sia chiamata a interpretare il diritto dell'Unione alla luce della Carta UE e nei limiti delle competenze riconosciute all'Unione stessa (sentenza del 15 novembre 2011, *Dereci e a.*, C-256/11, p. 71). L'idea di una competenza allargata della Corte di giustizia a ipotesi che non rientrano nel diritto dell'UE attraverso la verifica da compiere alla

<sup>6</sup> V, altresì, la Dichiarazione n. 1, relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona ove si afferma che «[l]a Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

<sup>7</sup> Corte giust., Grande Camera, 19 novembre 2019, cause riunite C585/18, C624/18 e C625/18, *A.K.*, 77.



luce della Carta di Nizza-Strasburgo viene scartata, essendo il giudice europeo tenuto a fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa ai diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto *solo* quando una normativa interna rientra nell'ambito di applicazione di tale diritto<sup>8</sup>.

In questa stessa direzione, militano le spiegazioni relative all'art. 51 della Carta le quali, conformemente all'art. 6, par. 1, terzo comma, TUE e all'art. 52, par. 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima<sup>9</sup>.

Secondo tali spiegazioni, l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione si impone agli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto UE. Tale collegamento può rinvenirsi tanto quando si discute di norme attuative del diritto UE bisognose del recepimento, quanto di disposizioni destinate ad incidere indirettamente sull'efficacia del diritto UE. Si pensi tanto all'apparato sanzionatorio che il singolo Stato adotta per scoraggiare la violazione del diritto UE all'interno del proprio sistema, quanto alle ipotesi in cui lo Stato adotti disposizioni destinate ad impedire al diritto UE di operare nei campi allo stesso riservato e, infine, a quelli in cui è lo Stato stesso ad applicare il diritto UE, per una sua scelta discrezionale, ampliando l'ambito operativo delle disposizioni UE in campi che alle stesse non appartengono.

<sup>8</sup> Si richiama, a tal proposito, Corte giust. 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 19 e giurisprudenza ivi citata. V., ancora più di recente, Corte di Giustizia, Sez. VII, 4 giugno 2020, n. C-32/20 – Pres. Xuereb – Avv. gen. Kokott – TJ c. Balga Srl. Sul tema, v. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. Aic*, n. 2/2017. A proposito di tale questione si rinvia ai contributi di R. CONTI, An, *quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice donna* (www.giudicedonna.it), 4/2017, spec. § 6, id, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit., spec. § 4; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, spec. 25 ss.; nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Dopo la precisazione. Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, 20 ss.; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss., spec. 702 ss.; I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2020, 8 gennaio 2020, 77. Più recentemente, A. RUGGERI, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2020, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni europei*, e B. SBORO, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi*, 9 settembre 2020.

<sup>9</sup> Si richiama, in tal senso, Corte giust. 22 dicembre 2010, *DEB*, C-279/09, punto 32.

Ora, ci si è soffermati su questa giurisprudenza della Corte di giustizia per gli effetti che essa produce indiscutibilmente sull'esercizio della giurisdizione interna, laddove essa si pone il problema di individuare il cono d'ombra entro il quale sussumere la lite.

La Carta UE è dunque il *cappello* – come a me piace dire – che il giudice nazionale può maneggiare in via diretta solo se la controversia è “di diritto UE”. E ciò al netto delle considerazioni finali che pure si faranno a proposito del ruolo delle Carte nella protezione dei diritti fondamentali e della loro influenza sul piano ermeneutico delle corrispondenti disposizioni che prendono in considerazione i diritti fondamentali che pure trovano spazio nella Carta UE.

La bontà di questa osservazione sembra direttamente confermata dalla parte più accorta giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup>.

In definitiva, l'uso disinvolto della Carta UE “fuori distretto” non va in alcun modo suggerito.

Va dunque contrastato l'uso surrettizio del diritto UE – e della Carta UE e del rinvio pregiudiziale alla Corte UE – per giustificare soluzioni interpretative da parte del giudice nazionale che riguardano il diritto interno e non sono regolate specificamente dal campo eurounitario anche se incidono indirettamente sull'applicazione del diritto UE.

Mi pare che debba nettamente distinguersi, dunque, il ruolo del decisore nazionale quando egli è chiamato ad applicare un canone normativo interno del quale egli è interprete primo e unico all'interno di materia non regolata dall'UE, da quello che lo stesso è chiamato a svolgere quando maneggia il diritto UE.

Vestendo l'abito per primo descritto egli potrà certamente orientare il diritto interno nella direzione che ritiene coerente con il quadro dei principi applicabili, eventualmente attingendo anche al canone ermeneutico della comparazione – e per questa via utilizzare principi fondamentali in tutto o in parte sovrapponibili a quelli interni –. Senza che, tuttavia, questo possa legittimare una concorrente legittimazione del giudice di Lussemburgo sul modo con il quale lo stesso interpreta il diritto interno, soprattutto se la materia non è disciplinata direttamente dal diritto UE – v. Cass. 4 febbraio 2020 n. 2467.

---

<sup>10</sup> V. Cass., S.U., n. 9595/2012. Cfr., in senso omologo, Cass., S.U. n. 22772/2014, Cass. S.U. n. 23867/2014; Cass. S.U. n. 10130/2012; Cass. n. 17006/2014; Cass. 11 luglio 2014 n. 15940, Cass. pen., 17 ottobre 2014 n. 43453, Cass. n. 9026/2013. V., ancora, in modo estremamente nitido, Cass. 4 febbraio 2020 n. 2467. Nel medesimo senza v., già in precedenza, Cass. n. 4184/2012 che, nell'affrontare il tema della trascrivibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso contratto all'estero.

### 3. B) ...e l'ambito di rilevanza della CEDU

Ben diverso il ruolo della CEDU che si applica agli stati aderenti al Consiglio d'Europa, fra i quali vi sono i Paesi dell'UE, ma non l'UE e le sue istituzioni direttamente che, dunque, non sono soggette alla Convenzione, determinando l'irricevibilità dei ricorsi presentati *ratione personae*.

Saranno invece legittimati *ratione personae* gli stati membri dell'UE per gli atti o comportamenti loro ascrivibili attuati nell'ambito del diritto UE primario e derivato.

In quest'ultimo ambito appare evidente il rischio di sovrapposizione delle tutele apprestate dalla Carta UE e dalla CEDU. A porre riparo verso effetti indesiderati è stata la Corte edu.

L'equilibrio fin qui trovato tra le possibili distonie tra la protezione dei diritti fondamentali in ambito UE rispetto a quelle fornite a livello di CEDU può a buon titolo definirsi sostanzialmente stabile, almeno fino all'adesione dell'UE alla CEDU, come noto bloccata dal parere negativo della Corte di Giustizia del 2014<sup>11</sup>.

Assetto risalente ad un periodo anteriore alla acquisita vincolatività della Carta UE ma che sembra tuttora operante, non avendo la vincolatività giuridica della Carta prodotto evidenti scossoni sull'impianto inaugurato dalla sentenza *Bosphorus* di cui si è appena fatto cenno.

Va solo precisato che la presunzione di equivalenza fra la tutela convenzionale e quella promanante dai diritti fondamentali di matrice UE presuppone che la Corte di giustizia abbia in concreto esaminato la vicenda escludendo la violazione – Corte dir.uomo, *Michaud c. Francia*, 6 dicembre 2012, par. 112/116 – a meno che il rinvio pregiudiziale non sia stato sollecitato in mancanza di dubbi interpretativi sul diritto UE – cfr. Corte edu, *Avotins c. Lettonia*, 23 maggio 2016, § 109/116 –. In proposito va semmai ricordata la giurisprudenza della Corte edu in tema di responsabilità dello Stato per mancata espressa motivazione sulle ragioni che non indussero l'autorità giudiziaria a sollevare rinvio pregiudiziale, postulandosi una violazione dell'art. 6 CEDU<sup>12</sup>.

Tale equilibrio, in definitiva, marginalizza l'intervento della Corte edu rispetto ai casi di violazione della CEDU quando il giudice UE (ivi intendendosi anche il giudice nazionale in controversia ricadente in ambito UE) abbia escluso la viola-

---

<sup>11</sup> Sui rapporti fra la protezione offerta dalla CEDU ai diritti fondamentali e quelli di matrice UE occorre muovere dalla sentenza della Corte edu, *Bosphorus c. Irlanda*, 30 giugno 2005 (ric. n. 45036/98) (*Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI).

<sup>12</sup> Corte edu, 20 settembre 2011, ric. nn. 3989/07 e 38353/07, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*; Corte edu, 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*, ric. n. 4832/04; Corte edu, 8 aprile 2014, *Dhabbi c. Italia*, ric. n. 17120/09; Corte edu, 21 luglio 2015, *Schipani c. Italia* – ric. n. 38369/09; Corte edu, 8 settembre 2015, *Wind telecomunicazioni spa c. Italia*; Corte edu, 24 aprile 2018, *Ilkay Baydar c. Olanda*, ric. n. 55385/14.

zione del diritto fondamentale corrispondente in ambito UE, presumendosi una protezione equivalente a livello dell'Unione europea, salvo il ribaltamento della presunzione nei termini di cui si è detto.

#### 4. Il metodo comparatistico e le Carte dei diritti – UE e CEDU

##### 4.1. A) Il lato virtuoso del confronto

La conclusione appena ricordata non è tale se non si considera che i rapporti fra le due giurisdizioni sovranazionali europee sembrano caratterizzati da una sostanziale “armonia”, posto che per il giudice di Lussemburgo l’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo è fondamentale ai fini dell’esatta determinazione dei precetti della Convenzione – Corte giust., 17 febbraio 1998, C-249-96. – e che parimenti essenziale risulta la giurisprudenza della Corte di giustizia – e la stessa Carta di Nizza – per i giudici di Strasburgo<sup>13</sup>.

Rientriamo, a questo proposito, nel tema della mutua assistenza che le Carte dei diritti fondamentali si prestano vicendevolmente, arricchendo il catalogo dei diritti fondamentali interno attraverso il richiamo alle corrispondenti disposizioni delle altre Carte per come esse risultano vivificate dalle rispettive giurisdizioni. Si tratta di un processo che si innesta in quel metodo comparatistico che trova evidenti conferme sul piano normativo.

L’analisi svolta dalla dottrina più accorta<sup>14</sup> sul valore e sul rilievo del diritto straniero per i giudici ha da tempo compiutamente confutato, fuori da logiche na-

<sup>13</sup> V. Corte dir. uomo, 19-4-2007, *V. E. c. Finlandia* (ric. n. 63235/00) ove il giudice di Strasburgo – punti 28 ss. e p. 60 – ha espressamente richiamato l’art. 47 della Carta di Nizza, le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali che precedono la Carta dei diritti fondamentali contenuta nel Trattato sulla Costituzione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte giust. 15 maggio 1986 C-222/84) per modificare il proprio precedente orientamento – Corte dir.uomo 8.12.1999, *Pellegrin c. Francia* (r. n. 28541/95) – e ritenere che il diritto ad un *ricorso al giudice effettivo* aiuta ad interpretare il concetto di “materia civile” che fa capo all’art. 6 CEDU, estendendolo così anche alle controversie di natura patrimoniale fra amministrazione di appartenenza ed ufficiali di polizia anche se il rapporto di lavoro involge l’esercizio di potere. Per la posizione precedente della Corte edu v. Corte dir. uomo 9-12-1999, *Pellegrin c. Francia*, commentata da C. Focarelli, *L’applicabilità del diritto all’equo processo al pubblico impiego: il caso Pellegrin*, in *Riv. dir. inter.*, 2000, 770; v. A. SONAGLIONI, *Giusto processo, pubblico impiego, e diritto europeo: fine delle incertezze?*, *Corr.giur.*, 2000, 3, 304; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell’uomo in Europa*, Torino, 2004, 85; R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi*, 24 marzo 2010.

<sup>14</sup> B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Pericoli e ostacoli nell’uso del diritto straniero*, Bologna, 2009 – trad. a cura di M. TARUFFO –.

zional-patriottiche tale critica, dimostrando non soltanto l'efficacia e la rilevanza di siffatto metodo<sup>15</sup>, soprattutto laddove si discuta di diritti fondamentali, ma anche la concreta pratica di siffatto metodo da parte delle Corti supreme di molti Paesi occidentali<sup>16</sup>, capace di produrre un moto circolare fecondo quando la stessa traccia quasi inconsapevolmente una strada di comunanza di tutela dei diritti fondamentali<sup>17</sup>.

Non può dunque disconoscersi che il ricorso al metodo comparatistico, in funzione vuoi di conoscenza, vuoi persuasiva, vuoi rafforzativa e di sostegno, vuoi, ancora di ispirazione per applicare, interpretare, adattare o completare il diritto nazionale, specialmente quando quel diritto è obsoleto, poco chiaro, contraddittorio<sup>18</sup> o addirittura carente<sup>19</sup> rappresenta, nei fatti, un elemento indefettibile che (soprattutto) le Corti supreme *devono* utilizzare<sup>20</sup>, al pari dell'utilizzo che di siffatto metodo, con tutte le cautele del caso, viene fatto dalle Corti sovranazionali<sup>21</sup>.

Anzi, proprio il confronto fra diversi formanti favorisce la creazione di quelle "consuetudini interpretative" convergenti capaci di produrre una non comune forza persuasiva<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> V., del resto, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. MARTINICO e O. POLLICINO, Groningen, 2010.

<sup>16</sup> V.A. BARAK, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, Bologna, 2009, 391; V. ancora, ibidem, G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, 413 ss. e, specificamente, 416.

<sup>17</sup> G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, 148: "...Sono importanti le corti costituzionali e le corti supreme statali, quando interpretano in modo convergente i cataloghi dei diritti contenuti nelle rispettive costituzioni nazionali e nelle convenzioni internazionali, così cooperando spontaneamente alla creazione, allo sviluppo e alla difesa di un patrimonio giuridico comune, di portata ultranazionale".

<sup>18</sup> G. CANIVET, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, cit., 418.

<sup>19</sup> V. C. SARRA, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in *Dialoghi tra Corti e principio di proporzionalità*, a cura di M. BIANCHINI e G. GIOIA, Padova, 2013, 477 ss. ove l'A. muove dal presupposto che una delle condizioni per l'uso della comparazione deve essere quella della difettività del sistema nazionale che giustifichi l'utilizzo del diritto straniero – p. 490 –.

<sup>20</sup> B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Pericoli e ostacoli nell'uso del diritto straniero*, in *Giudici e diritto straniero*, 221.

<sup>21</sup> V. i due saggi di di C. L. ROZAKIS, *Il giudice europeo come comparatista* e di K. SCHIEMAN, *Il giudice come comparatista*, a proposito del rilievo della comparazione rispettivamente presso la Corte di Giustizia e presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, in B. MARKESINIS e J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., 445 ss. e 467 ss.

<sup>22</sup> A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in *www.giurcost.org*, 2013, 11.

Per un verso, è proprio la ricerca comparativa che contribuisce all'emersione, sia pur difficoltosa, di uno *ius commune* in materia di diritti fondamentali.

La prospettiva della comparazione è dunque divenuta strumento di ridefinizione semantica di istituti per effetto dell'apertura del sistema interno al diritto internazionale e sovranazionale nonché metodo di lavoro *basico* per il giurista anche di *civil law* e, soprattutto, per il giudice che maneggia i diritti della persona e le scelte che questa compie. Comparazione che non costituisce orpello ornamentale destinato ad abbellire e rendere dotte le decisioni del giudice, ma piuttosto criterio ermeneutico capace di giocare un ruolo di sostanza pieno ed importante quando il giudice è chiamato ad interpretare il quadro normativo primario di un sistema democratico fondato sulla persona o quello secondario o, ancora, ad esaminare le lacune del sistema.

La comparazione solo in apparenza non risulta codificata<sup>23</sup>, ma è, in effetti, desumibile dall'apertura della Costituzione alle fonti sovranazionali – e dunque impone al giudice un'interpretazione secondo tali fonti e dunque a cascata un'interpretazione delle leggi che sono attuazione dei principi costituzionali.

La fonte dalla quale desumere la precettività della comparazione, d'altra parte, può agevolmente evincersi dallo stesso riferimento all'interpretazione sistematica contemplata dall'art. 12 disp. preleggi c.c. Disposizione, in ogni caso, da sottoporre a rilettura alla luce della Costituzione, non facendo essa ad es. menzione dell'interpretazione costituzionalmente orientata sulla obbligatorietà della quale non si discute malgrado il silenzio della medesima sul punto – e che, in conclusione, costituisce dato ineludibile tanto sul piano interno, per quanto detto, che su quello sovranazionale<sup>24</sup>.

Possono dunque concludersi tali riflessioni riportandole al tema di indagine qui affrontato, appunto collegato alle interrelazioni fra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la CEDU. Interrelazioni che sono per l'un verso direttamente e staticamente regolate dalle disposizioni già ricordate dalla Carta UE ma che, per altro verso, vivono o, meglio, convivono su un parallelo piano ermeneutico, molto più liquido e aperto, nel quale vanno spesso a completare quegli interstizi che il livello di protezione di un diritto non garantito dall'una Carta trova invece più appagante tutela nell'altra, attraverso la voce che ad essa viene data dai giudici che ne fanno applicazione.

<sup>23</sup> V., diffusamente, A. RUGGERI, *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno 2015*, 435 ss. e specificamente 439.

<sup>24</sup> V., P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.



#### 4.1. B) Il lato problematico. L'efficacia diretta della Carta UE e il suo diverso atteggiarsi come strumento di tutela dei diritti nell'ordinamento interno rispetto alla CEDU. Una questione, mai pienamente affrontata, di "eguaglianza"

Veniamo al lato meno limpido del confronto fra le due Carte sovranazionali, emergente quando si constata che il diverso operare della CEDU nell'ordinamento interno secondo le note sentenze gemelle della Corte costituzionale (348 e 349 del 2007) – in forza del quale non è possibile la disapplicazione della norma interna incompatibile con la CEDU – determina un'evidente diversità di tutela fra le posizioni garantite direttamente dalla Carta UE nell'ambito delle controversie regolate dal diritto dell'Unione europea e quelle ad esso esterne. Il problema lo abbiamo affrontato esplicitamente qualche tempo fa e ad esso è sufficiente qui rinviare, ribadendo i dubbi in ordine alla razionalità di un sistema che consenta l'immediata efficacia della disposizione della Carta UE che, se di derivazione CEDU, non può assumere un livello di protezione inferiore a quello convenzionale ma neghi, per converso, l'immediata efficacia della norma convenzionale e la sua prevalenza rispetto al dato normativo interno con essa incompatibile<sup>25</sup>.

Altra questione spinosa che l'interprete sarà chiamato ad affrontare è poi quella che nasce dal riconoscimento pienamente costituzionale della Carta UE espresso dalla sentenza n. 269/2017 che, dopo le precisazioni espresse dalla Corte costituzionale con le sentenze successive – da ultimo Corte cost. n. 182, rende possibile una disapplicazione della norma interna contrastante con la Carta UE – ove immediatamente efficace –.

La natura *sostanzialmente costituzionale* delle disposizioni contenute nella Carta UE che pure la sentenza n. 269 cit. riconosce e la successiva piena possibilità riconosciuta al giudice comune di direttamente disapplicare la norma interna incompatibile con la Carta UE immediatamente efficace anche a prescindere dal controllo di costituzionalità che pure il giudice potrebbe sperimentare senza averne alcun obbligo – stando ai chiarimenti successivamente espressi dallo stesso giudice costituzionale (Corte cost. nn. 20/2019, 69/2019, 117/2019 e 182/2020)<sup>26</sup> –

---

<sup>25</sup> R.G. CONTI, *La giurisdizione ordinaria nel processo di integrazione europea*, in AA.VV., *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, a cura di A. CIANCIO, Torino, 2017, 93 ss.

<sup>26</sup> Per qualche ragguaglio sulla questione v., volendo, R. G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte cost. n. 20/2019*, in *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. PALMISANO, Napoli, 2020, 571. V, utilmente, L. TRUCCO, G. MARTINICO e V. SCIARABBA, nell'intervista di R.G. Conti su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico menage*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 8-9-10 maggio 2019, ora in *Il mestiere del giudice*, a cura di R. G. CONTI, Padova, 2020, 79.

aprono un ulteriore fronte, collegato al ruolo del giudice comune nella protezione dei diritti fondamentali.

## 5. I rapporti fra Carta UE e CEDU (artt. 52 e 53 Carta UE)

Ma a parte la sistemazione dei rapporti fra le giurisdizioni rileva, quanto ai rapporti fra le possibili interferenze fra le Carte di cui qui discutiamo, il quadro normativo inserito all'interno della Carta UE che di seguito si riporta.

Le norme di riferimento che disciplinano le relazioni fra i diritti contemplate dalle due Carte sono dunque rappresentate dall'art. 52<sup>27</sup> par. 1, 2 e 3<sup>28</sup> e 53<sup>29</sup> della Carta UE e dall'art. 53 della CEDU.

In termini generali può dirsi che l'art. 52, come emerge dalle Spiegazioni ad esso riferibili annesse alla Carta UE, "*mira a fissare la portata dei diritti garantiti*".

Un numero cospicuo di diritti fondamentali previsti dalla Carta UE costituisce gemmazione di quelli previsti dalla CEDU, mentre altri (si pensi ai diritti sociali) non trovano il loro corrispondente nella CEDU.

Si tratta di una relazione che non può essere peraltro esaminata in modo complessivo, ma richiede un esame particolare di ogni singolo diritto, riscontrandosi spesso una implementazione del diritto di matrice convenzionale, a volte collegato a preesistenti orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, altri ad ammodernamenti del tessuto precettivo di diritti scolpiti nel lontano 1950, altri ancora a modifiche destinate ad ampliare l'ambito operativo del valore preso in considerazione dalla CEDU.

Limitando dunque l'analisi ai diritti che – all'interno di apposite sezioni create – trovano contemporaneamente posto nelle due Carte, sembra di poter dire che le tecniche di normazione utilizzate dalla Carta UE non sono sovrapponibili a quelle sperimentate da chi diede vita alla CEDU, al cui interno le limitazioni ai diritti fondamentali sono ammesse in relazione a ciascun diritto e si atteggiano in relazione a quanto previsto nei paragrafi generalmente seguenti a quelli che delineano il contenuto di un singolo diritto.

<sup>27</sup> N. LAZZERINI, *sub* art. 52, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.

<sup>28</sup> Corte giust., Grande Camera, 19 novembre 2019, cause riunite C585/18, C624/18 e C625/18, A.K.

<sup>29</sup> È noto che l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, nella sua più recente versione, stabilisce che "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".



Tecnica normativa diversa da quella seguita per la Carta UE che dedica, invece, in via generale, una disposizione (art. 52, par. 1) alle limitazioni che sembrerebbero, seguendo un'interpretazione letterale, legittime purché previste per legge e tali da non nuocere al contenuto essenziale dei diritti stessi e purché venga rispettato il principio di proporzionalità.

Vi è, certo, il problema di chiarire se, all'interno della Carta UE, valga il medesimo di sistema di "deroghe" ai diritti come disciplinato dalla CEDU, dovendosi il lettore immediatamente indirizzare sul versante del rapporto fra Carta UE e art. 15 CEDU. Tematica, quest'ultima, che le Spiegazioni già ricordate, sotto l'art. 52 cit., affrontano in modo tutto sommato minimale, limitandosi ad affermare che "La Carta lascia impregiudicata la possibilità degli Stati membri di ricorrere all'art. 15 della CEDU, che permette di derogare ai diritti sanciti dalla convenzione in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, quando agiscono nell'ambito della difesa in caso di guerra o nell'ambito del mantenimento dell'ordine pubblico, conformemente alle responsabilità loro riconosciute all'art. 4, par. 1 del trattato sull'Unione europea e agli articoli 72 e 347 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea". Questione assai delicata, soprattutto nell'attuale contesto pandemico, che non può in questa sede essere approfondita.

Per altro verso, il terzo par. dell'art. 52, si diceva, è quello più delicato perché sembra delineare un sistema di rapporti fra Carta UE e CEDU lineare in forza del quale la cornice di un diritto della Carta UE va necessariamente scolpita sulla base della corrispondente norma convenzionale.

A prima lettura il sistema sembra orientato ad operare sul piano delle fonti e risulta finalizzato a creare un canale di collegamento particolarmente omogeneo fra le due Carte in modo che la Carta UE non possa prescindere dal contenuto della corrispondente norma convenzionale. Meccanismo che metterebbe al riparo da possibili frizioni fra i due sistemi, individuando nella CEDU uno *standard* minimo di protezione al di sotto del quale il corrispondente diritto della Carta UE non potrebbe andare. La garanzia che sembra dunque essere presa in considerazione come valore da salvaguardare ad ogni costo è quella di una soglia di protezione che non può scendere sotto il livello di tutela garantito a livello convenzionale.

Occorre allora impegnarsi nell'individuazione delle tecniche di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE quando essa rispecchia diritti già riprodotti nella CEDU che abbiano sempre e comunque presente la giurisprudenza della Corte edu.

Si pone, peraltro, il problema di individuare il *ruolo* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (non espressamente richiamata dal ricordato art. 52.3).

In proposito, le Spiegazioni a tale disposizione affermano, fra l'altro, che "... Il significato e la portata dei diritti [CEDU] garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea"-. Agevole

sul punto appare il riferimento alla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia Corte giust., 22 dicembre 2010, causa C-279/09, DEB, par. 35.

Ad ogni modo, sembrerebbe agevole ipotizzare una sorta di *gerarchia* fra le Carte, nel senso che al corrispondere del parametro Carta UE con la CEDU la tutela offerta dal primo non potrebbe che essere quella già affermata dal secondo parametro. Ed analogamente sembrerebbe risultare il rapporto fra Carta UE (e tradizioni costituzionali comuni).

Ma il discorso è decisamente più complesso, per più ordini di ragioni.

Per un verso, le disposizioni della Carta UE sopra ricordate attengono appunto alle Carte dei diritti fondamentali e non a chi è chiamato ad applicarle, e cioè produce il *diritto vivente* che vivifica quegli strumenti e li rende concretamente fruibili agli operatori del diritto. Per altro verso, non va dimenticata una delle caratteristiche peculiari del diritto UE, appunto rappresentata dal “primato” dello stesso rispetto ai sistemi normativi dei singoli Paesi membri. Né è marginale la circostanza che l’UE non abbia aderito alla CEDU, come già ricordato.

Occorre dunque verificare come abbia inteso la Corte di Giustizia il sistema appena delineato.

In primo approssimazione, la sensazione che sembra emergere è di una prospettiva che non intende risolvere il nodo dei rapporti fra Carta UE e CEDU sul piano delle fonti, piuttosto preferendo quello, più elastico della *cooperazione* all’individuazione dei contenuti dei diritti fondamentali senza che ciò imponga un vincolo a carico della Corte di Giustizia sull’interpretazione della CEDU, preferendosi, ancora una volta, l’utilizzo di formule meno perentorie per delineare i rapporti fra le Corti<sup>30</sup>.

Vincolo che non vi è mai stato prima dell’entrata in vigore della Carta di Nizza-Strasburgo e che è apparso ininfluente rispetto ad un’armoniosa tutela dei diritti da parte delle due Corti.

Né, d’altra parte, il Preambolo della Carta UE considera la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come dotata di efficacia vincolante, semmai riconoscendo alla Corte di Strasburgo, al pari che alla Corte di Giustizia, il ruolo di artefice nella protezione dei diritti fondamentali.

In effetti, sul punto la posizione della Corte di giustizia può definirsi composita.

---

<sup>30</sup> V. Corte. Giust., Grande Sezione, causa C-465/07, 17 febbraio 2009, *Meki Elgafaji*, delineando i rapporti fra CEDU e Corte dei diritti umani: (p. 28) “... A tale proposito, occorre rilevare che, benché il diritto fondamentale garantito dall’art. 3 della CEDU faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo venga *presa in considerazione* nell’interpretare la portata di tale diritto nell’ordinamento giuridico comunitario.”

A volte si afferma che quando l'individuazione del contenuto di siffatti diritti viene disciplinata dalla CEDU l'art. 52, par. 3, della Carta, impone di dare ai diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di questi ultimi.

Ma è pur vero che nel medesimo contesto la Corte di giustizia non manca di sostenere che la CEDU non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenze *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, nonché *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Commissione*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, punto 45). E poiché le spiegazioni relative all'art. 52 della Carta di Nizza Strasburgo indicano che il par. 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea» lo stesso giudice di Lussemburgo ha ritenuto che ...secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta<sup>31</sup>.

Per questo motivo la Corte di giustizia preferisce, a volte, ricorrere all'affermazione per cui la CEDU 'deve essere presa in considerazione per interpretare l'articolo della Carta di Nizza Strasburgo ad essa corrispondente'<sup>32</sup>. Anche se talvolta la stessa Corte di Lussemburgo non ha mancato di fare derivare dal mancato inserimento della CEDU nell'ordinamento UE l'omesso riferimento alla giurisprudenza della Corte ed sul corrispondente articolo della Convenzione – cfr. Corte giust., 6 ottobre 2016, causa C-218/15, *Gianpaolo Paoletti e altri*<sup>33</sup>.

Si tratta, in definitiva, di un indirizzo che tende, in modo più o meno marcato, a smarcare la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo da un vincolo preciso rispetto alla CEDU che, come detto, non costituisce 'atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione'.

Ma il vincolo si avverte nel momento in cui l'operazione di interpretazione autonoma non può in ogni caso giungere ad un livello di protezione inferiore rispetto a quello offerto dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte ed.

---

<sup>31</sup> V. Corte giust., sentenze *McDonagh*, C-12/11, punto 44, e *Riesame Commissione/Strack*, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punto 40; Corte giust.[GC]15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, § 47-48.

<sup>32</sup> Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K.*, §68; Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, *JZ*, § 50; Corte giust. [GC]15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, cit., § 77.

<sup>33</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Priit Pikamäe presentate il 23 aprile 2020 nelle cause riunite C924/19 PPU e C925/19 PPU FMS, FNZ (C924/19 PPU),SA,SA junior (C925/19 PPU).

### 5.1 Ancora sul valore della CEDU (e della Costituzione). Indietro tutta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (penali). A proposito della poco convincente Cass., S.U., 23 ottobre 2020 n. 29541, *Filardo*

Una forte presa di posizione delle Sezioni Unite penali desta non poche perplessità a proposito del valore della CEDU nell'ordinamento interno.

Il giudice della nomofilachia – Cass., S.U., 23 ottobre 2020 n. 29541, *Filardo* – destinato funzionalmente ad offrire una parola particolarmente autorevole e, come sul dirsi, nomofilattica, del giudice ordinario di ultima istanza, ha di recente affermato, pur non investita specificatamente della questione dal Primo Presidente, che la CEDU, al pari della Costituzione avrebbe un ruolo assolutamente ridotto all'interno del giudizio di legittimità, poiché la presunta violazione del parametro convenzionale "...a sua volta proponibile in ricorso unicamente a sostegno di una questione di costituzionalità di una norma interna" dovrebbe fare i conti con il rango che la CEDU ha all'interno del sistema delle fonti, appunto meramente "integratrice del precetto di cui all'art. 117, comma 1, Cost."

Da qui l'inammissibilità della censura che pone alla sua base la violazione del parametro convenzionale in assenza di una questione di legittimità costituzionale proposta.

Ora non si intende qui in alcun modo affrontare la questione relativa alla violazione di norma costituzionale, dovendosi invece spendere soltanto qualche parola in ordine alla ritenuta inammissibilità di una censura che, come nel caso esaminato dalle S.U. penali, avesse come punto di riferimento norme del codice di procedura penale unitamente alla prospettata violazione della CEDU.

Orbene, stando al ragionamento delle Sezioni Unite penali – che sul punto seguono un orientamento espresso dalla sezione seconda penale (Cass. pen. n. 2623/2020) – il rango sottordinato della CEDU alla Costituzione non potrebbe che consentire il ricorso al parametro convenzionale se ed in quanto funzionale ad una questione di costituzionalità che, non essendo stata prospettata dal ricorrente, rende la censura non esaminabile dal giudice di legittimità.

Il ragionamento non persuade per due ordini di ragioni.

Perché, da un lato, esso tralascia di considerare che è *pleno iure* "legge" il testo normativo che ha ratificato, nel 1955, la CEDU nell'ordinamento interno – legge n. 848/1955 – di guisa che, a titolo meramente esemplificativo, tale parametro è destinato a prevalere rispetto ad una disposizione di legge antecedente con essa incompatibile o comunque a trovare applicazione in caso di lacuna normativa, di vuoto che il giudice può colmare attraverso l'applicazione del detto parametro.

Ma quel che più colpisce rispetto alla netta presa di posizione delle Sezioni Unite è la totale pretermissione, all'interno del processo decisionale del giudice di nomofilachia, del piano interpretativo ed ermeneutico sul quale si colloca la

CEDU. Piano al quale, per converso, il giudice, *ogni giudice* è tenuto proprio in forza delle note sentenze gemelle della Corte costituzionale rese nell'ottobre 2007 e nei seguiti che esse hanno avuto.

Piano al quale, si è visto le Sezioni Unite penali, almeno nei precedenti sopra ricordati, sembravano essersi richiamati – Cass., S.U., *Paternò*, n. 40076/2017, Cass., S.U. (pen.), 22 febbraio 2018, n. 8770 –.

Un piano, quello interpretativo, che alle sezioni unite penali *Paternò* era parso invece ineludibile, al punto da renderlo indispensabile al fine di evitare il vizio di costituzionalità di una disposizione incriminatrice e conseguentemente l'incidente di costituzionalità – cfr. p. 9 sent. *Paternò*, cit. – ed al quale il decisore di turno, compreso quello di ultima istanza, non sembrava in alcun modo doversi e potersi sottrarre tutte le volte in cui gli sia prospettato un *vulnus* della decisione giudiziale rispetto al parametro convenzionale.

Sicché in quel caso spetterebbe al giudice comune verificare se detto *vulnus*, ove ritenuto esistente, possa essere rimosso attraverso un'interpretazione del dato normativo interno coerente con il parametro convenzionale, senza dunque alcuna necessità di investire il giudice costituzionale e con l'ovvia ulteriore possibilità di considerare che l'incidente di costituzionalità potrà eventualmente essere sollevato dal giudice al quale è stata proposta la censura, ove egli dovesse ravvisare una radicale incompatibilità del dato normativo interno con la CEDU tale da richiedere necessariamente l'intervento del giudice costituzionale.

Basta, sul punto, rinviare alle riflessioni a più riprese espresse da autorevole dottrina<sup>34</sup>.

In questo caso spetterà al giudice verificare se detto *vulnus*, ove ritenuto esistente, possa essere rimosso attraverso una interpretazione del dato normativo interno coerente con il parametro convenzionale, senza dunque alcuna necessità di investire il giudice costituzionale e con l'ovvia ulteriore possibilità di considerare che l'incidente di costituzionalità potrà eventualmente essere sollevato dal giudice al quale è stata proposta la censura ove egli dovesse ravvisare una radicale incompatibilità del dato normativo interno con la CEDU tale da richiedere necessariamente l'intervento del giudice costituzionale.

Quella adottata dalle Sezioni Unite penali *Filardo*, rispetto ad una censura che aveva peraltro prospettato la violazione di norme interne e convenzionali, si dimostra essere una posizione per certi versi oscurantista rispetto al reale ruolo della CEDU nel sistema interno che, oltre a produrre una regressione

---

<sup>34</sup> Sulle indicazioni metodologiche relative al modo di operare della CEDU offerte a più riprese da A. Ruggieri sia consentito rinviare a R. CONTI, *Ruggieri, i giudici comuni e l'interpretazione*, in *Giustiziasieme*, 4 ottobre 2019.

significativa del livello di effettività del sistema di protezione dei diritti, finisce con l'approfondire ancora di più lo iato fra CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, in definitiva ulteriormente enfatizzando i problemi in punto di eguaglianza fra le tutele apprestate dai ricordati strumenti di cui si dirà nei successivi paragrafi.

L'unica speranza è che l'indirizzo appena registrato non rappresenti il punto di vista delle Sezioni Unite sul tema della rilevanza della CEDU nell'ordinamento interno anche per ciò che riguarda la proposizione del ricorso per Cassazione, ma unicamente una sorta di *obiter* sul quale il giudice di nomofilachia potrà, magari, in un non lontano futuro ritornare, fornendo una lettura più coerente con i principi espressi dalla Corte costituzionale.

*Spes* che, tuttavia, non sembra favorita da un successivo recente intervento delle Sezioni Unite civili – Cass., S.U., n. 18923/2021 – che, in sede di esame di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato definito dal CSM, sono ancora una volta incidentalmente ritornati sul tema dell'efficacia della CEDU, affermando che "...la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli stati contraenti, configurandosi piuttosto come un trattato internazionale multilaterale, da cui derivano obblighi per gli stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico nazionale in un sistema più vasto, da cui gli organi deliberativi possano promanare norme direttamente vincolanti per le autorità interne". Sulla base di tale premessa metodologica, le Sezioni Unite hanno escluso l'ammissibilità di uno dei motivi di ricorso fondati sulla violazione degli artt. 2, 6 e 8 CEDU, ritenendo che "... non è ammissibile la diretta denuncia di violazione di una norma della Convenzione quale vizio rilevante ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. b), potendosi semmai invocare la norma convenzionale o come criterio interpretativo di una norma nazionale direttamente applicabile, o quale norma interposta, ai sensi dell'art. 117 Cost., che giustifichi il dubbio di costituzionalità della norma nazionale. Nelle deduzioni sviluppate nella memoria non si fa riferimento alla violazione di alcuna norma o principio normativo dell'ordinamento giuridico italiano, ricavabile in via di interpretazione "convenzionalmente" orientata o contrastante con i principi di cui all'art. 6 CEDU". Affermazioni espresse *incidenter tantum* che, tuttavia, sembrano orientare l'operatore del diritto verso un modulo comportamentale che tende a marginalizzare il ruolo della CEDU, lasciando forse ai margini della riflessione la circostanza che il parametro convenzionale, anche in materia penale, se dotato di immediata precettiva, può costituire elemento decisivo per sanare sul piano ermeneutico una "lacuna incostituzionale" anche in materia penale. Basta sul punto solo accennare all'ipotesi di interpretazione in *bonam partem* delle cause di non punibilità.

## 6. La massimizzazione delle tutele nel campo dei diritti fondamentali

A proposito dei rapporti fra Carta UE e CEDU. Va in ogni caso tenuto fermo che quanto fin qui detto non incide affatto sulla possibilità di offrire un segmento di tutela superiore rispetto alla corrispondente disposizione della CEDU quando la Carta di Nizza-Strasburgo dovesse essere interpretata in modo da garantire un innalzamento del livello di tutela offerto da quest'ultima.

In questa direzione a prendere posizione univoca è, in termini generali, l'art. 53 della Carta sul quale occorre soffermarsi. Entriamo così nel vivo del tema delle relazioni fra i livelli di protezione che la Carta e la CEDU offrono ai diritti fondamentali.

Tale disposizione intende fissare, anche in questa circostanza, alcuni paletti che sembrano muoversi sul piano delle fonti.

Nelle Spiegazioni annesse all'art. 53 della Carta UE si dice che *“Questa disposizione mira a salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto, nei rispettivi campi d'applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale. Data la sua importanza, viene citata la CEDU. Il livello di protezione offerto dalla Carta non potrà in alcun caso essere inferiore a quello garantito dalla CEDU; ne consegue che il sistema di limitazioni previsto nella Carta non può scendere al di sotto del livello previsto dalla CEDU.”*

Da qui una possibile lettura in termini di gerarchia fra la Carta UE e la CEDU a favore della seconda.

Ora, non sembra potersi disconoscere che il risalto concesso dall'art. 53 della Carta UE alla CEDU intende riconoscere al sistema convenzionale – nel quale gioca un ruolo determinante il diritto vivente della Corte europea (come ha cura di chiarire la *motivazione* dell'articolo citato allegata alla *Nota*) – una sorta di “sovraordinazione” sulla tutela appresta ai diritti fondamentali alla CEDU, rendendo più stringente la conformazione delle regole comunitarie in materia di diritti umani a quelle della Convenzione, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Ciò, del resto, è in piena armonia con la storia stessa della tutela dei diritti fondamentali nel diritto comunitario, che appunto la Corte di Giustizia alimentò traendo proprio dalla CEDU – oltre che dal vago rinvio alle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri – la materia su cui edificare la protezione – comunitaria e dunque autonoma – dei diritti fondamentali.

Ma la prospettiva che qui si preferisce assecondare è esattamente opposta, muovendo da un'analisi comparativa dell'art. 52 appena ricordato e dell'art. 53 della CEDU al quale il primo si rifa.

Sotto la rubrica “Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti”, l'art. 53 CEDU prevede, come si è già ricordato, che “nessuna delle disposizioni della presente



Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell’Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi.”

Anche la disposizione CEDU da ultimo ricordata intende offrire all’interprete un mezzo per ovviare alla criticità rappresentata dal diverso *standard* di tutela di un diritto fondamentale eventualmente esistente fra il catalogo della Convenzione e la protezione nazionale allo stesso riconosciuta, salvaguardando il livello di protezione più benevolo di un diritto fondamentale.

Questo mezzo è, per l’appunto, rappresentato dal canone ermeneutico volto a dare prevalenza, per ciò che riguarda i rapporti fra diritto nazionale e CEDU, alla protezione di più ampio livello anche se essa promani dalla fonte nazionale, in definitiva tratteggiando il carattere della sussidiarietà che ivi campeggia<sup>35</sup>.

La trasposizione quasi pedissequa dell’art. 53 CEDU nell’art. 53 della Carta di Nizza crea, peraltro, ulteriori e forse più complessi problemi, se si considera che l’art. 53 della Carta UE contempla nell’opera di armonizzazione che nasce dall’interpretazione non solo la CEDU, ma anche le Costituzioni degli Stati membri (tema che non è qui possibile affrontare fuoriuscendo dal perimetro del presente intervento).

Se ci si ferma, dunque, ad un’analisi quasi letterale dell’art. 53 si potrebbe così avere l’impressione che la carica di armonizzazione correlata al richiamo della CEDU subisce, in effetti, pesanti condizionamenti, non potendosi mai oltrepassare, nell’affermazione dei diritti sanciti dalla Carta, “i diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” riconosciuti “anche” dalle Costituzioni degli Stati membri che finirebbero così per assurgere a fonte prevalente.

E sempre seguendo quest’impostazione si dovrebbe finire col riconoscere che anche la Carta di Nizza-Strasburgo non ha potuto fare a meno di legittimare quella teoria dei c.d. contro-limiti che alcune Corti costituzionali europee – fra le quali quella italiana – hanno coniato per comprimere il “primato” del diritto comunitario nel tentativo, più o meno dichiarato, di costituire un fortino per salvaguardare le “fondamenta” dei singoli Stati dai diritti di matrice sovranazionale – ancorché classificati come *fondamentali* –. E ciò anche se la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza *Melloni*, ha mostrato di sentirsi refrattaria a tale “pericolo”.

Il nodo può sembrare “gordiano” e “conflittuale”, ma è meno astruso e complicato di quanto possa sembrare se si abbandona non solo l’idea di governare i diritti fondamentali ricercando il *primato* dell’una fonte sull’altra, ma anche una

<sup>35</sup> V., V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e corte europea*, Roma, 2019, 137 ss.



prospettiva fondata su una davvero improbabile “scala” fra le fonti – nazionali e sovranazionali – che contemplano e contengono i diritti fondamentali.

Risulta quindi persuasiva l'impostazione autorevolmente e ripetutamente espressa negli anni da numerosi studiosi di siffatte tematiche rifacendosi qui, in particolare, al pensiero esposto da Antonio Ruggeri<sup>36</sup>, alle cui parole nulla sembra doversi e potersi aggiungere quando l'Autore auspica un uso massiccio del canone ermeneutico per sciogliere i nodi prodotti dalla tutela *multilivello*<sup>37</sup>.

Occorre dunque concludere che l'art. 53 della Carta UE intende affrontare il tema del coordinamento fra fonti nazionali e sovranazionali che regolamentano diritti e libertà fondamentali facendo espresso ricorso al canone interpretativo – in piena sintonia con l'interpretazione dell'art. 53 CEDU fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – in esso individuando un meccanismo capace di favorire un'osmosi fra i diversi cataloghi dei diritti, ma anche di salvaguardare la protezione più approfondita che un valore può avere in uno strumento diverso dalla Carta (UE) e dunque il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tutto questo in modo da realizzare una “tensione” verso il massimo livello di tutela, inteso come metavalore che *irraggia* le relazioni fra tutte le Carte dei diritti, nazionali e sovranazionali. Prospettiva, quest'ultima, che non trova consensi unanimi nella dottrina e che, tuttavia, serpeggia ora anche nella giurisprudenza costituzionale, se si guarda ad un recente passaggio contenuto nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale<sup>38</sup>.

In definitiva, la protezione offerta dalla Carta UE (deve) cede(re) rispetto a quella offerta dalla CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo e può risultare recessiva anche rispetto alla maggior protezione eventualmente riconosciuta dalle Costituzioni nazionali, impregiudicata la possibilità di attribuire diritti maggiori di quelli tutelati dalla CEDU (art. 52). Ciò perché la tutela multilivello non esclude che ciascun sistema nazionale sia caratterizzato da una migliore tutela di quei diritti fondamentali che costituiscono il suo patrimonio costituzionale, anzi orientandosi verso una costante interazione che appunto alimenta la

---

<sup>36</sup> A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa Rivista, 2019, f. II, 18 dicembre 2019, 714.

<sup>37</sup> V., fra gli ultimi interventi dell'Autore cit. nel testo, il pensiero espresso nell'intervista di R.G. Conti, insieme a R. Bin, sul tema, *Giudice o giudici nell'Italia post-moderna?*, in *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. CONTI, Padova, 2020, 1 ss.

<sup>38</sup> Corte cost. n. 182/2020, p. 3.2: “Questa Corte ravvisa, infatti, una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione.”

sussidiarietà tra i diversi sistemi, l'uno potendo soccorrere in caso di fallimento dell'altro<sup>39</sup>.

Orbene, tornando alla consistenza dell'art. 53 della Carta UE e senza voler negare le diversità esistenti con il meccanismo sancito dall'art. 53 CEDU – essenzialmente correlate al diverso rapporto di forza esistente fra CEDU e sistemi normativi dei Paesi aderenti – appare in ogni caso chiaro che l'opera di armonizzazione che certamente la Carta di Nizza–Strasburgo intende perseguire non può che alimentarsi dell'attività, a tratti coraggiosa ed a tratti prudente, dei “giudici” chiamati a dare voce ai diritti fondamentali ed ai diversi cataloghi dei diritti.

Ed è proprio l'art. 53 a garantire, attraverso l'armonizzazione giurisprudenziale delle Corti nazionali e delle due Corti europee perseguita con il metodo dell'interpretazione *conforme* alla CEDU, il “diritto comune delle libertà” in Europa.

Anzi, corre l'obbligo di precisare che nel concetto di “giudici” chiamati ad interpretare questo composito quadro normativo relativo ai diritti fondamentali vanno a pieno titolo inseriti i “giudici comunitari di diritto comune” e, dunque, gli organi giurisdizionali nazionali che saranno appunto chiamati, laddove non decidano di sperimentare il meccanismo del rinvio pregiudiziale – dovuto solo per le giurisdizioni superiori – a procedere a quella delicata opera di “bilanciamento” ed armonizzazione dei diritti fondamentali che sposta notevolmente il baricentro del diritto da una fase *statica* ad una ben più ricca – ed a tratti *incerta*, se si continua a pensare alla certezza del diritto in termini tradizionali – fase *dinamica*, diuturnamente alimentata dall'opera interpretativa della magistratura.

Illusorio e giuridicamente errato sarebbe pensare che quest'opera integratrice ed ermeneutica debba essere riservata “in via esclusiva” al giudice di Lussemburgo o comunque alle Corti costituzionali dei paesi dell'Unione, perdendosi altrimenti di vista l'assoluta rilevanza riconosciuta al giudice nazionale dall'intero sistema UE e, soprattutto, dalla stessa Corte di Giustizia.

Può, infatti, senza tema di smentita ritenersi che i primi tutori dei diritti sono i giudici nazionali sui quali grava il compito di garantire il rispetto dei diritti applicando le leggi nazionali ma, avendo sempre presente sullo sfondo l'esistenza della CEDU.

---

<sup>39</sup> Cfr., da ultimo, A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di O. POLLICINO e V. PICCONE, Napoli, 2019, 317 ss.

## 7. La convergenza dei parametri Carta UE e CEDU e il tema degli obblighi positivi degli Stati membri rispetto ai rapporti interprivati

### 7.1. A) la CEDU e rapporti fra privati: quale rilevanza?

Quello dell'efficacia dei rapporti c.d. orizzontali (fra privati) dei diritti fondamentali è un tema che "irradia" i sistemi continentali europei<sup>40</sup> da una certa epoca, a cominciare dall'esperienza tedesca – cd. *Drittwirkung* – nella quale ha avuto particolare attenzione, sviluppando tematiche (efficacia diretta attraverso clausole generali o efficacia diretta senza mediazione di clausole generali)<sup>41</sup>.

Tale tematica si è sviluppata anche all'interno della CEDU sicché prima di valutare quale sia la rilevanza della Carta UE nei rapporti interprivati<sup>42</sup> occorre preliminarmente chiedersi quale rilevanza abbia la CEDU nel medesimo ambito.

Si tratta, per molti versi, di un terreno ancora da esplorare<sup>43</sup>, rispetto al quale verrebbe agevole affermare che la CEDU ha come destinatario finale degli obblighi ivi assunti lo Stato, in tutte le sue multiformi articolazioni organiche. In effetti, ai sensi dell'art. 1 della CEDU, ciascuno Stato contraente "riconosce ad ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel ... [la] Convenzione".

Così espressa la risposta risulterebbe, tuttavia, incompleta e insoddisfacente, essendo il tema decisamente più complesso, vuoi sotto il profilo dello svolgimento di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati che dovrebbero rimanere sotto l'ombrello convenzionale, vuoi sotto l'aspetto, assai più rilevante, dell'esistenza, a carico dello Stato, di vari "obblighi positivi" che lo Stato assume nei confronti di tutte le persone al fine di assicurare l'esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU.

Utile può essere, allora, uno sguardo alla giurisprudenza del Corte di Strasburgo, pur senza dimenticare il suo carattere eminentemente casistico.

La Corte EDU ha infatti affermato – caso *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31, caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, 13 agosto 1981, § 49 – che in

---

<sup>40</sup> V. P. FEMIA, "Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione delle sfere private", in Pietro Perlingieri. *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, 2006, Napoli, 194.

<sup>41</sup> V., di recente. F. EPISCOPO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2020, sui casi "Stadium Ban" e "Hotel Ban" di recente esaminati dal Tribunale costituzionale tedesco.

<sup>42</sup> V., G. ALPA, *L'applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati*, in *I diritti dell'uomo*, 2016, XXVII, 3, 2016 517.

<sup>43</sup> V. U. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 325 ss.

aggiunta all'impegno soprattutto negativo dello Stato di astenersi dall'ingerenza nelle garanzie previste nella Convenzione, possono esservi *obblighi positivi* intrinseci a tali garanzie. La responsabilità dello Stato può allora essere impegnata in conseguenza dell'inosservanza del suo obbligo di adottare una legislazione interna idonea a preservare il diritto fondamentale che entra in gioco.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza della Corte edu ha affrontato il tema degli obblighi positivi dello Stato rispetto ai danni prodotti da soggetti, anche privati, che espletano servizi pubblici – colpa medica – Corte dir. Uomo, 17 gennaio 2002) *Calvelli e Ciglio c. Italia* – servizi sanitari – Corte dir. uomo, Corte dir. uomo, 16 giugno 2005, *Stork c. Germania* – raccolta rifiuti – Corte dir. uomo, 10 febbraio 2012, *Di Sarno c. Italia* – sanzioni e istruzione scolastica – Corte dir. uomo, 25 marzo 1993, *Costello Roberts c. Regno Unito* –. In tali casi lo Stato risponde direttamente della violazione subita dal privato.

Sotto il secondo versante, il concetto di obbligo positivo si affianca, differenziandosene, a quello di “obbligo negativo”. A fronte dell'esigenza di “non danneggiare” un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Ed è proprio attraverso il concetto di obbligo positivo che si giunge all'affermazione dell'efficacia *indiretta od orizzontale* della CEDU nei rapporti fra privati<sup>44</sup>.

Chiarificatrici in ordine alla crescente rilevanza dell'efficacia orizzontale della CEDU risultano le osservazioni espresse dal Giudice Wojtyczek nell'opinione concorrente resa nel caso *Bochan c. Ukraine* (n. 2), 5 febbraio 2015, deciso dalla Grande Camera della Corte edu.

Tale prospettiva è chiarita in modo esplicito dalla Corte quando ha riconosciuto che essa non è, in teoria, tenuta a definire controversie di natura puramente privata, però immediatamente aggiungendo che *nell'esercizio del controllo europeo che le spetta, non può rimanere passiva laddove l'interpretazione da parte di un tribunale interno di un atto giuridico, sia esso una disposizione testamentaria, un contratto privato, un documento pubblico, una disposizione di legge o una prassi amministrativa, appaia illogica, arbitraria, discriminatoria o, più in generale, incompatibile con i principi sottostanti alla Convenzione* – Corte dir. uomo, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, § 59; conf. Corte dir. uomo, 16 dicembre 2008, *Shid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, 33.

Occorre, a questo punto, chiarire in quali termini la CEDU è destinata ad operare nell'ambito dei rapporti interprivati.

<sup>44</sup> Sul punto v. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Torino, 2016, 114, 116.

In generale, può dirsi che la protezione offerta ai diritti di matrice convenzionale non è piena tanto quanto quella che nasce dall'immediata applicazione dei diritti convenzionali direttamente azionabili nei confronti dello Stato, richiedendosi allo Stato un obbligo di garantire la protezione giurisdizionale dei diritti secondo la legislazione nazionale e purché questa sia scevra da profili di arbitrarità o da irragionevolezza evidenti.

La diversità fra la protezione di un diritto fondamentale nei confronti dello Stato ed il medesimo diritto laddove entri in gioco all'interno di un rapporto fra privati si delinea, sia pur con specifico riferimento al diritto di proprietà, in Corte dir.uomo, 31 maggio 2016, *Vukušić c. Croatia*, ove la Corte sussume la vicenda in un ambito non esclusivamente privatistico, ritenendo che la protezione della quale gode in questi casi il privato è dunque più ampia, riguardando direttamente il contenuto del diritto di matrice convenzionale – qui l'art. 1 prot. n. 1 annesso alla CEDU –.

Questo non riduce affatto, tuttavia, la rilevanza della CEDU nei rapporti interprivati, ma si sostanzia nella necessità di interpretare comunque la legislazione interna in modo conforme alla Convenzione. Quando il diritto interno, come interpretato giudizialmente, rende legittima una condotta contraria a CEDU, si realizza la violazione convenzionale, invece eliminabile informando la legislazione interna al rispetto dei canoni convenzionali, in primo luogo attraverso un'interpretazione convenzionalmente orientata. Il che, ovviamente, non elida le difficoltà correlate alla tipologia di sindacato richiesto al giudice nazionale quando è chiamato a riempire di contenuto un diritto fondamentale che vive dinamicamente nella giurisprudenza della Corte edu e che, d'altra parte, lo chiama ad un sindacato non agevole in ordine al carattere imprevedibile e/o arbitrario di una legge interna, di matrice normativa o contrattuale.

La prospettiva qui segnalata è emersa proprio con riferimento alla protezione del diritto di proprietà – v. Corte dir. uomo, 10 gennaio 2012, *Vulakh e altri c. Russia* e, in modo ancora più chiaro, Corte dir. uomo, 12 marzo 2014, *Zagrebačka banka d.d. c. Croatia*, in tema di libertà di espressione (art. 10 CEDU) – v. Corte dir. uomo, 16 ottobre 2013, *Remuszko c. Polonia* e di libertà di associazione (art. 11 CEDU) – v. Corte dir. uomo, 6 novembre 2012, *Redfearn c. Regno Unito*.

Particolarmente proficuo può ancora risultare il richiamo al caso dei soggetti sfrattati dal proprietario per avere mantenuto un impianto parabolico non consentito dal contratto di locazione.

Corte dir. uomo, 16 dicembre 2008, *Kursbid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia* ha ritenuto che la decisione adottata dal giudice nazionale infrangeva il diritto alla libertà di informazione (art. 10 CEDU), in relazione al fatto che i conduttori, di origine persiana, avevano utilizzato il sistema parabolico per ricevere programmi televisivi in arabo e in persiano dal loro Paese natale. La Corte, in definitiva, ha inteso verificare se le motivazioni fornite dalle autorità nazionali per giustificare

l'ingerenza fossero “pertinenti e sufficienti” e se la misura presa fosse “proporzionata ai fini legittimi perseguiti”. Si chiarisce, così, testualmente, che “la Corte deve convincersi del fatto che le autorità nazionali, basandosi su una valutazione accettabile dei fatti pertinenti, abbiano applicato regole *conformi* – corsivo aggiunto – ai principi racchiusi nell’art. 10 CEDU”.

In questo, dunque, si sostanzia l’obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata al quale è tenuto il giudice nazionale allorché la controversia, sia anche essa pendente tra privati, involge l’esame di diritti di matrice convenzionale.

Ancora, può ricordarsi Corte dir. uomo, Grande Camera, 7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia* (ric.n. 16574/08), chiamata a verificare l’inadempimento (parziale) di uno Stato ad una pronunzia resa dal giudice di Strasburgo in un procedimento diverso da quello attivato dai ricorrenti – Corte dir. uomo, 1 febbraio 2000, *Mazurek c. Francia* (ric. n. 34406/97) – che aveva riconosciuto, in termini di violazione di sistema, una discriminazione in danno del figlio adulterino rispetto ai diritti successori riconosciuti al figlio legittimo, ha esaminato il regime transitorio introdotto dalla legge interna, alla cui stregua era stata sì eliminata detta discriminazione non estendendo temporalmente, tuttavia, gli effetti innovativi da essa previsti alla vicenda del ricorrente, originata in epoca precedente alla prima decisione di condanna resa dalla Corte di Strasburgo.

La decisione fa il paio con altre pronunzie nelle quali la Corte edu, proprio nel campo delle discriminazioni, non ha avuto esitazione a riconoscere la piena applicazione della CEDU nei rapporti interprivati.

Il che si verifica, poi, in termini generali, rispetto al parametro del giusto processo – art. 6 CEDU – come chiarito, tra le altre, da Corte dir. uomo, 14 febbraio 2012, *Arras e altri c. Italia*, § 45.

Senza dire che è numericamente rilevante la giurisprudenza della Corte edu sulle questioni che involgono relazioni familiari di vario genere che, all’evidenza, intercorrono fra privati e che non per questo riducono gli obblighi positivi dello Stato affinché i diritti dei diversi soggetti (che) risultino coinvolti vengano protetti dallo Stato in maniera concreta, effettiva ed efficace.

Prezioso è poi stato il contributo della dottrina più accorta (Navarretta<sup>45</sup>) che è riuscita a tratteggiare con estrema chiarezza in cosa consista l’efficacia diretta della

<sup>45</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, europea e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; Id., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, Id., *CEDU e cultura giuridica italiana, 5. La Convenzione europea dei diritti dell’Uomo e i civilisti*, Intervista di R. G. Conti a N. Lipari ed E. Navarretta, in *GiustiziaInsieme*, 9 gennaio 2020.

CEDU quando lo Stato e/o le sue articolazioni sono parti di un giudizio ed in cosa invece si risolve l'efficacia indiretta che concerne i rapporti c.d. orizzontali.

Nell'uno e nell'altro caso l'incidenza è enorme e poco fin qui considerata, non maneggiandosi – per scelta dogmatica o per altre forse intuibili ragioni – con la dovuta familiarità concetti quali quelli di obblighi positivi e negativi ricadendo sullo Stato per effetto della sua adesione alla CEDU. Ed infatti, a fronte dell'esigenza di “non danneggiare” un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Questo obbligo si trasmette dunque a tutti gli organi statali e, quindi, anche alla giurisdizione.

Non vi è dunque rapporto interprivato, caratterizzato da qualsivoglia tipologia di interesse ad esso sotteso, personale o patrimoniale, che fuoriesca dal *cappello*<sup>46</sup> offerto dalla CEDU alla protezione dei diritti fondamentali, osserva la Navarretta anche per effetto del fare sistema della prima con la Costituzione.

Si ha qui agio di comprendere che il piano dell'interpretazione del diritto interno in modo coerente e conforme alla CEDU sembra prevalere naturalmente sul tema delle relazioni fra le fonti, ancorché la lacuna eventualmente riscontrata sul piano giuridico interno possa essere sanata attraverso la mediazione della Costituzione (Navarretta, cit.).

Se, infatti, il sindacato sul contrasto fra norma interna e CEDU va riservato in via esclusiva alla Corte costituzionale – secondo le note rime fissate dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale rese nell'anno 2007 e dai successivi seguiti –, è sul piano ermeneutico che la Cedu, con la copertura costituzionale introdotta dall'art. 117 Cost., può inserirsi negli interstizi lasciati vuoti dal sistema<sup>47</sup>.

In conclusione, rispetto al tema complessivo dell'efficacia orizzontale della CEDU nei rapporti interprivati, sono di grande rilievo le osservazioni conclusive espresse da Aurelio Gentili, nel suo saggio dedicato all'argomento<sup>48</sup>.

### **7.1 B) Quale efficacia della Carta UE nei rapporti interprivati?**

Fin qui la CEDU. E la Carta di Nizza–Strasburgo rispetto ai rapporti interprivati?

Guido Alpa in un suo saggio, dedicato alla rilevanza dei diritti fondamentali nei rapporti fra privati, occupandosi della Carta UE sottolinea come

---

<sup>46</sup> Cfr. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 290 ss.

<sup>47</sup> Sul ruolo della CEDU in caso di lacuna normativa, v., volendo, R. CONTI, *Legge Pinto – ma non solo – Corte di Cassazione e CEDU su alcune questioni ancora controverse*, in *Questionegiustizia* 23 marzo 2015.

<sup>48</sup> Cfr. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *NGCC*, 1/2016, 183 ss.



“...il significato pregnante del nuovo testo è racchiuso in modo icastico nel Preambolo in cui si evidenziano i valori comuni dei popoli d’Europa, valori qualificati come indivisibili e universali; essi sono la dignità umana, la libertà, l’uguaglianza, la solidarietà; questi valori rispettano la diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d’Europa, sono radicati nel patrimonio spirituale e morale europeo, e sono considerati l’espressione più alta della nozione di persona, posta al centro dell’azione dell’Unione; una nozione qualificante della cittadinanza e dello spazio di libertà, sicurezza, giustizia che essa intende promuovere e garantire.” E prosegue poi nel sottolineare un altro passo del Preambolo – «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso» – non solo per escluderne ogni valenza meramente enfatica ma, al contrario, per sottolinearne il vero ed autentico senso, rappresentato dal fatto che i diritti fondamentali costituiscono “*principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell’Unione e nei confronti degli altri*”, infine ricordando l’applicazione fatta dalla Corte di Giustizia di parametri della Carta all’interno dei rapporti interprivati. Il percorso per la piena applicazione della Carta UE in ambito privatistico è dunque pienamente tracciato, anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che se attentamente ricercata e studiata, offre contrafforti particolarmente edificanti<sup>49</sup>.

E non vanno certo dimenticate le più recenti prese di posizioni della Corte di giustizia in ambito lavoristico<sup>50</sup> o in materia di diritto all’oblio<sup>51</sup>.

Vicenda, quest’ultima nella quale, il riconoscimento di un rimedio agli utenti al fine di potere ottenere dopo un indefinito periodo di tempo la rimozione delle informazioni riguardanti fatti o notizie attinenti all’interessato altro non è che il

<sup>49</sup> V. Corte giust., 11 settembre 2018, C-68/17, *IR*. V., anche, Corte giust. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*. Su entrambe le decisioni, v., A. C. CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights. ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. and ECJ 11 September, 2018, Case C-68/17, IR v JQ*, in <https://www.cambridge.org/core/terms>. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000154>.

<sup>50</sup> Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck* [GC]; sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Wilmeroth* [GC].

<sup>51</sup> Corte giust., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland, Seitlinger and Others*; Corte giust., 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, commentate da O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica* (II), 2014, n. 4/5, GIUFFRÈ, p. 569.



riconoscimento dell'immediata efficacia degli artt. 7 e 8 della Carta UE<sup>52</sup>, mostrando una tendenza del giudice UE a volere "assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta" (Pollicino, cit.), pur senza professare in via di principio tale "svolta" nella sua giurisprudenza

Il discorso si fa, indubbiamente complesso perché tocca istituti di carattere generale all'interno del diritto dell'Unione europea, primo fra tutto quello dell'efficacia orizzontale del diritto UE nei rapporti interprivati.

Ma preme rilevare che l'osmosi esistente fra le due Carte della quale si è già parlato tende a rendere omogenee le modalità di approccio, di guisa che anche per le disposizioni della Carta UE riproduttive, in tutto o in parte, di disposizioni CEDU, la regola di ingaggio rappresentata dagli artt. 52 par. 3 e 53 imporrà all'interprete di considerare la portata e l'efficacia della disposizione convenzionale senza che la protezione da offrire all'interno della controversia regolata dalla Carta UE possa essere inferiore a quella convenzionale.

I vasi comunicanti, dunque, continuano ad irrorarsi vicendevolmente, tanto che i risultati raggiunti per l'una carta finiscono con l'irradiarsi continuamente e vicendevolmente.

## **8. Conclusioni. Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti?**

Quale giudice nazionale per le Carte dei diritti? La rassegna di spunti fin qui offerti impone un pensiero rivolto a chi è chiamato a maneggiare le Carte dei diritti sovranazionali (e la Costituzione, qui non esaminata) e, dunque, a tutti noi.

Si parla spesso di "cassetta degli attrezzi" per sottolineare la prospettiva, assolutamente condivisibile, che impone al giudice ed all'avvocato di sapersi destreggiare nell'uso di tali attrezzi, nella scelta oculata e attenta degli stessi, nell'attenzione e cura che occorre usare per maneggiarli al momento giusto. Il corso al quale ho avuto il privilegio di partecipare persegue commendevolmente questa prospettiva in una chiave di diffusività, efficacia nella quale chi scrive si ritrova e spera di avere offerto qualche granellino di sabbia in un ambito davvero sconfinato.

Tale prospettiva, peraltro, si arricchisce ulteriormente se si guarda con una lente particolare proprio a questi *attrezzi*, a ciò che essi rappresentano per la giustizia, gli operatori del diritto, gli avvocati ed i giudici.

---

<sup>52</sup> COSÌ O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, a cura di O. POLLICINO e V. PICCONE, Napoli, 2019, 299.

A ben considerare, le Carte dei diritti sono cosa ben diversa da ciò che rappresenta un bisturi per il chirurgo, anche se definirne gli elementi distintivi non è affatto semplice. Si proverà quia rappresentare meglio il senso di questa affermazione.

Le Carte sovranazionali di cui si è detto non sono strumenti inanimati, privi di vita, inespressivi se guardati al di fuori del processo, a me invece apparendo ciascuna un vero e proprio caleidoscopio, in cui i diritti che esse contemplano, proprio per il gioco di specchi posti al loro interno, determinano riflessioni ed immagini multiple, destinate a mutare in modo imprevedibile e variabilissimo a ogni movimento, proprio in relazione a ciò che determina quel movimento, appunto rappresentato dal caso e da chi maneggia quelle medesime Carte.

Insomma, le Carte hanno un corpo animato che sta a chi le maneggia delineare, fare emergere, perlustrare, scrutare, completare, arricchire in relazione a ciò che le Carte stesse proiettano rispetto ai diritti della medesima matrice.

A me pare di poter dire che si tratta di attrezzi che hanno anche un'anima, una potenza ed una capacità pervasiva enormi che, tuttavia, li fa essere utili solo attraverso l'opera quotidiana di chi appunto li maneggia.

La cooperazione fra le Carte (i *bisturi...*) e i loro chirurghi, dunque, costituisce il punto di inizio e la fine del percorso circolare al quale è chiamato il decisore con l'attiva cooperazione di tutte le parti del processo.

Inutile dire dei guasti che si possono produrre maneggiandole male, ma non altrettanto inutile è il soffermarsi sulle straordinarie capacità curative possedute da tali Carte.

La consapevolezza di queste potenzialità chiama l'operatore giudiziario a responsabilità enormi, proprio per la capacità di tali *attrezzi* di scompaginare l'assetto non solo delle fonti, ma dei diritti delle persone coinvolte, attivando processi decisionali e "pre-decisionali" che mostrano un mondo del diritto in continuo movimento, nel quale il dinamismo delle soluzioni singole cerca di stare al passo con la specificità del caso, l'evoluzione dei diritti viventi, l'attivazione di meccanismi di "dialogo" fra i giudici.

Meccanismi sui quali molti ancora oggi ironizzano senza forse ben ponderare la sottesa idea *cooperativa* che alimenta le richieste di "aiuto" provenienti dalle istanze nazionali e rivolte a quelle sovranazionali, se solo si pensa al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed alla sua ultima gemmazione, rappresentata dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, sulla cui strada sembra essere caduto, incredibilmente, la clava da parte del Parlamento<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> V. l'editoriale apparso su *Giustizia Insieme* in data 12 ottobre 2020, *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU*, al quale è seguito l'intervento di A. RUGGERI, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, ib., 22 ottobre 2020.

Ma quel che più preme sottolineare è la circostanza che le due Carte di cui qui si è parlato non vivono tanto e soltanto innanzi alle giurisdizioni sovranazionali, ma devono necessariamente comparire prima e soprattutto innanzi alle Corti nazionali, alle quali spetta il compito non solo arduo, ma pericoloso e rischioso di fare emergere appunto l'anima di quegli strumenti, soprattutto ed in via prioritaria attraverso il canone dell'interpretazione conforme alle Carte stesse.

Tutte le difficoltà che si è cercato di evidenziare quanto ai rapporti fra le due Carte dei diritti, ai confini, alle modalità di attuazione delle stesse, alla individuazione della natura della protezione offerta da ogni singola disposizione non possono dunque che trovare il loro abituale e naturale luogo nelle aule di giustizia nazionali e nella sentenza del giudice.

Ciò lo si dice per fugare l'idea che i problemi qui affrontati attengano alla sfera decisionale delle Corti sovranazionali e siano "altri" rispetto a quelli del giudice domestico.

Il peso che tali problemi pone va al contrario pienamente "condiviso" da parte dei giudici nazionali che si muovono, non a caso, come primi attuatori delle Carte dei diritti.

Il che non significa, sia chiaro, soltanto usare le Carte, ma vuol dire usarle bene.

Per questo qualche anno fa, scrutinando la giurisprudenza della Cassazione sull'uso fatto della Carta UE, ebbi ad esprimere la personale insoddisfazione circa un uso poco accorto di tale strumento spesso operato dal giudice di legittimità, evidenziando che il richiamo meramente testuale ad una disposizione della Carta non appare particolarmente persuasivo se lo stesso non si affianca al significato che quella disposizione assume presso il giudice UE o almeno per le altre carte dei diritti alle quale il parametro della Carta si riferisce come spesso accade e come ci ricordano le Spiegazioni. Ciò che richiede indiscutibilmente l'esame del diritto vivente eventualmente espresso dalle Corti sovranazionali che hanno fatto applicazione di quel dato diritto<sup>54</sup>.

Certo, la complessità e liquidità delle soluzioni che provengono dalle Corti sovranazionali – e che si avverte talvolta anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>55</sup> impone che il ragionamento si sposti sul tema dei rapporti fra le

---

<sup>54</sup> R. CONTI, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*, in questa Rivista, 26 gennaio 2016, f. I, 79.

<sup>55</sup> Esempiare, sul punto, può essere la vicenda relativa ai danni patiti da vittime di reati intenzionali violenti che ha visto la Corte di Giustizia, proprio di recente, affermare un indirizzo interpretativo diverso da quello che aveva precedentemente espresso in altre pronunzie rese in ambito di rinvio pregiudiziale cfr. Corte giust., 16 luglio 2020, causa C129/19, *Presidenza del Consiglio dei Ministri*. Per alcuni ragguagli sull'intera vicenda v., senza pretesa di esaustività, volendo, R. CONTI, *Il contenzioso sul risarcimento dello Stato alle vittime di reato: Cass. n. 2964/2019 alla ricerca dell'egualianza europea*, in *Diritticomparati*, 22 febbraio 2019.

giurisdizioni nazionali e sovranazionali e sul ruolo delle Corti di ultima istanza, depositarie ciascuna della funzione nomofilattica<sup>56</sup>. Nomofilachia che, per dirla con le efficaci parole usata dal Primo Presidente Gianni Canzio, tende a divenire sempre di più orizzontale, discorsiva, dialogica con gli stessi giudici di merito e circolare<sup>57</sup>. Ed ancora una volta la prospettiva gerarchica che vede le prime (quelle nazionali) “dipendenti” dalle seconde (quelle sovranazionali) non risulta compiutamente appagante, ancorché possa sembrare altamente persuasiva.

Il discorso si allungherebbe troppo e rischia di andare oltre la prospettiva dell'intervento richiestomi e può forse concludersi, almeno nella prospettiva che a me è più congeniale e che vi offro senza pretesa alcuna di verità ma con umiltà, secondo la quale l'esercizio della giurisdizione risulta oggi da una composita e complessa trama di elementi che trovano all'interno del giudizio un numero consistente di attrezzi e di decisori che si riannodano tutti davanti all'unico giudice nazionale della controversia.

Sarà lui a dovere tessere la rete, abbandonando i tratti di supremazia che non gli competono ed invece sforzandosi di essere al servizio di un'attività di *invenzione* del diritto, nel senso preciso che Paolo Grossi ci ha consegnato da Presidente e giudice costituzionale e, poi, da Presidente di questa scuola<sup>58</sup>. Un piano che, dunque, predilige il ricorso all'interpretazione delle fonti e che dall'interpretazione trae linfa per realizzare il miglior prodotto possibile dell'attività giudiziaria. Basti sul punto pensare ai canoni dell'interpretazione storica, comparatistica e teleologica conati dalla Corte di Giustizia per verificare quanto complessa risulti l'attività giudiziaria nostrana, oggi. Con un livello di difficoltà sicuramente accresciuto per il giudice, chiamato a rivedere tecniche decisorie sedimentate in ragione dell'emersione di nuove prospettive<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> La prospettiva di cui si è fatto cenno nel testo è stata efficacemente esaminata da F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, gennaio-giugno 2020, 48-68, evidenziando il recupero di certezza del diritto connesso ad un esercizio della funzione nomofilattica dei giudici di ultima istanza accorto e capace di recuperare il canone dell'eguaglianza a volte messo in crisi da decisioni divaricate pur se omologhe.

<sup>57</sup> V. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2/2017. Sul tema v., altresì, R. RORDORF, *A cosa serve la Corte di cassazione*, in *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, 329; E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.* 2020, 991.

<sup>58</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017; Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 869; Id., *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, 2015; Id., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2020, 1; Id., Prefazione, *“Il mestiere del giudice”*, a cura di R. G. Conti, Padova, 2020.

<sup>59</sup> Cfr. G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *NGCC*, 1/2016, 128.

Il rischio è che tutto questo porti ad essere accusati di essere fautori di idee e condotte eversive, come pure è capitato a chi scrive o, ancora, di incontrare sul proprio percorso professionale strali di vario genere, fra i quali quelli di sovvertire il sistema della Costituzione, di fomentare il diritto libero, di dare spazio ad operazioni creative del diritto.

Ma il modo migliore per resistere a tali accuse non è controbattere, ma operare al servizio delle persone con competenza, professionalità e responsabilità. In questo percorso, inutile dirlo, il ruolo dell'avvocato è insostituibile. Ed è sufficiente ricordare le parole di Piero Calamandrei quanto all'essenza degli avvocati, destinati ad essere al contempo critici delle sentenze ma anche " i più attendibili testimoni della difficoltà della fatica dei giudici"<sup>60</sup>. per avere consapevolezza che proprio i difensori sono i primi a dovere incanalare la lite in modo da coinvolgere nel modo migliore possibile tutti gli attrezzi disponibili, anch'essi orientandoli verso i valori della persona, fra i quali spicca, oggi più che mai, quello della solidarietà, già opportunamente scolpito nel Preambolo alla Carta UE dei diritti fondamentali.

---

<sup>60</sup> P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche* – Volume I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – *Romatre press*, 602.

## Il primato e l'effetto diretto nell'ordinamento dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Origine e *ratio* dei principi del primato e dell'effetto diretto. – 1.1. Centralità della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale. – 1.2. Originalità e autonomia del diritto UE. – 2. L'effetto diretto, *oggi*. – 2.1. Dieci punti relativamente fermi. – 2.2. Sei aspetti problematici circa la natura dell'effetto diretto e i rapporti che lo legano al primato e alla disapplicazione. – 3. Nove argomenti conclusivi.

### 1. Origine e ratio dei principi del primato e dell'effetto diretto.

#### 1.1. Centralità della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale

Il primato e l'effetto diretto, quali principi costituenti del diritto UE, indirizzano e informano l'ordinamento dell'Unione sin dalla sua costituzione, definendone contenuto, natura e portata, benché abbiano una derivazione giurisprudenziale (*ex multis*, *Van Gend & Loos* e *Costa*) e non siano stati cristallizzati nei trattati europei. Ciò a conferma dell'indiscutibile nucleo di *common law* che connota il sistema giuridico UE; a conferma, dunque, del ruolo costituzionale svolto dalla Corte di giustizia. Ruolo – lo ricordo – che la Corte esercita, quanto all'edificazione dell'ordinamento europeo nel suo complesso, nei confronti di 27 ordinamenti nazionali. La Corte di giustizia non interpreta, per sua vocazione, il diritto nazionale ma interpreta il diritto UE e le sue sentenze pregiudiziali *ex art. 267* TFUE sono vincolanti *erga omnes*, per tutti gli ordinamenti, per tutte le autorità degli Stati membri, a prescindere dalla fattispecie concreta/di diritto interno sottoposta alla sua attenzione. *Erga omnes* significa che le sentenze pregiudiziali sono efficaci, al di là del giudizio *a quo*, *de jure*, oltre che di fatto, pur non costituendo un precedente in senso stretto. Esse, cioè, per un verso, non creano un giudicato sostanziale, non avendo autorità di cosa giudicata perché, a differenza delle pronunce pregiudiziali di (in)validità (e di quelle di annullamento *ex articolo 263* TFUE), potrebbero essere emanate sentenze pregiudiziali successive vertenti su una nuova interpretazione della norma UE. Per altro verso, la giurisprudenza UE

pregiudiziale ha efficacia *erga omnes* in quanto “*autorité de la chose interprétée*” (J. Boulouis), per incorporazione, quindi, della pronuncia al dettato normativo, in virtù della portata vincolante delle disposizioni interpretate dalla Corte di giustizia con la sua sentenza.

Da qui la necessità che gli interpreti del diritto dei vari Stati, giudici *in primis*, si emancipino dall'idea che quel che risulta bizzarro nell'ordinamento nel quale operano sia, in punto di diritto, naturalmente e tendenzialmente irricevibile. Una tale emancipazione è indispensabile poiché, a monte, si pone una questione di uniformità e questo implica che non possa esserci, se non raramente, una piena convergenza/identificazione tra ordinamento di uno Stato e diritto UE, in particolare tra l'ordinamento di uno Stato, inclusa la giurisprudenza (anche di corti supreme e costituzionali), e la giurisprudenza UE che interpreta l'ordinamento dell'Unione.

Quanto da ultimo scritto si applica anche all'art. 4, par. 2 TUE, laddove l'unico interprete autentico dell'identità nazionale è, in ultima istanza, la Corte di giustizia, non le corti costituzionali/supreme degli Stati membri, come chiarito in un numero sempre più cospicuo di pronunce (cfr. *inter alia*, *Torresi*, *Coman* e la giurisprudenza in tema di stato di diritto, tra cui, recentemente, *RS*).

## 1.2. Originalità e autonomia del diritto UE

Ragionare, come ci è chiesto di fare in questo ciclo di seminari, di primato ed effetto diretto, nella prospettiva del giudice, significa soffermarsi sul *come* situazioni giuridiche soggettive generate dal diritto primario (in particolare, trattati europei, principi generali e Carta), dal diritto derivato (in particolare, regolamenti, direttive e decisioni) e dalla giurisprudenza UE, a favore degli individui, possono essere azionate da questi ultimi dinanzi alle autorità nazionali amministrative e, soprattutto, giurisdizionali.

La cornice è quella dei rapporti, spesso dialettici anziché puramente dia-logici, tra ordinamento UE e ordinamenti interni, nella consapevolezza che il processo d'integrazione europea ha nel primato e nell'effetto diretto la sua ragion d'essere. In particolare, l'efficacia diretta colloca l'individuo, con le sue prerogative, i suoi diritti, al centro dei trattati. Definisce, in questo senso, l'autonomia e l'originalità di un ordinamento che, seppure ancora ancorato al diritto internazionale, se n'è affrancato nei suoi elementi costitutivi. Grazie all'effetto diretto, l'assioma, internazionalistico, per cui gli individui sarebbero privi di personalità giuridica, è, infatti, stravolto e radicalmente messo in discussione. Individui che attraverso l'effetto diretto possono invocare norme UE direttamente dinanzi alle autorità nazionali le quali, in ragione del primato, sono obbligate a disapplicare il diritto interno contrastante con dette norme a con-

dizione che siano, appunto, direttamente efficaci. Se le norme UE sono prive di diretta efficacia, come sappiamo, la disapplicazione non c'è. In questo caso, restano tre strumenti a disposizione del singolo (*rectius*, dell'avvocato che lo rappresenta), dell'autorità pubblica, del giudice in particolare: l'interpretazione conforme, l'azione per risarcimento danni, la rimessione della questione alla Corte costituzionale. Se esistono dubbi circa l'esistenza dell'antinomia (perché il diritto UE non è chiaro e/o non lo è neppure la giurisprudenza UE che lo ha interpretato) e/o se esistono dubbi circa la natura direttamente efficace del diritto UE, allora, il rinvio pregiudiziale rappresenta un meccanismo insostituibile, obbligatorio oppure facoltativo, a seconda che la giurisdizione interna sia di ultima istanza o non lo sia. Pertanto, se l'effetto diretto presuppone il primato per poter operare, il primato non presuppone l'effetto diretto. Il diritto UE primeggia sul diritto nazionale (primato), ma la disapplicazione è 'solamente' una conseguenza eventuale, la più radicale e compiuta, di questa primazia, intervenendo solo quando il diritto UE è direttamente efficace.

Ciò detto, come ricorda la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, l'ordinamento UE è un ordinamento giuridico "di nuovo genere" (*Van Gend & Loos*), un ordinamento "proprio integrato negli ordinamenti nazionali" (*Costa*), originale rispetto a tutte le altre organizzazioni internazionali ed autonomo rispetto agli ordinamenti interni. Tutto ciò in ragione, soprattutto, della sinergia tra effetto diretto e primato.

Sull'interpretazione conforme e sulla rimessione alla Consulta, così come sull'estensione e i limiti di questi due distinti strumenti di tutela giurisdizionale, anche quando in gioco ci sono i diritti fondamentali, rinvio a quanto scritto dai colleghi negli studi raccolti in questo volume.

## 2. L'effetto diretto, oggi

### 2.1. Dieci punti relativamente fermi

Mi pare che l'istituto/il principio/la dottrina di diritto UE suscettibile di sollevare le maggiori problematiche, oggi, sia l'effetto diretto. In effetti, il principio del primato risulta controverso, in particolare, proprio quando interloquisce con l'effetto diretto e, dunque, quando determina la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con il diritto UE.

Esistono, a mio giudizio, dieci punti relativamente fermi desumibili dalla giurisprudenza UE e al cuore di una pressoché sterminata letteratura, manualistica e non, in merito a contenuto e portata dell'efficacia diretta di una norma UE. Dieci punti che, a mio modo di vedere, il giudice deve considerare per verificare se



una norma UE è direttamente efficace e quindi deve conoscere per capire cosa fare nel caso in cui lo sia. Sono 'relativamente' fermi perché dubbi permangono in ragione di una giurisprudenza, quella europea, troppo minimalista, *self restraint*, nelle argomentazioni, non sempre peraltro coerente. In effetti, se l'*understatement* è generalmente un valore per il giudice, il minimalismo argomentativo, se portato all'eccesso, rischia di essere foriero di incertezza e di distorte interpretazioni quando il giudice è sovranazionale e, in quanto tale, deve guidare 27 giurisdizioni differenti.

1) Generalmente, ma non sempre come vedremo, l'attribuzione di un diritto da parte della norma UE è elemento costitutivo dell'effetto diretto. Il corollario che deriva dalla concezione del conferimento, in via esplicita o implicita, di un diritto individuale quale pilastro dell'effetto diretto è che la norma UE direttamente efficace si sostituisce all'ordinamento nazionale nel disciplinare la fattispecie al vaglio del giudice interno. L'effetto diretto, che chiameremo soggettivo perché la norma UE crea un diritto, pertanto, produce effetti comunemente definiti sostitutivi.

2) Non è necessario che la norma UE sia formalmente destinata agli individui perché possa determinare effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri. Già in *Van Gend & Loos* è osservato che diritti sorgono non soltanto nei casi in cui "il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti [...] agli Stati membri". È cioè sufficiente che la disposizione sia indirizzata agli Stati e, dunque, prescriva loro, direttamente o indirettamente, non necessariamente in maniera espressa, uno o più obblighi di non fare o di fare. Basti pensare all'art. 34 TFUE recante divieto di restrizioni quantitative alle merci e di misure ad effetto equivalente, al cuore del mercato unico: senza il riconoscimento di effetto diretto alla norma da parte dei giudici UE, non esisterebbe a monte il mercato interno, per com'è attualmente. I singoli possono, pertanto, far valere la posizione giuridica soggettiva, derivante direttamente dal diritto UE, nei procedimenti interni, nei confronti delle autorità pubbliche (effetto diretto verticale) oppure avverso altri soggetti privati (effetto diretto orizzontale). A questo proposito, va sottolineato che, generalmente, gli individui non sono espressamente destinatari di obblighi contenuti in norme dei trattati. Generalmente ma non sempre, dato che, in materia di diritto *antitrust*, ad esempio, sono le imprese, non gli Stati, a essere soggette a una serie di obblighi di tipo sostanziale e procedurale, come previsto negli artt. 101 e 102 TFUE. Al contrario, per restare nell'ambito del diritto europeo dell'economia, le norme sulle libertà di circolazione (merci, persone, capitali, servizi e stabilimento), indirizzate a contrastare le politiche protezionistiche degli Stati, sono rivolte ad autorità pubbliche: questa circostanza non ha però impedito ai giudici UE di riconoscere loro, con gradazioni differenti, effetto diretto orizzontale.

Dalle considerazioni svolte fin qui si desume che, grazie a un'interpretazione teleologica e sistematica del diritto UE, la maggior parte delle norme contenute nei trattati, ad oggi, crea effetti diretti. Il giudice, insomma, non deve accontentarsi di capire come una disposizione è formulata, facendo leva su un'interpretazione meramente letterale. Egli deve spingersi oltre, con la conseguenza che la norma UE è direttamente efficace se una tale diretta efficacia è stata attribuita dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza. Il giudice interno non può decidere lei/lui cosa sia direttamente efficace se esiste una pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia che una tale efficacia ha riconosciuto. Se esistono dubbi, il giudice si rivolge alla Corte di Lussemburgo per avere delucidazioni *ex art. 267 TFUE*. La diretta efficacia può, dunque, essere conferita dalla Corte di giustizia alla norma UE sebbene quest'ultima non sia "nata" come disposizione dotata di diretta efficacia.

Per quel che concerne il diritto derivato, la Corte di giustizia ha chiarito che norme secondarie, a condizione che siano vincolanti, possono generare effetti diretti. Quanto ai regolamenti, essi sono naturalmente e generalmente direttamente efficaci in quanto atti direttamente applicabili. Un tale riconoscimento è avvenuto, nel rispetto di una serie di condizioni, per le decisioni e per le direttive.

I giudici UE hanno riconosciuto l'effetto diretto anche ai principi generali del diritto UE e alla Carta dei diritti fondamentali. Quanto a quest'ultima, la Corte di giustizia ha avuto modo di ricavare, da alcune sue norme, il fondamento per l'esercizio immediato, da parte dei singoli, dei diritti che ne derivano. Il tema è però ancora controverso dal momento che la Corte, in più occasioni, ha scelto di non scegliere, astenendosi dal chiarire se le disposizioni della Carta possano ritenersi direttamente efficaci e se gli effetti siano di tipo verticale oppure orizzontale. La tendenza, a ben vedere, è comunque nel senso di riconoscere alle norme della Carta, in particolare in materia di diritto del lavoro, effetto diretto. È quanto avvenuto, piuttosto recentemente, in merito all'art. 31 sul diritto alle ferie, *in primis* con la sentenza *Max-Planck*. Semmai, anche al di fuori del diritto giuslavoristico, forti dubbi permangono circa la possibilità, tranne eccezioni (l'art. 50 sul *ne bis in idem* ne è un esempio, come confermato in *Åkenberg Fransson*), che le disposizioni della Carta, il cui ambito di applicazione è "attivato" dal pregresso diritto UE ai sensi dell'art. 51, in particolare derivato, siano autonomamente idonee a produrre effetti diretti. Ad oggi, generalmente, la sinergia tra diritto derivato, oppure principi generali e/o norme dei trattati, per un verso, e, per l'altro, la Carta, parrebbe rivelare che quest'ultima sia strumento per superare alcuni ostacoli applicativi, soprattutto quando in gioco ci sono direttive e, senza la Carta, a causa del divieto di effetti diretti orizzontali che le connotano, queste non potrebbero trovare attuazione nelle relazioni interindividuali. Insomma, parrebbe doversi concludere che non sono

le norme della Carta ad essere *ex se* direttamente efficaci, ma ad essere direttamente efficaci sono le norme del diritto UE che permettono alla Carta di trovare attuazione: da qui l'intreccio tra due categorie differenti, quella dell'ambito di applicazione e quella dell'efficacia interna.

3) L'obbligo gravante sullo Stato, destinatario di una norma primaria o secondaria, si estende a tutti i suoi organi e alle sue ramificazioni, a qualsiasi livello, anche in ragione del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE.

4) La diretta efficacia implica che le autorità nazionali debbano disapplicare la normativa interna contrastante. La conseguenza è che l'ordinamento UE generalmente (ma non sempre, come vedremo) si sostituisce al diritto nazionale, regolamentando autonomamente la fattispecie. Una disapplicazione che, come noto, non implica invalidità della norma nazionale. La Corte di giustizia è, infatti, inequivoca nel sottolineare che la disapplicazione non porta all'annullamento o all'abrogazione del diritto interno incompatibile con l'ordinamento UE. Oltretutto, disapplicare il diritto nazionale comporta anche, da *Factortame* in poi, che ad essere "accantonata" sia la giurisprudenza che lo interpreta e applica nella misura in cui essa si scontri con l'ordinamento UE, così come la prassi amministrativa (*Fratelli Costanzo*).

5) La violazione di una norma direttamente efficace implica il conferimento, in capo al singolo, (anche) del diritto a ottenere un risarcimento pecuniario o per equivalente del pregiudizio subito. Si tratta di un diritto, quello al risarcimento del danno, che, in verità, la Corte di giustizia elabora, in un primo momento, in relazione a norme non direttamente efficaci e che, dalla sentenza *Brasserie* in poi, estende all'istituto dell'effetto diretto, qualificandolo come suo "corollario necessario".

6) L'obbligo di applicare la norma UE direttamente efficace, così come l'azionabilità da parte del singolo del diritto ivi riconosciuto, non dipendono dalla previa invocazione di detto diritto da parte del singolo. Al contrario, la Corte di giustizia è oramai chiara nel ravvisare una possibile dissociazione tra comportamento del soggetto privato ed effetto diretto laddove precisa che corti e amministrazioni nazionali, per risolvere il caso di specie, devono, *ex officio*, applicare la norma UE, l'unica in grado di rispondere alle istanze del ricorrente o, comunque, della persona fisica/giuridica coinvolta nel procedimento interno, quindi anche a prescindere dalla circostanza che egli l'abbia espressamente invocata.

7) La necessità di assicurare un'efficace tutela giurisdizionale degli individui e la coerenza nello spazio giudiziario europeo significa che il giudice nazionale non soltanto può sospendere il giudizio instaurato dinanzi a sé ma anche che egli può emanare provvedimenti cautelari e/o di carattere provvisorio volti a sospendere l'applicazione di una norma interna, in attesa che la Corte di giustizia si pronunci ai sensi dell'art. 267 TFUE.

8) La disapplicazione non dispensa il legislatore dal modificare, quando possibile, o abrogare, la norma nazionale incompatibile. In caso contrario, esistono i presupposti perché la Commissione europea esperisca una procedura d'infrazione ai sensi degli articoli 258 TFUE e seguenti. La *ratio*, ovviamente, consiste nel contrastare la situazione d'incertezza che, altrimenti, verrebbe a crearsi, a danno, in particolare, dei singoli e degli operatori del diritto.

9) Non solamente un atto di diritto derivato può contenere norme direttamente efficaci e norme non direttamente efficaci; può anche capitare che una stessa norma, per l'eterogeneità degli obblighi che impone, sia composta da disposizioni direttamente efficaci e da disposizioni non direttamente efficaci.

10) La Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, individua a più riprese quali sono le condizioni dell'efficacia diretta. La Corte esplicita che le norme UE vanno considerate direttamente efficaci se integrano i seguenti presupposti: chiarezza, precisione, incondizionatezza. Il precetto deve cioè essere sufficientemente determinato così che i singoli possano ricostruirne il contenuto e invocare la norma di fronte alle autorità nazionali le quali, a loro volta, sono obbligate ad applicarla e, se necessario a disapplicare la normativa nazionale contrastante.

Quanto al presupposto della chiarezza e precisione, vale quanto la Corte afferma in *Franovich*, cioè che, perché la norma UE sia direttamente efficace, tre elementi devono essere ivi specificati o desunti in via interpretativa: titolarità dell'obbligo, titolarità del diritto e contenuto del diritto-obbligo.

Per quel che concerne il presupposto dell'incondizionatezza, secondo la Corte, esso si ritiene integrato se l'applicazione della norma non è subordinata, "per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti", all'emanazione di ulteriori misure integrative e/o di esecuzione adottate dalle autorità nazionali o dalle istituzioni UE.

Con particolare riguardo alle direttive, esiste un ulteriore presupposto, di natura nel contempo sostanziale e temporale, che deve essere presente affinché questi atti siano invocabili dal singolo e applicati dall'autorità nazionale, in particolare giurisdizionale. La direttiva, per poter essere fatta valere di fronte a un'autorità di uno Stato membro, deve essere stata attuata in maniera non conforme al diritto UE e/o tardivamente rispetto al termine previsto, oppure non deve essere stata recepita *tout court* dalle autorità nazionali. Insomma, le disposizioni di una direttiva sono suscettibili di produrre effetti diretti, a differenza dei regolamenti, non soltanto se sono chiare, precise e incondizionate, ossia contenute in una direttiva *self-executing*, ma anche esclusivamente se e dal momento nel quale si concretizza un inadempimento, nella sua esecuzione, commesso dallo Stato, cioè se e solo dal momento nel quale il termine di recepimento è scaduto oppure se e solo dal momento nel quale la direttiva viene recepita, con ritardo o in maniera inadeguata, a livello interno. Prima di allora l'obbligo imposto dalla direttiva in

capo agli Stati è quello di *standstill*. Scaduto il termine, qualora il recepimento sia avvenuto correttamente, è la normativa interna a trovare applicazione. A questo proposito, c'è, peraltro, da capire se ogniqualvolta la direttiva sia *self-executing*, le disposizioni ivi contenute generino effetti diretti. La risposta sembra essere affermativa. “Sembra” dato che una risposta esaustiva dalla Corte di giustizia, ad oggi, non è ancora stata data.

## 2.2. Gli aspetti problematici circa la natura dell'effetto diretto e i rapporti che lo legano al primato e alla disapplicazione

Quali sono gli aspetti problematici circa la natura e l'estensione dell'effetto diretto, allo stato attuale, non sciolti dalla Corte di giustizia, rispetto ai quali il lavoro del giudice mi pare possa essere messo a dura prova?

1) È stato precedentemente osservato, alla luce della giurisprudenza UE, che una norma UE è direttamente efficace quando contiene un obbligo chiaro, preciso e incondizionato. C'è da chiedersi, però, se questo *test* sia ancora attuale e utile. Sebbene la Corte di giustizia continui ad adoperarlo, non lo fa sempre. Anzi, esso si caratterizza oramai per la sua evanescenza nella giurisprudenza UE come in quella dei giudici nazionali. È sufficiente pensare a quando la Corte si concentra sulle norme della Carta dei diritti fondamentali direttamente efficaci: il *test* normalmente scompare. Insomma, un'applicazione *à la carte* e a geometria variabile del *test*, a conferma della natura camaleontica, cangiante dell'effetto diretto.

2) Quanto al contenuto del *test*, al significato cioè dei tre elementi che lo compongono, ho tre osservazioni.

In primo luogo, mi pare che tra chiarezza e precisione ci sia equivalenza, che quindi siano una endiadi. La Corte a volte le menziona entrambe, altre, indifferentemente, l'una o l'altra.

In secondo luogo, l'incondizionatezza, cioè il margine di discrezionalità lasciato alle autorità nazionali (giudici *in primis*) nell'applicazione della norma UE, “si mangia” la chiara precisione o precisa chiarezza. Insomma, se una norma può essere chiara/precisa, non è detto che sia incondizionata (l'art. 325 TFUE, ad esempio, nella saga *Taricco*, checché ne dicano i giudici UE), mentre, se una norma è incondizionata, allora, a mio avviso, è necessariamente chiara/precisa. Detto in altri termini, se non è necessario un atto ulteriore che ne dia immediata attuazione, allora, l'obbligo contenuto nella norma UE, incondizionato, è *in re ipsa* chiaro/preciso.

In terzo luogo, se l'incondizionatezza è condizione necessaria ma anche sufficiente perché una norma sia direttamente efficace, se quindi è l'elemento costitutivo dell'effetto diretto, e se incondizionatezza significa che una norma UE

può trovare immediata applicazione, in particolare giudiziale, dal mio punto di vista, l'effetto diretto si riassume nella diretta applicabilità. Concettualmente (la narrativa sul profilo soggettivo e sul profilo oggettivo dell'effetto diretto è ben nota), si tratta di due istituti diversi, nella pratica, tuttavia, mi sembra che uno s'immedesimi nell'altro. Tesi questa minoritaria, che era già stata proposta da Tesauro nella prima edizione del suo Manuale e che mi pare trovi conforto nella giurisprudenza UE dove la Corte molto frequentemente sovrappone i piani al punto da riferirsi a diretta applicabilità quando applica il *test* dell'effetto diretto (*Defrenne*).

3) Esiste una dimensione dell'effetto diretto diversa da quella soggettiva-sostitutiva riconducibile alla dottrina *Van Gend & Loos*. Si tratta dell'effetto diretto oggettivo-oppositivo, dell'*invocabilité d'exclusion*.

Gli effetti prodotti dall'effetto diretto possono, cioè, consistere nell'esclusione di una norma nazionale che sia in violazione del diritto UE, anche a prescindere dall'attribuzione diretta di una posizione giuridica individuale che deriva dalla norma europea e che si sostituisce alle disposizioni di diritto interno, "prendendone il posto". Insomma, il singolo, in queste situazioni, non risulta *immediatamente* destinatario di posizioni giuridiche favorevoli riconosciute nell'ordinamento dell'Unione e che trovano attuazione in sostituzione di quelle nazionali. Egli fa valere una norma UE non già per azionare un diritto ivi riconosciuto bensì per richiedere e ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno, di una misura amministrativa o di una sentenza (e la loro conseguente disapplicazione), allo scopo di beneficiare della modifica della situazione normativa conseguente alla produzione di effetti oppositivi determinata dall'applicazione del diritto UE. Due ipotesi su tutte esemplificano quanto scritto: l'ordinamento nazionale prevede una deroga, incompatibile con il diritto UE (*Johnston*); l'ordinamento nazionale prevede regole tecniche di carattere commerciale, di modifica di regole tecniche previgenti, le quali, nonostante quanto imposto dal diritto dell'Unione, non sono state notificate dallo Stato alla Commissione e sono quindi inopponibili all'individuo (*Unilever, Cia Security*). In entrambi i casi il singolo invoca il diritto UE al fine di ottenere la disapplicazione del diritto nazionale, senza che si concretizzi il conferimento di una posizione giuridica individuale scaturente da una norma UE e senza che quest'ultima norma si sostituisca al diritto nazionale. In definitiva, l'effetto diretto va inteso in senso ampio: da qui l'estensione del perimetro applicativo della disapplicazione.

4) L'effetto diretto c'è, a mio giudizio, quando sono presenti due presupposti cumulativi. Come già dimostrato, il giudice deve verificare se la norma UE sia incondizionata, cioè immediatamente, direttamente applicabile nel caso di specie (primo presupposto). Esiste, tuttavia, un secondo presupposto: l'applicazione della norma UE, in termini sostitutivi oppure quale in termini oppositivi quale

parametro di legittimità, deve creare un vantaggio, produrre un interesse in capo al singolo. Questo significa che la dottrina dell'effetto diretto, concepita come veicolo a disposizione del singolo per azionare, concretamente, le sue prerogative, non può determinare solamente uno svantaggio nell'individuo. La *condicio sine qua non* perché esista l'effetto diretto è che ci sia un vantaggio/un interesse individuale, poco importa se, insieme al vantaggio per il singolo, c'è la compressione di prerogative individuali per qualcun altro, come avviene nell'orizzontalità. Se l'applicazione della norma UE è solo *in malam partem*, allora non siamo in presenza di diritto UE direttamente efficace, con il risultato che non sussiste alcun ordine di disapplicazione.

Quanto scritto cosa implica, nella pratica? Significa che la Corte di giustizia sbaglia laddove impone al giudice nazionale la disapplicazione a fronte di una norma UE che non è incondizionata e/o ha l'effetto di ledere l'interesse del singolo.

Ad esempio, il caos generato dalle due sentenze, della Corte di giustizia, *Lucchini* (erosione del giudicato in materia civile con riferimento alla disciplina sugli aiuti di Stato) e *Taricco* (problema della disapplicazione della cosiddetta legge *ex Cirielli*, ossia degli art. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale italiano in materia di prescrizione nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia d'IVA), con tutto ciò che ne è conseguito (innumerevoli o più commenti in dottrina e decine di convegni), avrebbe potuto essere evitato se la Corte di giustizia, invece di ritenere che al cuore delle pronunce si trovassero norme UE direttamente efficaci, avesse affermato altrimenti. Non si sarebbe arrivati, in *Taricco* in particolare, all'invocazione, *de facto*, di controlimiti da parte della Consulta, perché nessun ordine di disapplicazione sarebbe stato imposto alle autorità italiane. A disposizione c'erano strumenti alternativi: l'effettività e l'equivalenza, quali elementi costitutivi dell'autonomia procedurale degli Stati, oppure la rimessione di una questione di legittimità costituzionale alla Consulta.

Il diritto UE al cuore delle due saghe *Lucchini* e *Taricco*, anziché tutelare l'individuo, ne lede gli interessi: l'effetto diretto, dunque, risulta assente. *Taricco*, in particolare, ha poco a che vedere con l'effetto diretto non solamente perché la norma UE in gioco (l'art. 325 TFUE) è privo d'incondizionatezza ma anche e soprattutto perché l'applicazione della norma UE, per come interpretata dalla Corte, è *in malam partem*. Se questo è lo scenario, il giudice interno, trattandosi di norme europee non direttamente efficaci, dovrebbe rinviare alla Corte di giustizia, se ha dubbi sulla portata e sull'efficacia interna del diritto UE, oppure, se ritiene che dubbi non ci siano e il contrasto invece ci sia, deve rinviare alla Consulta. Il tutto senza dover attivare i controlimiti.

Discorso simile, *mutatis mutandis*, dovrebbe essere svolto con riferimento all'annosa questione delle concessioni demaniali. Proprio in ragione degli effetti



*in malam partem* scaturenti dalla disapplicazione immediata del diritto nazionale, quale conseguenza dell'applicazione del diritto UE direttamente efficace rilevante nel caso di specie, generata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del novembre 2021, quest'ultimo, come noto, rimodulando l'efficacia temporale della propria pronuncia, ha postergato al 1° gennaio 2024 l'attuazione di detta disapplicazione.

Ebbene, dubbi esistono circa l'opportunità di fare leva sulla dottrina della diretta efficacia nel caso di specie nella misura in cui non esiste un vantaggio generato al singolo dall'applicazione del diritto UE, essendo, appunto, la disapplicazione esclusivamente *in malam partem*. Da qui la conclusione che il rinvio alla Corte costituzionale avrebbe potuto essere la via più naturale da seguire.

5) La circostanza che la disapplicazione sia sempre il prodotto di primato *ed* effetto diretto nell'ottica *Simmmenthal*, non del solo primato, nonostante le ambiguità della giurisprudenza UE (*Link Logistic*), è riaffermata, finalmente con nettezza, in una recente sentenza della Corte di giustizia *Poplawski*, del 24 giugno 2019, in tema di mandato d'arresto europeo. Nella pronuncia viene affermato, nel punto 61, che il principio del primato non può "condurre a rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né, pertanto, a instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali".

Del resto, che la disapplicazione consegua all'applicazione di una norma UE dotata di diretta efficacia, e alla conseguente disapplicazione del diritto nazionale, è evidente nella recentissima sentenza *NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld II*, laddove i giudici UE, contraddicendo espressamente se stessi (trattandosi di uno dei pochissimi casi di *overrulings* effettuati nella giurisprudenza UE), rinnegando *Link Logistic*, impongono la disapplicazione della normativa nazionale proprio perché riconoscono, a monte, la diretta efficacia al principio di proporzionalità delle sanzioni riconosciuto nella direttiva 2014/67/UE, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).

6) Quando l'efficacia è diretta, c'è sempre la disapplicazione? La risposta, a mio parere, è affermativa, con cinque eccezioni.

La prima si realizza quando la Corte di giustizia, a fronte di norme UE direttamente efficaci, non impone la disapplicazione, imponendo, invece, in capo alle autorità nazionali, l'obbligo di estendere, in via temporanea, in attesa di una norma nazionale *ad hoc* che ponga rimedio all'incompatibilità con il diritto UE,



prerogative attribuite, nell'ordinamento interno, ad alcune categorie di persone fisiche e giuridiche, anche ad altri soggetti di diritto. Questa eccezione ricorre segnatamente in materia di non discriminazione e rappresenta un'ipotesi particolare di applicazione dello strumento denominato "levelling up" elaborato nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tale materia (cfr. *Cresco Investigation*).

La seconda eccezione si presenta nella misura in cui la Corte di giustizia si sia astenuta, nella sua giurisprudenza pregressa, e abbia scelto di rinviare, in merito al bilanciamento degli interessi in gioco connaturato al diritto UE direttamente efficace e applicabile nel caso di specie, al giudice nazionale. In una situazione come questa, la disapplicazione, *de facto*, è sottoposta a una condizione sospensiva. Un esempio lampante è la sentenza *Österreichischer Rundfunk*, del 20 maggio 2003, della Corte di giustizia, laddove i giudici UE, pur ravvisando che gli articoli della direttiva n. 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, fossero direttamente efficaci e quindi "po[tesser]o essere fatti valere da un singolo dinanzi ai giudici nazionali per evitare l'applicazione delle norme di diritto interno contrarie a tali disposizioni" (punto 101), conclude nel senso che "spetta al giudice nazionale" (punto 102) la verifica, sotto il profilo del principio di proporzionalità, circa la necessità, o meno, di procedere, immediatamente, alla disapplicazione. Al riguardo, quando il tema è quello dei diritti fondamentali, considerato il rifiuto della Corte di giustizia di emanare una sentenza che, come ricordato, nell'ambito dell'art. 267 TFUE, ha effetti *erga omnes*, il giudice comune potrebbe o, forse, dovrebbe cercare egli, in prima persona e in alternativa, l'uniformità e l'*erga omnes* grazie alla rimessione della questione alla Corte Costituzionale. In una tale ipotesi la relazione d'immediatezza tra effetto diretto e disapplicazione non c'è, e dunque la dissociazione è possibile, perché è la stessa Corte di Lussemburgo a richiedere l'intervento ulteriore, chiarificatore, del giudice nazionale. È quanto avvenuto con riguardo alla vicenda oggetto della pronuncia n. 20/2019 della Corte Costituzionale.

La terza, per diversi aspetti simile alla seconda sopra descritta e una sua particolare declinazione, per il momento concretizzatasi solamente con riferimento a direttive in materia ambientale e nel settore energetico, si presenta quando la Corte di giustizia, nonostante la natura direttamente efficace del diritto UE in gioco, riconosce, in capo al giudice comune, la possibilità di sospendere temporaneamente la disapplicazione della norma interna in contrasto con la norma di diritto dell'Unione, al ricorrere di diverse condizioni dalla stessa ben circostanziate (cfr. *Inter Environnement Wallonie*). Più nel dettaglio, la Corte ha affermato che il giudice interno può eccezionalmente continuare ad applicare una disposizione nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione, a patto che: a) la norma nazionale di riferimento risulti incompatibile con una direttiva, la quale

però sia stata nella sostanza correttamente trasposta nell'ordinamento interno; b) una nuova norma interna non sia in grado di porre tempestivamente rimedio ai pregiudizi che deriverebbero dalla disapplicazione della contrastante norma nazionale; c) il vuoto giuridico che seguirebbe alla disapplicazione della norma interna illegittima sia ancor più pregiudizievole per gli obiettivi che la direttiva si propone di raggiungere; d) l'eccezione sia temporanea e breve nel tempo.

La quarta: laddove la Corte di giustizia ritenga che l'invocazione dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2 TUE, da parte dello Stato membro coinvolto nel procedimento (generalmente di carattere pregiudiziale e generalmente sulla base della pregressa ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale/suprema di quello Stato), sia legittima, primato e ordine di disapplicazione possono essere derogati, nonostante la natura direttamente efficace del diritto UE applicabile nel caso di specie.

La quinta, laddove l'antinomia non sia riconponibile e il conflitto interordinamentale appare inevitabile: l'insorgenza del controlimite.

### 3. Nove argomenti conclusivi

Per riassumere, nove argomenti principali.

1) Gli elementi costitutivi dell'effetto diretto non sono necessariamente quelli che solitamente vengono insegnati all'università e/o ricercati dall'interprete (chiarezza, precisione, incondizionatezza) e, in ogni caso, il *test* sull'effetto diretto enucleato dalla Corte di giustizia UE, allo stato attuale e per com'è interpretato oppure (r)aggirato dalle corti UE, solleva diverse problematiche.

2) Le categorie dell'effetto diretto e della diretta applicabilità, benché concettualmente distinte, nella pratica, sono coincidenti, dal momento che al cuore di entrambe si pone il requisito dell'incondizionatezza, il solo a rilevare, differenzialmente dalle condizioni della chiarezza e della precisione, ai fini dell'efficacia interna di una norma UE (*contra*, nella letteratura maggioritaria, in Italia, U. Villani).

3) Esistono due dimensioni dell'effetto diretto, una soggettiva e sostitutiva, ispirata dalla logica che indirizza la dottrina *Van Gend & Loos*, l'altra, non riconducibile a *Van Gend & Loos*, di carattere oggettivo e oppositivo, mancando il conferimento diretto di una posizione giuridica sulla base della norma UE e operando quest'ultima quale parametro di legittimità del diritto nazionale, anziché in chiave sostitutiva del diritto interno.

4) Una norma UE è direttamente efficace se è incondizionata (i) e se la sua applicazione, e la conseguente disapplicazione del diritto interno che ne deriva, determina un vantaggio per il singolo (ii), con la conseguenza che, qualora l'in-

tervento del diritto UE sia solamente *in malam partem*, le norme UE pertinenti andrebbero considerate prive della diretta efficacia e, quindi, insuscettibili di determinare la disapplicazione del diritto nazionale contrastante.

5) A dispetto del supposto assioma *Simmenthal*, più volte reiterato nella giurisprudenza UE, è capitato che la Corte di giustizia imponesse la disapplicazione, esplicitamente o implicitamente, anche in situazioni nelle quali c'è il solo primato mentre la norma UE considerata è priva della diretta efficacia, come avviene nei casi *Lucchini* e *Taricco*, malgrado la narrazione che ne dà la Corte in entrambe queste pronunce.

6) Ritenerne o accettare *de facto* che esista l'obbligo di disapplicare a prescindere dall'effetto diretto rischia di sovvertire principi cardine del diritto UE, quali quelli d'attribuzione e di sussidiarietà, con la conseguenza di fornire una delega in bianco alle istituzioni UE suscettibile di mettere in discussione indebitamente la *ratio* insita nei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri.

7) Con *Poplawski* e *NE* la Corte, chiarendo se stessa (e modificando l'atteggiamento da ultimo adottato in *Link Logistic*) rimette al centro *Simmenthal* in maniera netta: la disapplicazione è determinata sempre da effetto diretto e primato, con la conseguenza che le varie elaborazioni dottrinarie in senso contrario (in Italia, E. Cannizzaro, tra gli altri) sembrerebbero essere definitivamente superate.

8) Tra effetto diretto e disapplicazione immediata c'è un nesso indissolubile a meno che ci si trovi in cinque situazioni derogatorie, quattro delle quali ammesse dalla Corte di giustizia, un'ultima, quella centrata sui controlimiti, invece, invocata e praticata autonomamente dallo Stato membro in spregio al principio del primato e alla regola, cristallizzata nell'art. 19, par. 1 TUE, per cui la Corte di giustizia "assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati".

9) A differenza di quanto rilevato, in maniera più o meno provocatoria, in dottrina, da alcuni studiosi nel corso degli anni, P. Pescatore e S. Prechal *in primis*, l'effetto diretto, in quanto principio fondante del diritto UE e strumento-sintesi dei diversi ordinamenti giuridici, continua a essere una dottrina *utile*, sintomo dell'originalità dell'ordinamento sovranazionale comunitario il quale, pur emancipatosi dal diritto internazionale, non è ancora federale. Solo se e quando lo sarà, l'effetto diretto, quale filtro e strumento di tutela giurisdizionale e di adeguamento di un ordinamento a un altro, perderà utilità. Una torsione, questa, in senso federale, molto poco probabile, oggi, come sappiamo.

## Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione: il quadro è chiaro... ma non troppo. – 2. Le più recenti pronunce della Corte costituzionale: la sentenza n. 11 del 2020. 3 – Segue: la sentenza n. 44 del 2020. – 4. Prove di “doppio rinvio contemporaneo”: le ordinanze della Corte di Appello di Napoli in materia di licenziamenti collettivi. – 5. Il necessario recupero del ruolo centrale del giudice comune. – 6. Il rapporto tra parametri interni e parametri europei nel giudizio della Corte costituzionale.

### 1. Introduzione: il quadro è chiaro... ma non troppo

A partire dalla pubblicazione della oramai notissima e pluri-commentata sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, numerosi sono stati gli episodi del lungo e tormentato processo di ricerca di un nuovo equilibrio tra i rispettivi ruoli dei giudici comuni, della stessa Consulta e della Corte di giustizia in presenza di un sospetto contrasto tra una legge interna e un diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione nazionale, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Come è stato correttamente osservato<sup>2</sup>, sul versante della giurisprudenza costituzionale le precisazioni fornite dalle pronunce più recenti, ed in particolare dalle sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019 e dall’ordinanza n. 117 dello stesso anno, pur senza smentire del tutto il punto di partenza, hanno senza dubbio fornito una serie di precisazioni tali da rendere il quadro più chiaro

---

<sup>1</sup> Le opinioni contenute in questo scritto sono del tutto personali e non impegnano l’istituzione. Il presente scritto aggiorna un articolo apparso su *European Papers*, 19 giugno 2020, pp. 1-30.

<sup>2</sup> Cfr. da ultimo F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, p. 104 e ss. Nello stesso senso P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE: dalla sentenza 269/2017 all’ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *www.aisdue.eu*, 3 settembre 2019, p. 55 e ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, *ibidem*, 6 maggio 2019, p. 27 e ss.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 729 e ss.

rispetto alla inattesa e per vari aspetti discutibile<sup>3</sup> novità rappresentata dall'*obiter dictum* contenuto nella sentenza prima citata.

In estrema sintesi, il nuovo quadro disegnato dalla Consulta riconosce che, in presenza di una legge sospettata di confliggere sia con regole della Carta direttamente efficaci<sup>4</sup>, sia con norme della Costituzione, il giudice comune detiene uno spazio di discrezionalità nella scelta tra seguire il percorso europeo o quello interno<sup>5</sup>: nel primo caso procederà alla immediata disapplicazione della legge,

---

<sup>3</sup> Ho espresso le mie perplessità in *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatoriodellefonti.it*, 2018, p. 1 ss.

<sup>4</sup> In merito alla diretta efficacia anche orizzontale della Carta v. *ex multis* le pronunce della Corte di giustizia del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*; 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck*; 6 novembre 2018, cause C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Wilmeroth*. In dottrina da ultimo F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019.

<sup>5</sup> In questa sede preferiamo non utilizzare l'abusata locuzione "doppia pregiudizialità" per la notevole dose di confusione che il suo utilizzo (anche in alcune recenti sentenze della Corte costituzionale) ha provocato, in quanto si tende oramai a qualificare come "doppia pregiudizialità" l'ipotesi del contestuale conflitto di una legge con la Costituzione e con la Carta e la conseguente necessità di rivolgersi all'una delle due corti o ad entrambe per la soluzione del conflitto. In realtà questa consequenzialità non sussiste, in quanto il conflitto tra una norma interna e la Carta si risolve prioritariamente con il ricorso ai rimedi "tipici" del diritto dell'Unione, corollari del principio di supremazia, vale a dire l'interpretazione conforme della legge interna o la sua disapplicazione (cfr. con chiarezza la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawsky II*). In questi ultimi casi, evidentemente, non viene in rilievo alcuna "pregiudizialità" in senso proprio, perché il rinvio pregiudiziale è una tappa *possibile ma non necessaria* del percorso. In definitiva, se la locuzione "doppia pregiudizialità" poteva avere un significato preciso nel sistema "pre-269" (su cui mi permetto di rinviare a R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 589 e ss.), nel quale il chiarimento da parte della Corte di giustizia sulla portata e gli effetti della norma comunitaria poteva incidere sulla rilevanza della successiva (ed eventuale) questione di costituzionalità, ma soltanto in caso di contrasto tra norme interne e norme europee *non* dotate di efficacia diretta (v. ad es. Corte cost., ord. 29 dicembre 1995, n. 536 e 17 ottobre 2008, n. 415), ne ha meno nel nuovo, nel quale la Corte costituzionale ha acquisito (*rectius*, si è attribuita) la qualifica di giudice nazionale ai fini del rinvio pregiudiziale ed è stato messo in discussione il "monopolio" di intervento del giudice comune in presenza di un conflitto tra norma interna e norma della Carta (o norma rispetto ad essa derivata o collegata) *direttamente efficace*. In questo nuovo scenario, l'alternativa non è (o almeno non è sempre) tra rinvio pregiudiziale e rimessione alla Corte costituzionale, come se i due eventi fossero, alternativamente o in coppia, passaggi *necessari* nella definizione delle controversie che hanno le caratteristiche indicate nel testo (per cui la causa sarebbe "pregiudicata" dallo svolgimento di questi incidenti processuali): in realtà, in presenza di una legge che è sospettata di violare sia la Costituzione, sia una norma della Carta direttamente efficace, l'alternativa è piuttosto, da un lato, la rimessione alla Corte costituzionale ("percorso

se necessario previo coinvolgimento della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale; nel secondo caso, si rivolgerà alla Corte costituzionale per ottenere un giudizio sulla legge in base ai parametri interni e/o comunitari, in quest'ultimo caso "interposti" attraverso gli artt. 11 e 117 della Costituzione<sup>6</sup>. A differenza del primo percorso<sup>7</sup>, il secondo può comportare l'eliminazione *erga omnes* della legge anti-comunitaria. Peraltro, qualunque sia la scelta effettuata, non è escluso che le due strade si intreccino successivamente, in quanto la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata a svolgere un giudizio sui risultati raggiunti dalla Corte costituzionale, potendo in ipotesi rimetterlo in discussione<sup>8</sup>. Specularmente, la pronuncia della Corte di giustizia, se ritenuta non conforme con principi supremi dell'ordinamento o con alcuni standard incompressibili di tutela dei diritti dell'uomo imposti dal testo costituzionale, potrebbe motivare la Corte costituzionale ad azionare la leva dei controlimiti per evitare che la norma europea, come interpretata, possa produrre effetti nell'ordinamento interno<sup>9</sup>.

---

interno"), dall'altro ("percorso europeo") rimanere nel solco dei rimedi previsti dal diritto dell'Unione, che può comprendere la fase del rinvio pregiudiziale per ottenere chiarimenti sulla portata della regola dell'Unione e quindi per valutare se essa "osta" all'applicazione della legge interna in questione, ma che a rigore comporta come prima scelta l'interpretazione conforme, se possibile, oppure l'immediata disapplicazione della legge interna difforme.

<sup>6</sup> Anche in questo caso potrà aversi un coinvolgimento della Corte di giustizia attraverso l'attivazione del rinvio pregiudiziale interpretativo o di validità, avendo la Corte costituzionale superato da tempo la sua pluridecennale riluttanza a definirsi "giudice nazionale" ai fini di cui all'art. 267 TFUE. Con l'ordinanza n. 117 del 2019 la Consulta ha per la prima volta rivolto quesiti pregiudiziali sia interpretativi, sia di validità (per commenti cfr. A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online, Studi 2019/II*, p. 242 e ss.; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 11 febbraio 2020).

<sup>7</sup> È appena il caso di ricordare che, anche nell'ottica del diritto dell'Unione, il rimedio della disapplicazione "diffusa" non solleva lo Stato membro dall'obbligo di "depurare" l'ordinamento nazionale dalla presenza di una norma in conflitto con regole europee, ma si tratta di obblighi che rispondono ad esigenze diverse e possono quindi seguire meccanismi diversi (v. con chiarezza nella giurisprudenza della Corte di giustizia la sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality*, e nella giurisprudenza costituzionale la sentenza n. 389 del 1989). Nel nostro ordinamento questo obbligo, che ovviamente assume una rilevanza costituzionale alla luce dell'art. 11 Cost., viene assolto a regime (ma non esclusivamente) con l'intervento della legge europea annuale (cfr. legge 234 del 2012, art. 30, comma 3, lett. a).

<sup>8</sup> Corte di giustizia, sentenza 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, punti 21-26.

<sup>9</sup> Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, con riferimento alla nota saga *Taricco*. Nella ricchissima bibliografia mi limito a ricordare i vari approfonditi contenuti nei due volumi a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti*, Napoli, 2017, e *Il caso Taricco*, Napoli, 2017.

Sull'altro versante, la Corte di giustizia dell'Unione, nel suo ruolo, conferito dai Trattati e quindi dagli Stati membri, di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione (art. 19 TUE), non ha mancato occasione per ricordare sia l'importanza del principio della supremazia del diritto dell'Unione europea, con il corollario del potere/dovere in capo al giudice nazionale di *disapplicare* le regole legislative nazionali in caso di insanabile conflitto con norme dell'Unione dotate di diretta efficacia<sup>10</sup>, comprese quelle della Carta<sup>11</sup>, sia il ruolo determinante della procedura di rinvio pregiudiziale per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione, al punto di chiedere sistematicamente al giudice nazionale di non riconoscere efficacia alle regole processuali che dovessero mettere in discussione la facoltà o l'obbligo di rinviare quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia<sup>12</sup>. Il tutto con l'obiettivo

---

<sup>10</sup> Cfr. *ex multis* le sentenze 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, in particolare punti 33 ss., e 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality*, punti 35 e 36, che vale la pena qui citare per intero: "(...) secondo una costante giurisprudenza della Corte, il primato del diritto dell'Unione impone che i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione abbiano l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in tal senso, sentenze del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punti 17, 21 e 24, e del 6 marzo 2018, *SEGRO e Horváth*, C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, punto 46 e giurisprudenza ivi citata). È quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme direttamente applicabili dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punto 22; del 19 giugno 1990, *Factortame e a.*, C-213/89, EU:C:1990:257, punto 20, nonché dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, punto 56)".

<sup>11</sup> Ad esempio, con riferimento al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta, si vedano le sentenze della Corte di giustizia 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, punto 68, e 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC*, punto 38. In dottrina si vedano V. PICCONE, O. POLLICINO (*a cura di*), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.: efficacia e effettività*, Napoli, 2018; L.S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 329 e ss.

<sup>12</sup> Tra le tante v. Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Pulignica*, punti 31 e ss., su cui F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 2017, 449 ss. e C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, 'giudicato interno' e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *Il diritto dell'Unione europea, Osservatorio*, 31 maggio 2019.



di garantire uniformità e contestualità nell'applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri e quindi consolidare l'autonomia dell'ordinamento creato dai Trattati e la posizione di parità che tutti gli Stati rivestono di fronte agli stessi<sup>13</sup>. Allo stesso tempo, in materia di tutela dei diritti fondamentali la Corte ha riconosciuto un margine di manovra ai sistemi nazionali, ogni qual volta la disciplina di una fattispecie *non sia determinata totalmente* dal diritto dell'Unione<sup>14</sup>: in questo caso le regole costituzionali nazionali ed i sistemi di tutela che gli ordinamenti interni contemplanano per valutare la costituzionalità delle leggi possono venire in rilievo e trovare applicazione nonostante il legislatore sia intervenuto "nell'attuazione del diritto dell'Unione", ma con il *caveat* che il risultato raggiunto all'esito di questa valutazione non sia tale da mettere in discussione il livello di tutela previsto dalla Carta come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Come chiarito dalla Corte di giustizia al punto 29 della sentenza *Fransson*<sup>15</sup>, "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'art. 51, par. 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".

Se questo è, in estrema sintesi, il quadro generale, va aggiunto che rimangono alcuni aspetti non ancora chiariti in merito ai rispettivi ruoli degli attori coinvolti, con la conseguenza che i principali protagonisti dell'intero meccanismo – i giudici comuni – incontrano tuttora alcune difficoltà nelle scelte da compiere.

---

<sup>13</sup> Corte giust., 18 dicembre 2014, parere n. 2/13, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, spec. punti 170 e ss. Cfr. sul punto A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 e ss., il quale sottolinea che "il diritto dell'Unione esige il primato e la prevalenza sui diritti nazionali, non per ragioni intrinseche alla qualità della sua legislazione o dei suoi giudici. Essa li esige perché è il sistema dell'Unione ad esigerlo, in quanto sistema autonomo – anche sul piano giurisdizionale – volto ad evitare ogni interferenza da parte di altri sistemi nell'interpretazione e nell'applicazione del DUE, inclusa la Carta dei diritti fondamentali". Questa esigenza, è appena il caso di ricordarlo, assume una valenza costituzionale nel nostro ordinamento tramite l'art. 11 Cost.

<sup>14</sup> Per un noto caso in cui la Corte ha escluso l'esistenza di un tale spazio di manovra v. la sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

<sup>15</sup> Sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10.



Per averne contezza, può essere utile far riferimento, sul versante interno, ad alcune pronunce recentissime. Mi riferisco, innanzitutto, a due sentenze della Corte costituzionale adottate nei primi mesi dell'anno in corso: si tratta della sentenza n. 11 del 2020, con la quale la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata da un collegio arbitrale nei confronti della nuova disciplina delle incompatibilità tra partecipazione a società di capitali che operano nel settore farmaceutico ed impiego pubblico<sup>16</sup>, e della sentenza n. 44 del 2020, con la quale la Corte ha invece risposto in maniera positiva ai dubbi espressi dal Tribunale di Milano in merito all'illegittimità di una legge della regione Lombardia in materia di accesso all'edilizia residenziale pubblica<sup>17</sup>. Ma soprattutto merita una segnalazione, nella medesima ottica, l'iniziativa assunta dalla Corte d'Appello di Napoli il 18 settembre 2019 di adottare due ordinanze *parallele* di rimessione alla Corte di giustizia ed alla Corte costituzionale secondo una lettura – inedita nella prassi recente ma già emersa in alcuni contributi dottrinali<sup>18</sup> – della c.d. “doppia pregiudizialità” nel senso di ritenere che i due “percorsi” prima ricordati possano essere intrapresi in maniera contemporanea.

---

<sup>16</sup> Per un commento cfr. M. RUOTOLO, *Le incompatibilità nella gestione delle farmacie. Un piccolo omaggio a mio fratello Antonio (in forma di nota alla sent. n. 11 del 2020)*, in *Consulta Online, Studi*, 2020/I, p. 80 ss.

<sup>17</sup> La sentenza è commentata da C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consulta Online, Studi*, 2020/I, p. 173 ss.

<sup>18</sup> Si orientano verso questa soluzione R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *giustiziainsieme*, 4 marzo 2019; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 26 ss. Ne evidenziano le criticità A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2020 e A. RUGGERI, *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *www.aisdue.eu*, 31 ottobre 2019, p. 239, con particolare riferimento alla indispensabilità di un intervento legislativo che rimoduli il requisito della rilevanza nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale. Condivisibile la netta critica di N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi*, 2019, p. 17 e ss. a p. 22, il quale ritiene che sollevare un “doppio rinvio” urti con il meta-principio di leale collaborazione, inteso come criterio per guidare il comportamento dei protagonisti di un sistema a rete quale quello che coinvolge giudici, comuni, corti costituzionali e Corte di giustizia: “Così facendo, infatti, il giudice comune, seppure al comprensibile fine di assicurare una (apparente) maggiore tempestività nella tutela dei diritti, rischierebbe di dare origine a corto-circuiti e di stimolare il conflitto, anche involontario, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, anziché favorire la doverosa collaborazione”.

Come si cercherà di dimostrare, per quanto apparentemente distanti, queste pronunce, in uno con il tutt'altro che sopito dibattito dottrinale sul tema<sup>19</sup>, sollecitano una riflessione sulla necessità di una presa di posizione più chiara dell'organo di vertice, in maniera da meglio orientare i comportamenti dei giudici comuni. Dopo una rapida esposizione del contenuto delle sentenze e delle ordinanze, in questo breve contributo si proverà ad indicare una possibile soluzione – peraltro già rintracciabile in filigrana nella recente giurisprudenza costituzionale – che tenga in considerazione da un lato, la giurisprudenza della Corte di giustizia, dall'altro, le esigenze di coinvolgimento che (peraltro non da sola)<sup>20</sup> la nostra Corte costituzionale sta da tempo manifestando a partire dalla sentenza 269 del 2017.

<sup>19</sup> Senza la minima pretesa di esaustività, mi limito a ricordare tra i contributi più recenti (oltre a quelli già citati *supra*, nota 1 e 16): C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 18 febbraio 2020, p. 296 e ss.; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatoriosullefonti*, 1/2020, p. 13 e ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019; D. GALLO, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *European Law Journal*, 2019, p. 424 e ss. G. MARRA, M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8, 2019, 143 ss.; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20/2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 87 ss.; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 25 ottobre 2019; R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*, in *Consulta Online*, 2019, p. 644 e ss.; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, 2019, pp. 242; D. TEGA, *Il superamento del “modello Granital”. Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in *Consulta Online*, 27 gennaio 2020; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 481 e ss.

<sup>20</sup> Cfr. sul punto le condivisibili valutazioni di D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in *www.verfassungsblog.de*, 2 febbraio 2017.

## 2. Le più recenti pronunce della Corte costituzionale: la sentenza n. 11 del 2020

La prima delle decisioni che meritano un approfondimento è la sentenza della Corte costituzionale n. 11 del 2020. Si tratta di una pronuncia di infondatezza riguardante l'art. 8, comma 1, lettera c), della legge 8 novembre 1991, n. 362 (*Norme di riordino del settore farmaceutico*), in relazione all'art. 7, comma 1, della stessa legge, come modificato dall'art. 1, comma 157, lettera a), della legge 4 agosto 2017, n. 124 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*). A giudizio dell'organo remittente (un collegio arbitrale rituale), la nuova disciplina su richiamata poneva dubbi di legittimità costituzionale in quanto, nell'interpretazione offerta nell'ordinanza, estendeva la causa di incompatibilità tra la partecipazione alle società di capitali e un qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato non solo alle persone fisiche e ai soci di società di persone che siano titolari o gestori di farmacie private, ma anche ai soci di società di capitali che acquisiscano le farmacie senza rivestire compiti di gestione. Una tale disciplina violerebbe non solo principi costituzionali interni (artt. 2, 3, 4, 35, 41, 47), ma anche, per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost., alcune disposizioni del diritto dell'Unione, tra cui l'art. 3 del TUE e soprattutto, per quello che qui interessa, l'art. 16 della Carta (libertà d'impresa) e l'art. 49 del TFUE (libertà di stabilimento) in ragione del preteso *vulnus* arrecato alla libera iniziativa economica.

La Corte conclude nel senso della infondatezza della questione di legittimità costituzionale grazie ad una lettura diversa del dato normativo, capace di escludere la paventata estensione della regola di incompatibilità<sup>21</sup>. Tuttavia, quello che qui maggiormente interessa è rilevare che, prima di giungere alla conclusione ora richiamata, la Corte ha dovuto rispondere all'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato con riferimento ai parametri europei, ritenuti erroneamente invocati perché le norme interposte, in quanto dotate di effetto diretto, avrebbero dovuto essere applicate direttamente dal rimittente. La Corte supera questa eccezione<sup>22</sup> riprendendo quanto già affermato da ultimo nella sentenza n. 63 del 2019, ribadendo cioè che qualora il giudice comune ritenga, nell'ambito di un incidente di costituzionalità di richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, «questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si an-

---

<sup>21</sup> *Considerato in diritto*, par. 4.

<sup>22</sup> *Considerato in diritto*, par. 3.4

novera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione». Nella fattispecie – continua la Corte – “non vi è dubbio che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle citate disposizioni dell'Unione europea interferiscano con il valore costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata”.

Come si vede, la Corte risponde all'eccezione rimanendo nel solco della soluzione già offerta nella sua più recente giurisprudenza, nel senso cioè di valorizzare la scelta operata dal giudice comune in presenza di un preteso contrasto tra una norma interna e regole dell'Unione europea *dotate di diretta efficacia*. Se il giudice, nonostante abbia sempre a disposizione, come precisato dalla Consulta correggendo la posizione sostenuta nella sentenza n. 269 del 2017, il rimedio della immediata disapplicazione, ritiene di sottoporre detto contrasto alla Corte costituzionale per ottenere una pronuncia con effetto *erga omnes*, questa scelta non viene più sanzionata con l'inammissibilità per difetto di rilevanza della qlc<sup>23</sup>. La Corte procederà invece, previo eventuale rinvio pregiudiziale (come avvenuto nel caso dell'ordinanza n. 117 del 2019), a decidere nel merito utilizzando sia i parametri interni, sia quelli europei, “secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato”<sup>24</sup>.

Su quest'ultimo aspetto, probabilmente il più complesso in questa fase, torneremo più avanti. Al momento, ci limitiamo a svolgere alcune brevi osservazioni rispetto alla soluzione raggiunta nella sentenza n. 11 del 2020. In primo luogo, va rilevato che l'affermazione della Corte, per cui le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle citate disposizioni del diritto dell'Unione interferiscono con il valore costituzionale della libertà d'iniziativa economica privata, omettono una verifica che, sempre in tema di rilevanza, avrebbe potuto portare a conseguenze diverse. Mi riferisco alla circostanza che la regola sostanziale di diritto dell'Unione europea invocata, l'art. 49 TFUE in tema di libertà di stabilimento, sembra tutt'altro che pacificamente applicabile nella fattispecie sottoposta al giudizio arbitrale *a quo*: essa infatti riguardava quella che nel linguaggio comunitario viene definita “situazione meramente interna”<sup>25</sup>, in cui tutti gli elementi sono confinati all'interno del territorio nazionale. L'assenza di elementi transfrontalieri

<sup>23</sup> Sul punto cfr. F. VIGANÒ, *Introduzione*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 9 e ss.

<sup>24</sup> Sentenza 269 del 2017, par. 5.2; sentenza 20 del 2019, par. 2.1.

<sup>25</sup> In dottrina v. da ultimo A. ARENA, *Le situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019.

comporta che, in linea di principio, non emerge alcun ostacolo allo stabilimento del soggetto in questione in uno Stato diverso da quello di origine, unico problema di cui si occupa l'art. 49 TFUE. L'assenza di rilevanza comunitaria della fattispecie porta con sé, come noto, l'estraneità della Carta dei diritti fondamentali, testo che può assumere rilievo per la valutazione delle normative nazionali soltanto qualora lo Stato operi nel campo di applicazione del diritto dell'Unione<sup>26</sup>.

Si tratta comunque di aspetti secondari, meritevoli di essere menzionati in questa sede soltanto perché dimostrano ancora una non totale domestichezza degli organi remittenti sull'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e quindi della Carta. Peraltro, non è escluso che il problema della estraneità dell'art. 49 TFUE rispetto alle fattispecie portata all'attenzione della Corte sarebbe emerso successivamente, qualora la Corte avesse inteso affrontare la questione della compatibilità comunitaria della legge impugnata.

Più serie sarebbero invece le conseguenze di un'interpretazione, avanzata in dottrina,<sup>27</sup> delle brevi frasi della Corte su ricordate, nel senso di ritenerle indicative della volontà della Corte di estendere il “modello 269” – pur rivisto nel senso di considerare il ricorso alla Corte costituzionale come alternativo, e non più sostitutivo, rispetto alla disapplicazione della legge interna contrastante – come *sistema generale*, tale cioè da coinvolgere non solo i casi (da cui quell'*obiter* aveva preso spunto ed ai quali in quell'occasione la Corte si riferiva esplicitamente) in cui una legge interna sia sospettata di contrastare con un diritto fondamentale tutelato sia dalla Carta, sia da un articolo della Costituzione, ma tutti i casi in cui una regola di diritto dell'Unione, in qualsiasi fonte inserita, interferisca con un diritto costituzionalmente garantito. La conseguenza, secondo questa lettura, sarebbe aprire le porte alla possibilità per un giudice di non procedere alla immediata disapplicazione della legge incompatibile con il diritto dell'Unione “a prescindere dalla norma europea interposta invocata”<sup>28</sup>, quindi anche qualora non vi sia una sovrapposizione tra le tutele fornite dalla Carta e dalla Costituzione nazionale.

Due brevi osservazioni in merito a questa conclusione: in primo luogo, qualora fosse questa la volontà della Consulta, essa rischierebbe di porsi in frontale contrasto con la giurisprudenza comunitaria, in quanto la Corte di giustizia continua a sostenere la validità del “principio Simmenthal”, secondo il quale: a)

---

<sup>26</sup> In dottrina per tutti K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 375 ss.; N. LAZZERINI, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Milano, 2018.

<sup>27</sup> C. PADULA, *Uno sviluppo*, cit., pag. 178.

<sup>28</sup> C. PADULA, *op. cit.*, p. 179.

una delle ineludibili caratteristiche di base dell'ordinamento dell'Unione è il riconoscimento del potere, in capo al giudice comune, di procedere alla immediata disapplicazione di una legge interna incompatibile con una norma del diritto dell'Unione direttamente efficace, comprese le disposizioni della Carta quando presentano le caratteristiche necessarie per produrre effetti diretti; b) questo potere, in quanto finalizzato sia a fornire una tutela piena ed immediata ai soggetti coinvolti, sia a garantire una uniforme e contestuale applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, non può essere limitato o condizionato da qualsiasi meccanismo interno che affidi ad un soggetto diverso, che si tratti del legislatore o della Corte costituzionale, il compito di privare di efficacia la legge interna, abrogandola o dichiarandola costituzionalmente illegittima.

Detto ciò, è noto che tracce di questa tendenza espansiva del “nuovo modello” si sono già immediatamente intraviste nella giurisprudenza successiva alla sentenza n. 269 del 2017, come nel caso della sentenza n. 20 del 2019, concernente un conflitto tra fonti che coinvolgeva non soltanto la Carta (nella fattispecie, l'art. 8), ma *anche* una direttiva<sup>29</sup> intesa dalla Corte come “in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE”.<sup>30</sup> Tuttavia, le motivazioni adottate anche in quel caso per giustificare una rilettura/revisione della giurisprudenza *Granital* erano tutte nella direzione di consentire alla Corte costituzionale di partecipare in maniera diretta al processo di costruzione del patrimonio costituzionale europeo, volontà che non poteva essere condizionata dalla presenza di

<sup>29</sup> Si trattava, nella fattispecie, della direttiva 95/46/CE, in tema di tutela dei dati personali.

<sup>30</sup> Può essere utile richiamare i passi salienti della pronuncia della Corte: “Peraltro, tra i parametri interposti rispetto alla denunciata violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., il giudice rimettente evoca, oltre a disposizioni della CDFUE, anche i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, previsti in particolare dagli artt. 6, par. 1, lettera c), e 7, lettere c) ed e), della direttiva 95/46/CE. Ciò non induce a modificare l'orientamento ricordato. I principi previsti dalla direttiva si presentano, infatti, in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE: non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito “modello” per quelle norme, e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura, come espresso nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, in cui si legge, in particolare nella «Spiegazione relativa all'art. 8 – Protezione dei dati di carattere personale», che «[q]uesto articolo è stato fondato sull'articolo 286 del trattato che istituisce la Comunità europea, sulla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati [...], nonché sull'articolo 8 della CEDU e sulla convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981, ratificata da tutti gli Stati membri. [...] La direttiva e il regolamento [(CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio] succitati definiscono le condizioni e i limiti applicabili all'esercizio del diritto alla protezione dei dati personali».



disposizioni di diritto derivato per le quali, peraltro, il giudice remittente aveva escluso (a mio modo di vedere in maniera discutibile<sup>31</sup>) la capacità di produrre effetti immediati nel procedimento *a quo*.

Ora, abbandonare questo collegamento per “svincolare” il nuovo orientamento dal necessario riferimento alla Carta avrebbe come conseguenza smentire le stesse premesse del “nuovo modello”. È appena il caso di ricordare che quando la Corte è arrivata, nella sentenza 269 del 2017, alla conclusione per cui, “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale”, ciò è avvenuto in quanto, secondo la Consulta, “occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”. Tanto è vero che, rispetto alle regole di diritto dell’Unione di diversa origine restano fermi “i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale”. Una diversa soluzione, a parte la sua palese contraddittorietà con principi di base dell’ordinamento dell’Unione, avrebbe certamente necessitato di una presa di posizione più chiara ed argomentata.

Ed infatti, ed è questa la seconda osservazione, non sono convinto che la lettura proposta sia corretta. Come detto, dal testo della sentenza e dalla lettura dell’ordinanza di rimessione emerge che il collegio arbitrale, nell’indicare i parametri interposti di costituzionalità rilevanti ai fini degli artt. 11 e 117 Cost., si era riferito sia all’art. 49 del TFUE, sia all’art. 16 della Carta, in tema di libertà di impresa. Quindi, prescindendo ora dalla pertinenza del richiamo alla regola sul mercato interno, non è da escludere (anzi, pare del tutto probabile) che quando

---

<sup>31</sup> Risulta dal testo della sentenza che il giudice remittente (il TAR del Lazio) fosse “consapevole della circostanza che, in fattispecie analoga a quella al suo esame, la Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, *Österreichischer Rundfunk* e altri) – pur avendo ritenuto, a seguito di rinvio pregiudiziale, che gli artt. 6, par. 1, lettera c), e 7, lettere c) ed e), della ricordata direttiva 95/46/CE contengono norme direttamente applicabili – ha stabilito che la valutazione sul corretto bilanciamento tra il diritto alla tutela dei dati personali e quello all’accesso ai dati in possesso delle pubbliche amministrazioni doveva essere rimessa al giudice del rinvio, escludendo perciò che fosse stata definitivamente compiuta dalla normativa europea”. Da ciò tuttavia non ricava la conclusione, pur consolidata nella giurisprudenza comunitaria, per cui il bilanciamento tra interessi concorrenti, o anche tra diritti fondamentali in caso di conflitti interindividuali, è comunque compito che deve essere riconosciuto *al giudice della controversia* (v. per tutte la sentenza *Egerberger, cit.*, punto 80).

la Corte si riferisce al richiamo, da parte del giudice *a quo*, dei “medesimi diritti tutelati da parametri interni” (par. 3.4. del Considerando in diritto) come norme interposte, detto riferimento debba essere inteso come rivolto alla Carta piuttosto che alla disposizione del Trattato. Ancora più chiara è la parte successiva del medesimo par., in cui la Corte richiama testualmente la sentenza n. 63 del 2019 per confermare di avere a disposizione, se a ciò richiesta dal giudice comune, lo strumento della “dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto *con la Carta*”.

Per concludere sul punto, mi pare che la sentenza non aggiunga nulla di nuovo rispetto alla posizione oramai in via di consolidamento, per cui in presenza di una legge sospettata di produrre un *vulnus* sia ad una norma della Carta, sia ad una norma costituzionale, il giudice comune abbia a disposizione due strade: da un lato, se le condizioni richieste dall’ordinamento comunitario lo consentono, procedere alla immediata disapplicazione della legge interna, *se necessario* previo coinvolgimento della Corte di giustizia; dall’altro, assunte eventualmente le misure cautelari opportune, rivolgersi alla Corte costituzionale ai fini di un intervento *erga omnes* nei confronti della legge dichiarata incostituzionale. Nell’ultima parte di questo lavoro proveremo ad occuparci della questione – molto dibattuta di recente – della cumulabilità o meno di questi due rimedi.

Ciò detto, non può nascondersi che sarebbe illusorio (e frutto di un non condivisibile ma purtroppo diffuso tentativo di distinguere tra l’approccio “mercantilistico” delle regole di diritto sostanziale dell’Unione e la “novità” rappresentata dalla Carta) pretendere di porre una netta e da questo punto di vista “rassicurante” linea di demarcazione tra il campo di applicazione della Carta, da un lato, e le regole di diritto primario o secondario dell’Unione, dall’altro. Tutto al contrario, i due elementi sono inscindibili perché, come già ricordato, la Carta non può trovare applicazione se non come “ombra” che accompagna una regola di diritto sostanziale dell’Unione<sup>32</sup>. Da ciò consegue che, qualora si tratti di valutare la conformità di una legge interna alla Carta, questa operazione presuppone che l’attività legislativa nazionale si sia svolta in sede di “attuazione” del diritto dell’Unione, nel significato ampio che questa locuzione ha ricevuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in continuità con la prassi pre-Carta<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Sentenza *Fransson*, punto 21: «dato 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».

<sup>33</sup> Cfr. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, sub art. 51.



In concreto, non è certo complicato in molti casi “aggiungere” una norma della Carta ad una regola di diritto sostanziale dell’Unione, in maniera che entrambe possano essere invocate come parametro interposto di costituzionalità della regola interna coinvolta. Il caso affrontato dalla sentenza n. 20 del 2019 va in questa direzione, ed anche nella situazione oggetto della sentenza n. 11 del 2020 – qualora si fosse trattato davvero di una fattispecie coperta dal diritto dell’Unione – l’aggiunta dell’art. 16 della Carta all’art. 49 TFUE anche a fini di rafforzamento del parametro appare operazione tutt’altro che peregrina, in quanto la libertà di stabilimento è certamente (anche) espressione della libertà di impresa di cui si occupa l’art. 16 della Carta<sup>34</sup>. Ma se la conseguenza di questa – peraltro alquanto ovvia – premessa fosse quella di spostare del tutto l’asse dell’analisi sullo scrutinio costituzionale, allora l’allontanamento dalla dottrina *Simmenthal* e l’equiparazione dei trattati dell’Unione a qualsiasi altra fonte pattizia internazionale sarebbe pressoché completo.

Si pensi, per fare solo un esempio teorico, ad un caso di asserita discriminazione per motivi religiosi prodotta da una normativa nazionale: come è noto, il divieto di trattamenti discriminatori in base alla religione o alle convinzioni personali trova fondamento sia nell’art. 21, par. 1, della Carta, sia, con specifico riferimento ai rapporti di lavoro, nella direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. In diverse occasioni, tra le quali la sentenza *Egenberger* del 2018<sup>35</sup>, la Corte di giustizia, richiamando suoi precedenti riguardanti i principi di parità di retribuzione e di non discriminazione in base all’età<sup>36</sup>, ha precisato che la direttiva non sancisce essa stessa il principio di non discriminazione in base (anche) alla religione, ma si limita a fornire un quadro generale di lotta alle discriminazioni. Il divieto in questione riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell’Unione, oggi codificato

---

<sup>34</sup> Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una legge interna sia con il diritto di stabilimento o la libertà di prestazione dei servizi, sia sulle libertà tutelate dagli articoli da 15 a 17 della Carta, la Corte di giustizia sostiene che “un esame della restrizione rappresentata da una normativa nazionale sulla scorta degli articoli 49 e 56 TFUE comprende anche le eventuali restrizioni dell’esercizio dei diritti e delle libertà previsti dagli articoli da 15 a 17 della Carta dei diritti fondamentali, di modo che un esame separato della libertà di impresa non è necessario”. Cfr. ad esempio le sentenze 30 aprile 2014, C-390/12, *Pfleger e a.*, punto 60; 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington Hungary e a.*, punto 91.

<sup>35</sup> Sentenza 17 aprile 2018, causa C-414/16.

<sup>36</sup> Sentenze 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer, c. Freie und Hansestadt Hamburg*; 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*. Sul punto cfr. G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell’Unione europea*, Torino, 2013.

nell'art. 21 della Carta, e grazie all'intervento della direttiva diviene parametro di valutazione dell'attività del legislatore nazionale, potendo essere invocato sia nei rapporti "verticali" sia in quelli "orizzontali". Come chiarito nella medesima sentenza, il divieto sancito all'art. 21 della Carta "è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale in una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione".

Sul versante nazionale, il divieto di trattamenti discriminatori sulla base delle convinzioni religiose è espressamente codificato all'art. 3, comma 1, della Costituzione. All'evidenza, l'attività del legislatore nazionale, se interviene, come in questo caso, nel campo di applicazione del diritto europeo, può essere oggetto di valutazione sia in rapporto alle regole europee, sia ai vincoli costituzionali.

Immaginiamo ora che un soggetto invochi il diritto comunitario in un contenzioso nazionale per opporsi agli effetti applicativi di una legge che produce questa presunta discriminazione: all'evidenza, la risposta del giudice a questa richiesta non può cambiare a seconda che tra i parametri invocati vi sia soltanto la direttiva (nel qual caso potrà procedere alla immediata disapplicazione della legge) o anche l'art. 21 della Carta (nel qual caso si giustificherebbe la scelta, sia pure non più necessaria secondo il più recente orientamento della Consulta, di rivolgersi alla Corte costituzionale). Tuttavia, una volta aperta la strada del coinvolgimento della Corte costituzionale anche nei casi di conflitto tra leggi interne e norme europee *dotate di efficacia diretta*, come quelle appena citate, diventa obiettivamente difficile porre un argine all'allargamento delle ipotesi in cui il "nuovo corso" della giurisprudenza della Corte può trovare applicazione.

Alla luce di quanto appena osservato, credo sia più utile chiedersi se il nuovo approccio della Corte costituzionale inaugurato con la sentenza n. 269 del 2017, anche dopo le certamente condivisibili precisazioni operate con la giurisprudenza successiva, sia esso stesso la causa della confusione e quali correzioni possano essere suggerite per arrivare ad un sistema più facilmente gestibile da tutti gli attori coinvolti.

### 3. Segue: la sentenza n. 44 del 2020

La seconda pronuncia della Corte costituzionale che merita di essere brevemente richiamata è la numero 44 del 2020, con la quale la Consulta, nel solco di precedenti pronunce tra cui la sentenza n. 168 del 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 12, lettera b), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), in quanto la disciplina regionale subordina l'accesso ai servizi abitativi pubblici al requisito della: "residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regio-

ne Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda”. La questione veniva sollevata non in un giudizio in via principale, come avvenuto in altre note occasioni riguardanti disposizioni regionali di simile contenuto<sup>37</sup>, ma in via incidentale dal Tribunale di Milano, a seguito di un ricorso presentato da un cittadino extracomunitario, dalla CIGL Lombardia e da altre associazioni attraverso l’azione anti-discriminazione di cui all’art. 44 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Nell’ordinanza di rimessione, il Tribunale sottoponeva alla Corte diversi parametri costituzionali, tra cui l’art. 3 Cost, primo e secondo comma, e l’art. 117 Cost, con riferimento – come “parametro interposto” – all’art. 11 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo<sup>38</sup>. Quanto al diritto dell’Unione, il giudice *a quo* riteneva che il requisito di un periodo quinquennale di residenza o di lavoro nel territorio della Regione potesse essere in contrasto con il par. 1 della citata disposizione comunitaria, nella parte in cui dispone che «[i]l soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: [...] f) l’accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all’erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l’ottenimento di un alloggio». A parere del rimettente, la norma censurata non sarebbe giustificata alla luce né della clausola di deroga di cui al par. 2 del medesimo art. 11, né del principio di proporzionalità, in quanto la residenza ultraquinquennale è presupposto di ammissione al beneficio e non criterio di preferenza. Alla luce di una cospicua giurisprudenza europea, sosteneva inoltre che il fatto che la norma *de qua* discrimini anche i cittadini italiani non residenti in Lombardia da più di cinque anni non sarebbe rilevante ai fini della conformità al diritto europeo. In definitiva, la norma censurata determinerebbe «un’irragionevole discriminazione» con riferimento agli stranieri soggiornanti di lungo periodo, in violazione dell’art. 11, par. 1, lettera f), della direttiva 2003/109/CE.

Il richiamo alla sola direttiva non rende la fattispecie estranea al nostro discorso, in quanto notoriamente l’accesso ai vantaggi dell’edilizia pubblica rientra a pieno titolo tra i diritti all’assistenza sociale e all’assistenza abitativa che l’art. 34

---

<sup>37</sup> È il caso della già ricordata sentenza n. 168 del 2014. In quel caso si trattava di una causa promossa dal Governo contro la Regione Valle d’Aosta, ragione per la quale, secondo la prassi consolidata, la Corte non si è posta il problema della diretta efficacia della normativa europea invocata come parametro interposto.

<sup>38</sup> A differenza di precedenti casi, alla Corte non veniva sottoposto il problema della conformità della legge regionale rispetto al principio comunitario di non discriminazione sulla base della cittadinanza (art. 21, par. 2, della Carta e art. 18 TFUE).

della Carta riconosce a “*tutti* coloro che non dispongono di risorse sufficienti”.

Rispetto alla violazione dell’art. 3, primo e secondo comma, della Costituzione, la stessa veniva invocata sotto plurimi profili, tra cui il contrasto tra la configurazione della residenza (o dell’occupazione) protratta come condizione dirimente per l’accesso ai benefici pubblici e la vocazione sociale propria dell’esigenza di abitazione, nonché la violazione del principio di ragionevolezza, in quanto non esisterebbe alcuna correlazione tra la durata della residenza ed il disagio economico sofferto dal soggetto richiedente.

Nella sentenza i parametri europei non vengono esplorati: se pure non manca un riferimento all’art. 34 della Carta (ripreso dal testo della sentenza 168 del 2014) per rafforzare la premessa per cui l’edilizia residenziale pubblica è diretta ad assicurare il concreto soddisfacimento del bisogno primario consistente nel diritto all’abitazione per coloro che non dispongono di risorse sufficienti, la questione è affrontata e risolta sulla base del solo art. 3 della Costituzione. La Corte arriva infatti alla conclusione per cui l’art. 22, comma 1, lettera b), della legge reg. Lombardia n. 16 del 2016, nella parte in cui fissa il requisito della residenza (o dell’occupazione) ultraquinquennale in regione come condizione di accesso al beneficio dell’alloggio di edilizia residenziale pubblica, “*contrasta sia con i principi di eguaglianza e ragionevolezza di cui all’art. 3, primo comma, Cost., perché produce una irragionevole disparità di trattamento a danno di chi, cittadino o straniero, non ne sia in possesso, sia con il principio di eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, secondo comma, Cost., perché tale requisito contraddice la funzione sociale dell’edilizia residenziale pubblica*”.

Il cambio di approccio, peraltro già anticipato da precedenti pronunce quale la 166 del 2018<sup>39</sup> rispetto al precedente del 2014 è palese, ed è frutto anche della diversa valutazione operata dal giudice remittente nell’indicazione del parametro di costituzionalità.

*Per incidens*, dalla ricostruzione in fatto emerge che il giudice rimittente aveva escluso di poter procedere alla diretta disapplicazione della legge regionale

---

<sup>39</sup> In quel caso, tuttavia, il giudizio incidentale veniva promosso dalla Corte d’Appello di Milano invocando come parametro di costituzionalità della legge statale il solo art. 3, con riferimento al principio di ragionevolezza, nonostante l’intero ragionamento dell’ordinanza di rimessione fosse imperniato sulla violazione della direttiva “lungo soggiornanti” n. 2003/109/CE. La Corte, pur accogliendo la questione di costituzionalità in base all’art. 3 per la sproporzione del requisito di residenza in rapporto all’obiettivo perseguito dalla norma, non mancava tuttavia di sottolineare che “la disposizione censurata introduce una irragionevole discriminazione a danno dei cittadini di paesi non appartenenti all’Unione europea, richiedendo solo ad essi il possesso del certificato storico di residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione”.

non perché convinto di allinearsi al nuovo corso della giurisprudenza costituzionale<sup>40</sup>, ma in ragione di una – a nostro parere non corretta – valutazione negativa sulla diretta efficacia della norma della direttiva<sup>41</sup>.

Anche in questo caso, quindi, pur avendo a disposizione entrambe le strade, la Corte ha preferito percorrere quella interna in una fattispecie che di certo ricadeva (anche) nel campo di applicazione del diritto sostanziale dell'Unione e quindi della Carta. Lo ha fatto, tuttavia, preoccupandosi di rinforzare questa scelta alla luce delle regole della Carta, se pure in maniera meno approfondita e articolata rispetto a precedenti occasioni, tentando così di evitare in radice l'emersione di successivi problemi di coordinamento tra la soluzione raggiunta in base al parametro interno e quella ricavabile dalla Carta.

Per i motivi anzidetti, mi sembra anche in questo caso forzata una lettura<sup>42</sup> nel senso di intendere anche la sentenza 44 del 2020 riconducibile al filone giurisprudenziale che vedrebbe la Corte costituzionale estendere il “modello 269” anche a regole di diritto dell'Unione direttamente efficaci diverse dalla Carta. Ciò per vari motivi: in primo luogo, perché nella formulazione di una questione di legittimità costituzionale riferita alla violazione dell'art. 11 della direttiva 2003/109 lo stesso giudice *a quo* aveva escluso (se pure, come detto, con motivazioni probabilmente errate) che detta norma presentasse i crismi della diretta efficacia, per cui non credo fosse compito della Corte, considerata la soluzione finale prescelta (utilizzo del solo art. 3 Cost.), contestare questa valutazione ai fini dell'ammissibilità di una questione comunitaria non affrontata in quanto assorbita da quella interna. In secondo luogo, perché, come lo stesso autore riconosce, il diritto invocato sulla base della direttiva (parità di condizioni per l'accesso all'edilizia pubblica) può essere facilmente ricondotto all'alveo della Carta, che viene infatti richiamata sia nell'ordinanza di rimessione, sia nella sentenza.

Mi sembra quindi maggiormente sostenibile la conclusione per cui la sentenza 44 del 2020 conferma la tendenza della Corte costituzionale di affrontare i casi di sovrapposizione tra scrutinio interno e scrutinio comunitario preferendo dare la priorità alle questioni di legittimità costituzionale risolvibili sulla base del solo parametro interno. Quest'ultimo, tuttavia, viene letto ed applicato alla luce della

---

<sup>40</sup> Come anticipato, la direttiva sui “lungo-soggiornanti”, all'art. 11, può facilmente essere considerata espressione del principio enunciato all'art. 34, par. 3, della Carta, trattandosi di riconoscere “il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali”.

<sup>41</sup> Sentenza 4 del 2020, *Ritenuto in fatto*, par. 1.

<sup>42</sup> Ancora C. PADULA, *op. cit.*, p. 177-179.

Carta e della lettura che la stessa riceve da parte del suo interprete autentico, la Corte di giustizia.

Su quest'ultimo punto ritorneremo in conclusione di questo lavoro. Al momento, può essere utile sottolineare che, se è vero che nel caso che ha portato alla sentenza 44 del 2020 il ricorso alla disapplicazione immediata della legge regionale non è venuto in rilievo in quanto escluso in partenza dal giudice remittente, il *fil rouge* che lega le due pronunce (nonché molte delle precedenti) è una sottovalutazione del ruolo del giudice comune come protagonista principale dell'applicazione decentrata del diritto dell'Unione, nella diffusa ma non condivisibile convinzione per cui, in caso di legge interna che solleva problemi di conformità sia alla Carta dei diritti fondamentali, sia alla Costituzione, la soluzione al problema debba necessariamente comprendere una "pregiudizialità" piuttosto che la immediata definizione della controversia.

#### 4. Prove di "doppio rinvio contemporaneo": le ordinanze della Corte di Appello di Napoli in materia di licenziamenti collettivi

La difficoltà di scelta tra le varie opzioni che la giurisprudenza costituzionale offre al giudice comune risulta *per tabulas* nell'ultimo episodio che merita un richiamo in questa sede: si tratta dell'iniziativa assunta il 18 settembre 2019 dalla Corte di Appello di Napoli, sezione lavoro, di ...non effettuare alcuna scelta ma di adottare due ordinanze di rimessione parallele nella medesima causa (*Romagnoli c. Balga srl*)<sup>43</sup>; la prima propone alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia per ottenere la corretta interpretazione delle regole della Carta dei diritti fondamentali, in particolare dell'art. 30 che garantisce tutela del lavoratore nei confronti di licenziamenti ingiustificati, letto alla luce dell'art. 24 della Carta sociale europea<sup>44</sup>; la seconda solleva questione di legittimità costituzionale del D.

<sup>43</sup> L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale Si rinviene in [www.lavorodirittieuropa.it/images/atto82227081\\_8833341477487411435.pdf](http://www.lavorodirittieuropa.it/images/atto82227081_8833341477487411435.pdf). L'ordinanza di rinvio pregiudiziale ha dato luogo alla causa C-32/20, tuttora pendente. Per un commento ad entrambe v. M. MAZZETTI, *La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, in [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it), 12 febbraio 2020; una precedente ordinanza del Tribunale di Milano del 5 agosto 2019 in parte sovrapponibile a quella della Corte napoletana è commentata da M. TUFO, *La tutela contro i licenziamenti collettivi illegittimi di fronte alla Corte di Giustizia Europea: l'assalto al Jobs act continua*, in [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it), 12 dicembre 2019, ed è incardinata presso la cancelleria della Corte con il numero C-652/19.

<sup>44</sup> Questo il testo dei quattro quesiti posti alla Corte di giustizia: "Se l'art. 30 della CDFUE debba essere interpretato nel senso di riconoscere, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi, un diritto a una tutela qualificata da parametri di effettività, efficacia, adeguatezza e deterrenza, in quanto

lgs. n. 23 del 2015 (c.d. *Jobs Act*) per violazione di diversi parametri costituzionali tra cui l'art. 117 Cost.<sup>45</sup>, utilizzando come parametro interposto nuovamente la Carta dei diritti fondamentali (artt. 20, 21, 30 e 47).

La fattispecie all'esame della Corte è l'impugnativa del licenziamento sofferto da una dipendente di una società privata nel quadro di una procedura di licenziamento collettivo. A giudizio della Corte territoriale, le regole inserite dal D.lgs. n. 23 del 2015 per il contrasto ai licenziamenti illegittimi, nella parte in cui sostituiscono ad una tutela reale (la riassunzione) una di contenuto meramente indennitario, comporterebbero un grave *vulnus* a plurimi principi di origine sia

---

tali requisiti costituiscono il carattere delle sanzioni previste dal «diritto dell'Unione» a salvaguardia del rispetto di valori fondamentali, rispetto ai quali la norma nazionale – ovvero la prassi applicativa – che assicura la concreta misura sanzionatoria contro ogni licenziamento ingiustificato, deve conformarsi. Se, di conseguenza, i suddetti parametri costituiscono un limite esterno rilevante e utilizzabile nel giudizio ai fini delle azioni riconosciute al Giudice nazionale per l'adeguamento al diritto dell'UE della normativa o della prassi nazionale attuativa della direttiva 98/59/CE.

Se, al fine di definire il livello di tutela imposto dall'ordinamento dell'Unione in caso di licenziamento collettivo illegittimo, l'art. 30 della CDFUE debba essere interpretato tenendo «in debito conto», e quindi considerando rilevante, il significato materiale dell'art. 24 della Carta Sociale Europea revisionata, richiamata nelle Spiegazioni, così come risultante dalle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, e se, di conseguenza, il diritto dell'Unione osti ad una normativa nazionale e ad una prassi applicativa che, nell'escludere una misura reintegratoria del posto di lavoro, limiti la tutela ad un rimedio meramente indennitario, caratterizzato da un plafond parametrato al criterio prioritario dell'anzianità lavorativa, e non al ristoro del danno subito dal lavoratore per effetto della perdita della sua fonte di sostentamento.

Se, quindi, il Giudice nazionale, nel valutare il grado di compatibilità della norma interna che attua, ovvero stabilisce, la misura della tutela in caso di licenziamenti collettivi illegittimi (per violazione dei criteri di scelta), debba considerare il contenuto elaborato dalla Carta Sociale Europea risultante dalle decisioni dei suoi organi e comunque ritenere necessaria una tutela soddisfattiva piena o, quantomeno tendenzialmente tale, delle conseguenze economiche derivate dalla perdita del contratto di lavoro.

Se gli articoli 20, 21, 34 e 47 della CDFUE ostino all'introduzione di una normativa o di una prassi applicativa da parte di uno Stato membro, attuativa della direttiva 98/59/CE, che preveda per i soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 coinvolti nella medesima procedura, un sistema sanzionatorio che esclude, diversamente da quanto assicurato agli altri lavoratori sottoposti alla medesima procedura, ma assunti in data antecedente, la reintegra nel posto di lavoro e, comunque, il ristoro delle conseguenze derivanti dalla perdita del reddito e dalla perdita della copertura previdenziale, riconoscendo esclusivamente un indennizzo caratterizzato da un importo determinato in via prioritaria sul parametro dell'anzianità lavorativa, differenziando, quindi, sulla base della data di assunzione, la sanzione in modo da generare una diversità di livelli di tutela basati sul summenzionato criterio e non sulle conseguenze effettive subite a seguito della ingiusta perdita della fonte di sostentamento”.

<sup>45</sup> Ancora una volta, l'art. 11 della Costituzione è totalmente ignorato.



costituzionale, sia europeo, ponendo in essere, in estrema sintesi, un regime sanzionatorio più debole rispetto al precedente, del tutto inefficace rispetto al danno subito con la illegittima perdita del posto di lavoro e privo della sufficiente portata deterrente.

Tuttavia, nonostante la non celata convinzione della incompatibilità comunitaria del regime in questione, la Corte d'Appello non prende in considerazione la strada diretta della disapplicazione immediata del decreto (soluzione comunque tutt'altro che scontata, in ragione dei noti dubbi sull'efficacia diretta dell'art. 30 della Carta<sup>46</sup>), preferendo invece sottoporlo a due giudizi di compatibilità *paralleli*.

Le due ordinanze sollevano molti spunti di interesse. In questa sede si prescinde volutamente sia (ovviamente) dal merito, sia dai profili, che pure appaiono tutt'altro che irrilevanti, relativi alla correttezza del richiamo alla Carta come parametro "interposto" di costituzionalità in una fattispecie in cui non è chiaro l'inquadramento nell'ambito del diritto dell'Unione<sup>47</sup>. In altri termini, non essendo la disciplina dei rimedi contro i licenziamenti collettivi oggetto di intervento normativo dell'Unione, e considerata la natura programmatica dell'art. 30, non è affatto scontato che la Carta possa venire in rilievo agli scopi indicati dalla Corte d'Appello, non trattandosi di attività che lo Stato svolge "in attuazione" del diritto dell'Unione come richiesto dall'art. 51, par. 1, della Carta.

È evidente che una risposta negativa al quesito di fondo sull'applicabilità della Carta alla fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte d'Appello porta, da un lato, alla inammissibilità dei quesiti pregiudiziali rivolti alla Corte di giustizia, come di fatto è puntualmente avvenuto<sup>48</sup> in quanto la fattispecie ad essa sottoposta non rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e quindi nella competenza della Corte, nonché, per gli stessi motivi, alla irrilevanza di alcune delle questioni di legittimità costituzionale<sup>49</sup> costruite sulla pretesa

---

<sup>46</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Art. 30*, in R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 572 e ss.

<sup>47</sup> Troppo debole sembra infatti il richiamo che il giudice remittente effettua alla direttiva sui licenziamenti collettivi n. 98/59/CE, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi: questa si occupa della procedura e dei diritti di informazione dei rappresentanti dei lavoratori, ma non contiene alcuna regola armonizzata in tema di tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

<sup>48</sup> Corte di giustizia, ordinanza 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ c. Balga srl*, nella quale la Corte evidenzia la mancanza di un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione.

<sup>49</sup> Corte cost., sentenza n. 254 del 2020, nella quale tuttavia la pronuncia di inammissibilità si fonda su motivi diversi da quelli riguardanti i profili di diritto dell'Unione. Sono tuttavia di estremo



violazione della Carta come parametro interposto di costituzionalità attraverso l'art. 117 Cost., e quindi alla inammissibilità delle relative questioni di legittimità costituzionale.

Ad ogni modo, considerato lo scopo limitato di questo contributo, è più utile approfondire la decisione del giudice remittente di non operare una scelta tra il percorso comunitario e quello interno, ma di percorrerli entrambi in maniera contestuale, senza preoccuparsi, tuttavia, di chiarire in base a quali criteri intende gestire le due procedure parallele e quindi le due potenziali risposte sulle medesime questioni, presumibilmente lasciando che siano le corti coinvolte a trovare una via d'uscita capace di evitare i rischi di sovrapposizione o di divergenza di risultati.

Va infatti sottolineata la circostanza che, come anticipato, tra i due “blocchi” di principi invocati come parametri di valutazione del decreto si rinviene una evidente, sia pur parziale, sovrapposizione, in quanto nell'ordinanza di remessione alla Corte costituzionale la violazione dei principi costituzionali interni si risolve, spesso, nell'asserito contrasto con le regole della Carta, utilizzate dalla Corte d'Appello come parametro interposto di costituzionalità attraverso l'art. 117 della Costituzione.

Analizzando più in dettaglio le motivazioni che hanno portato alla scelta del “doppio rinvio” contemporaneo, va segnalato che esse possono rinvenirsi in maniera più dettagliata nell'ordinanza di remessione alla Corte costituzionale, paragrafi da 14 a 30. La Corte d'appello, pur riferendosi alla sentenza 269 del 2017 ed alla regola di priorità che quella decisione prospettava in favore del giudizio costituzionale (peraltro, come la stessa Corte territoriale rileva, superata dalla stessa Consulta nella successiva giurisprudenza), ritiene che detta regola non possa “impedire al giudice a quo di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea, in qualsiasi stato e fase del giudizio”. Richiamando la sentenza *A. c. B.*, dell'11 settembre 2014<sup>50</sup>, nonché le successive *Global Starnet* e *XC*, prima

---

interesse le precisazioni che la Consulta fa al punto 2 del *Considerando in diritto*, nel quale si ribadisce la soluzione raggiunta dalla Corte di giustizia nel procedimento “parallelo”, non mancando di sottolineare in premessa che il sistema integrato di garanzie ha il suo caposaldo nella leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni, nel rispetto dei rispettivi ruoli attribuiti alla Corte di giustizia ed alle giurisdizioni nazionali dall'art. 19 TUE.

<sup>50</sup> Causa C-112/13, su cui mi permetto di rinviare a R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 4089 ss. V. anche A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritticomparati.it.*, 2 ottobre 2014; D. PARIS, *Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*. *European Court of Justice*

richiamate, la Corte d'Appello sostiene di rinvenire nella giurisprudenza comunitaria l'assenza di vincoli ostativi alla soluzione di adire entrambe le Corti. Tuttavia, se si valutano da vicino i casi che hanno dato luogo alle sentenze citate, risulta che in nessuno di essi i due rinvii sono stati effettuati o prospettati in maniera contemporanea: dalla sentenza *Global Starnet*, ad esempio, risulta che il problema del coinvolgimento della Corte di giustizia si è posto nella fase successiva alla decisione già assunta dalla Corte costituzionale italiana<sup>51</sup>. Secondo la Corte di giustizia, infatti, “il funzionamento del sistema di cooperazione tra essa e i giudici nazionali, istituito dall'art. 267 TFUE, e il principio del primato del diritto dell'Unione esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, *ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità*<sup>52</sup>, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria”<sup>53</sup>. Da questo la Corte di giustizia ricava che “il fatto che la Corte costituzionale italiana *si sia pronunciata*<sup>54</sup> sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'art. 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione”<sup>55</sup>, per concludere che “alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'art. 267, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi *abbia valutato*<sup>56</sup> la costi-

---

(*Fifth Chamber*), *Judgment of 11 September 2014, Case C-112/13, A v B and others*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, issue 2, 2015, 393 ss.

<sup>51</sup> Si trattava della sentenza della Corte cost n. 56 del 2015, in tema di concessioni per le attività di gioco e scommesse.

<sup>52</sup> Corsivo aggiunto. Nella precedente giurisprudenza della Corte di giustizia si veda soprattutto la sentenza 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 51.

<sup>53</sup> Sentenza *Global Starnet*, punto 22.

<sup>54</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>55</sup> *Ibidem*, punto 25.

<sup>56</sup> Corsivo aggiunto.

tuzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione"<sup>57</sup>.

Questa particolare tecnica del "doppio rinvio" lascia comunque perplessi da diversi punti di vista. In primo luogo, come prima anticipato, non è chiaro – né le due ordinanze sembrano fornire chiarimenti in merito<sup>58</sup> – come la Corte d'Appello avrebbe inteso regolarsi (sia dal punto di vista della soluzione di merito, sia da quello temporale) rispetto alle due risposte richieste (e, per i motivi indicati, non ricevute); peraltro, trattandosi di operare un giudizio di conformità che coinvolge in sostanza gli stessi parametri, è ovvio che sarebbero difficilmente gestibili due risposte contemporanee (che peraltro potrebbero essere in ipotesi non conciliabili tra loro) o comunque indipendenti, dovendo quindi necessariamente una delle due corti di vertice coinvolte attendere, sia pure informalmente, la pronuncia dell'altra. Logicamente, in questo schema la decisione della Corte costituzionale dovrebbe essere successiva, in quanto la Corte di giustizia possiede il monopolio dell'interpretazione "autentica" delle norme europee, compresa la Carta: ne consegue che il giudizio di costituzionalità alla luce degli artt. 11 e 117 sembra presupporre un definitivo chiarimento in merito alla *portata* degli articoli della Carta che si ritengono violati<sup>59</sup>. Tuttavia, appare davvero poco comprensibile – e non giustificabile alla luce delle regole del giudizio costituzionale – ritenere che, qualora la Corte di giustizia dovesse fornire un'interpretazione della Carta nel senso che essa "osta" ad una regola interna incompatibile, il giudice *a quo*, chiamato ad esercitare, oramai senza margini di errore, il potere di disapplicazione conferito dal diritto dell'Unione, debba ulteriormente attendere, per fornire giustizia nel caso concreto, una successiva pronuncia della Corte costituzionale intesa a rimuovere definitivamente dall'ordinamento la norma interna confliggente con i parametri europei<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, punto 26.

<sup>58</sup> L'unico fugace riferimento al rapporto tra i due rinvii si intravede in filigrana al punto 26 dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, in cui la Corte d'Appello sembra riferirsi ad una posizione di strumentalità delle questioni interpretative rispetto alla decisione della Corte costituzionale, senza peraltro approfondire la questione.

<sup>59</sup> Cfr. sul punto A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale dopo la 269 del 2017 per i giudici di "costituzionalità-eurounitarietà"*, in *Consulta Online*, 2019, p. 474 ss.

<sup>60</sup> Più precisamente, il secondo passaggio in Corte costituzionale, nello schema tradizionale delle "pregiudizialità consecutive", può essere necessario soltanto in presenza di un conflitto con norme europee *non* dotate di efficacia diretta, in quanto il giudice *a quo* non potrebbe egli stesso esprimere l'ultima parola attraverso la disapplicazione della regola interna incompatibile. Anche in questo caso, tuttavia – come peraltro testimonia la prassi – l'adozione di due ordinanze parallele non è utile, in quanto come è noto la valutazione finale della Corte costituzionale presuppone

In secondo luogo, non pare che la soluzione del doppio rinvio contemporaneo sia il modo migliore per intendere l'affermazione, contenuta in particolare nella sentenza n. 20 del 2019 e richiamata dalla Corte d'Appello nella sua ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale (par. 27), in merito alla "espressa esclusione di ogni preclusione nell'ambito di un auspicato concorso di rimedi giurisdizionali in una prospettiva di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali". A me sembra che il riferimento all'esclusione di ogni preclusione debba essere piuttosto inteso come un modo per aprire la strada ad un concorso di rimedi giurisdizionali tra di loro *alternativi*, e non contestuali, nel senso cioè di lasciare al giudice la scelta se indirizzarsi verso il rimedio costituzionale interno oppure verso quello comunitario (disapplicazione eventualmente previo rinvio pregiudiziale). In altri termini, a differenza del sistema "pre-269", che per le norme europee dotate di efficacia diretta metteva a disposizione del giudice, in presenza di una regola interna difforme, i soli rimedi immediati dell'interpretazione conforme o della disapplicazione della legge, il nuovo sistema riconosce al giudice anche l'alternativa di *potersi* (e non *doversi*, come adombrato nell'*obiter* della sentenza n. 269 del 2017) rivolgersi alla Corte costituzionale, in maniera che il giudizio di conformità venga effettuato da quest'ultima con il risultato di giungere ad un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità con effetti *erga omnes*.

Come si vede, la soluzione prescelta dalla Corte d'appello sembra creare più problemi di quanti ne vorrebbe risolvere. Essa risulta ispirata, come emerge dal par. 29 dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, dalla volontà (evidentemente uguale e contraria rispetto a quella esplicitata dalla Corte costituzionale nella sua più recente giurisprudenza) di evitare che il giudice di merito venga emarginato dal "meccanismo dinamico di arricchimento di tutele tra diritto nazionale e diritto eurolunitario", risultato che si realizzerebbe, sempre secondo la Corte d'Appello, qualora la facoltà del giudice di attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale fosse consentita solo a valle del giudizio di costituzionalità. A me sembra tuttavia che la posizione del giudice di merito venga meglio valorizzata, secondo gli orientamenti della Corte di giustizia, attraverso il *dialogo diretto ed immediato* con il giudice dell'Unione, in maniera da ottenere subito i chiarimenti necessari per la migliore applicazione del diritto dell'Unione nella controversia che gli è stata sottoposta. Dopo le aporie e le difficoltà prodotte dall'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269 del 2017, è ora chiarito dalla più

---

un chiarimento interpretativo della Corte di giustizia sia sulla (mancanza di) diretta efficacia della norma parametro europea, sia eventualmente sul suo contenuto. Sul punto di veda da ultimo l'approfondita analisi di F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità*, cit., p. 739 e ss., anche per i riferimenti alle pertinenti sentenze e ordinanze della Consulta.

recente giurisprudenza della Consulta che nessun ostacolo si pone rispetto a questa scelta nonostante l'eventuale contestuale presenza di dubbi di legittimità costituzionale.

## 5. Il necessario recupero del ruolo centrale del giudice comune

La scelta del *doppio rinvio contemporaneo* non sembra la più opportuna, in ragione delle forzature concettuali e procedurali nonché dei rischi di corto-circuiti che inevitabilmente comporta, per cui mi sembra auspicabile che la Corte costituzionale trovi un modo di scoraggiare questa pratica. In ogni caso, l'episodio ora ricordato conferma la necessità di individuare alcuni punti di riferimento più solidi per guidare la scelta del giudice qualora si trovi di fronte a leggi interne sospettate di violare sia le regole costituzionali interne, sia quelle comunitarie (in particolare, ma non solo<sup>61</sup>, la Carta).

In realtà, a me pare che in buona parte questi punti di riferimento siano già presenti nella giurisprudenza delle due corti di vertice. Come ricordato all'inizio di questo lavoro, è stata la stessa Corte di giustizia ad aprire la porta ad un sistema che porti a valorizzare lo spazio di intervento dei meccanismi interni di tutela dei diritti fondamentali anche qualora il legislatore nazionale operi nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, se i principali ed irrinunciabili caposaldi dell'ordinamento dell'Unione vengono fatti salvi.

In definitiva, sembra sia ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria che la *summa divisio* è determinata dal tipo di intervento normativo effettuato dal legislatore dell'Unione: in presenza di una disciplina per così dire "totalizzante", che cioè non richiede interventi di attuazione nel diritto nazionale oppure, pur richiedendoli, non lascia margini di discrezionalità trattandosi di interventi a contenuto vincolato (è il caso, per citarne uno, che ha dato origine alla già citata sentenza *Melloni*), allora la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali è in linea di principio demandata alla Corte di giustizia, trattandosi di giudicare, nella sostanza, il comportamento del legislatore dell'Unione. Il giudizio di validità

---

<sup>61</sup> Nonostante l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si sia giustamente concentrata soprattutto sulla Carta, può essere utile ricordare che la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione si realizza anche attraverso il ricorso ai principi generali del diritto ricostruiti alla luce della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni, nonché di altri accordi internazionali in tema di diritti umani, non richiamati dall'art. 6 ma a volte invocati dinanzi alla Corte di giustizia prima e dopo l'adozione della Carta (si vedano, ad esempio, per il Patto ONU sui diritti civili e politici, sentenza 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03; per la Carta sociale europea, v. 10 giugno 2010, *Lotti e Matteucci*, cause riunite C-395/08 e 396/08).

sull'atto dell'Unione è notoriamente riservato ai giudici del Lussemburgo<sup>62</sup> per cui il giudice comune – o la Corte costituzionale<sup>63</sup>, se la questione viene sollevata davanti ad essa, come avvenuto con l'ordinanza n. 117 del 2019<sup>64</sup> – non potrebbe evitare di sospendere il giudizio e chiedere l'intervento decisivo del giudice europeo<sup>65</sup>.

Qualora invece l'atto dell'Unione lasci un margine di manovra al legislatore interno, allora la Corte di giustizia riconosce che il giudizio sulle modalità con cui questa attività discrezionale sia stata esercitata, dal punto di vista del rispetto dei diritti fondamentali, dal legislatore nazionale *possa* essere svolto attraverso i controlli di prossimità propri del sistema costituzionale interno, intendendo come tali sia il meccanismo procedurale (*Melki*), sia i parametri costituzionali applicabili (*Fransson*). Controlli che, in quest'ottica, si presentano come *alternativi* e non *cumulativi* rispetto al – preferibile – controllo tipico del diritto comunitario (disapplicazione/rinvio pregiudiziale), sul presupposto che, in un contesto di circolarità di valori comuni, l'applicazione delle regole costituzionali interne e l'intervento delle Corti costituzionali nazionali possano essere un baluardo sufficiente per la tutela efficace dei diritti fondamentali anche qualora la questione sia in linea di principio inquadrabile nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Il sistema di tutela proprio del diritto dell'Unione rimane sullo sfondo, pronto ad intervenire in via sussidiaria qualora, eccezionalmente, questa “apertura di fiducia” porti ad un risultato che non sia conciliabile con i principi di base dell'ordinamento dell'Unione.

Sul versante della giurisprudenza costituzionale, dopo una iniziale obiettiva poca chiarezza, sembra ora che la posizione della Consulta tenda a convergere con quella della Corte di giustizia, dimostrando, anzi, per alcuni versi una mag-

<sup>62</sup> Art. 267 TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*.

<sup>63</sup> Rimane il problema di capire se sia più opportuno che lo scrutinio di validità venga richiesto dal giudice comune o dalla Corte costituzionale: se è vero che le valutazioni possono essere differenti e che la Corte costituzionale può essere nella posizione più adatta per individuare le questioni di validità riguardanti la Carta da sottoporre alla Corte di giustizia, è d'altro canto vero anche che, per ragioni di speditezza dell'intervento, la soluzione migliore è che il coinvolgimento della Corte di giustizia avvenga appena il problema viene prospettato dinanzi al giudice comune.

<sup>64</sup> F. DONATI, *I principi del primato*, cit., p. 120.

<sup>65</sup> Ne consegue che al giudice costituzionale non può essere consentita una valutazione “prioritaria” di una legge interna che recepisce fedelmente una direttiva, in quanto questo intervento si porrebbe in frontale contrasto con la competenza riservata al giudice dell'Unione dall'art. 267 TFUE, di giudicare sulla validità degli atti comunitari. Cfr. la sentenza *Melki e Abdeli*, cit., punti 54 e ss.

giore coerenza con alcuni principi di base<sup>66</sup>. Qualora l'atto dell'Unione lasci un margine di manovra al legislatore interno, allora la norma di attuazione sarà in linea di principio sottoponibile ad un potenziale doppio sistema di controllo, quello costituzionale e quello europeo: il "nuovo corso" inaugurato con la sentenza 269 del 2017 e meglio precisato nelle pronunce successive comporta infatti che, pur in presenza di una norma-parametro di diritto dell'Unione dotata di efficacia diretta, il "percorso europeo", come in precedenza definito, non è più l'unico percorribile, potendo il giudice *scegliere* di investire la Corte costituzionale. Rimane tuttavia il problema di capire, da un lato, in base a quali criteri il giudice si orienterà verso l'una o l'altra soluzione; dall'altro, una volta investita la Corte costituzionale, se l'invocazione contestuale di parametri costituzionali interni e (interposti) comunitari richieda a sua volta una scelta e, in caso positivo, sulla base di quali criteri. A questi due problemi sono dedicate le valutazioni conclusive che seguono.

Per quel che concerne la prima questione, ribadita l'inopportunità, per i motivi indicati, di un doppio rinvio contestuale, la situazione oggi è più chiara in quanto è stato rimosso dalla stessa Consulta l'obbligo di coinvolgimento prioritario della Corte costituzionale preconizzato nell'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269 del 2017. Come da più parti evidenziato, quella ricostruzione del sistema portava con sé il rischio di confliggere con la diversa posizione assunta dalla Corte di giustizia, la quale ha sempre insistito sulla indispensabilità del pieno, immediato ed effettivo esercizio dei poteri attribuiti dall'ordinamento dell'Unione ai giudici nazionali, derivanti dal principio fondamentale del primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale. La giurisprudenza più recente, pur

---

<sup>66</sup> Mi riferisco alla chiara presa di posizione più recente (v. sentenza 63 del 2019 e ordinanza 117 del 2019) nel senso di riconoscere senza riserve in capo al giudice comune il potere/dovere di disapplicazione immediata della legge anticomunitaria, mentre alcune pronunce della Corte di giustizia consentono che, se il sistema nazionale di controllo della costituzionalità delle leggi così richiede, il potere di disapplicazione possa essere *temporaneamente sospeso* in attesa dello svolgimento del controllo prioritario di costituzionalità. Mi riferisco ovviamente alle citate sentenze *Melki e Abdeli* e *A. c B.* Sul punto mi permetto di rinviare a R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità*, cit. Significativo che, dal punto di vista della dottrina francese, si confermi che con la sentenza *Melki e Abdeli* "la CJUE accepte l'idée que la QPC puisse empêcher le juge national de «laisser immédiatement inappliquée» une loi jugée contraire au droit UE" (cfr. E. LAFFAILLE, *L'ordre constitutionnel français et l'ordre constitutionnel UE. Guerre des Constitutions. Guerre des juges?*, in *Osservatorio delle fonti*, 2016, p. 2/2017, p. 1 e ss., a pag. 12. Secondo A. TIZZANO (*Sui rapporti*, cit., p. 18), La pronuncia *Melki e Abdeli* deve essere intesa come "il punto massimo cui la Corte si è spinta in relazione ad una disposizione sollecitata dalle specifiche esigenze di uno Stato membro". Per una aggiornata ed esaustiva valutazione di insieme di queste problematiche v. F. DONATI, *I principi del primato*, cit..



presentandosi come adottata nel solco delle precedenti, appare muoversi nella direzione di ristabilire, almeno in parte, il necessario ordine<sup>67</sup>. Certamente, la sentenza n. 63 del 2019 (così come le successive) conferma la svolta operata dalla 269 del 2017, in quanto ritiene ammissibile la q/c relativa ad un asserito contrasto tra la legge interna e l'art. 49, par. 1, della Carta, nella parte in cui vieta (anche) agli Stati membri, qualora operino per dare attuazione alle regole dell'Unione, di disporre il divieto di retroattività delle norme penali più favorevoli. La Corte risponde infatti all'eccezione di inammissibilità, sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, ribadendo che "a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti".

A questa inequivocabile affermazione si aggiunge però una precisazione che comporta il superamento della rigidità presente nel *dictum* della sentenza 269 del 2017: rimane infatti fermo il potere (che nell'ordinanza n. 117 del 2019 viene riqualificato in *dovere*) del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

In concreto, il giudice comune<sup>68</sup> ha recuperato (o meglio, visto confermato) il ruolo di garante dell'immediata risposta alla richiesta di giustizia procedendo, in presenza delle note condizioni, alla immediata disapplicazione della regola interna ritenuta non conforme alla Carta. Eventuali dubbi sull'interpretazione della Carta (e quindi, indirettamente sulla compatibilità con la stessa della legge interna) possono (o devono, trattandosi di giudice di ultima istanza) essere risolti grazie all'attivazione del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Come è facilmente intuibile, sarà questo il metodo prescelto più spesso nella pratica giudiziaria, almeno per due motivi: in primo luogo, per la speditezza della tutela; in secondo luogo, in quanto consente quella valorizzazione del ruolo del giudice

<sup>67</sup> G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019.

<sup>68</sup> Si tenga presente, poi, che notoriamente il principio della disapplicazione coinvolge non solo le autorità giurisdizionali ma anche quelle amministrative. La regola di priorità prospettata nella sentenza 269 del 2017 non teneva per nulla conto degli effetti sul potere/dovere di disapplicazione che incombe sull'amministrazione, con la conseguenza (abbastanza paradossale) che quello che non era consentito al giudice – disapplicare la legge interna per contrasto con la Carta – non veniva (né poteva esserlo) vietato all'amministrazione.

comune del diritto dell'Unione (il giudice della singola controversia) e del dialogo diretto con la Corte di giustizia menzionata anche dalla Corte d'appello di Napoli nell'ordinanza commentata in precedenza. È ovvio che questa soluzione porta con sé il problema (di certo non nuovo) della formale vigenza della legge anti-comunitaria: ma la soluzione a questo problema, come anticipato, non può essere quella di forzare le regole del processo costituzionale consentendo uno scrutinio che prescindendo dalla rilevanza della questione di legittimità, ma di fare uso del (poco valorizzato in molte analisi recenti ma frequente nella prassi) sistema generale di rimozione dall'ordinamento delle norme contrarie alle regole dell'Unione, vale a dire la loro abrogazione con la legge comunitaria annuale adottata secondo le procedure previste dalla legge n. 234 del 2012.

Rimane tuttavia a disposizione del giudice comune l'alternativa della rimessione di questioni di legittimità costituzionale, alla quale può ricorrere qualora voglia valorizzare il primo baluardo di tutela sostanziale dei diritti fondamentali, quello nazionale: questa soluzione (che la Corte di giustizia accetta alle condizioni prima indicate e di cui, come già visto, la Corte costituzionale prende atto senza più contestarla in punto di ammissibilità) può essere la più adatta qualora le esigenze di uniformità siano meno impellenti, ad esempio quando la norma europea oggetto di intervento di attuazione (e rispetto alla quale sia la Carta, sia la Costituzione possono fungere da parametro di legittimità) lasci un ampio margine di intervento agli Stati membri. Può trattarsi di direttive non dettagliate (è il caso, nella prospettiva della Corte costituzionale, della sentenza 20 del 2019), ovvero di interventi nazionali che coinvolgano la scelta delle misure sanzionatorie in caso di violazione di regole sostanziali derivanti da atti dell'Unione, in assenza di interventi di armonizzazione relativi a dette misure (è il caso della sentenza n. 63 del 2019). In queste circostanze, in applicazione del principio di prossimità, la scelta dovrebbe essere guidata da un'analisi obiettiva della maggiore vicinanza della fattispecie ad un ordinamento piuttosto che all'altro.

Nulla osta quindi, dal punto di vista sia del diritto dell'Unione, sia delle regole costituzionali interne, che la scelta del giudice non sia quella di intervenire in maniera immediata per far fronte a situazioni di conflitto tra una legge interna e la Carta, quanto piuttosto quella di sospendere il giudizio e chiedere l'intervento della Corte costituzionale.

Resta ferma tuttavia la possibilità (alquanto remota) che detto intervento sia la prima ma non l'ultima parola, in quanto, come prima ricordato, l'applicazione degli standard *nazionali* di tutela dei diritti fondamentali non può compromettere il livello di tutela della Carta, come interpretata dalla Corte di giustizia, oppure i pilastri sui quali l'intero sistema di integrazione voluto dai trattati istitutivi si poggia: il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Ed allora (e questo potrebbe essere un suggerimento per il migliore utilizzo di questo nuovo siste-

ma) ritengo sia utile che il giudice *a quo*, in sede di redazione dell'ordinanza di rimessione alla Consulta in punto di non manifesta infondatezza e quindi di esposizione dei dubbi di costituzionalità, precisi se la soluzione prospettata alla Corte costituzionale sia tale da *escludere* i rischi su indicati, ovvero che sia la stessa Corte, nel fornire la sua soluzione, a motivarla anche alla luce dell'impatto sui parametri europei su richiamati. Questo risultato sarebbe per definizione raggiunto qualora la portata del diritto tutelato dalla norma-parametro venga intesa in conformità con la lettura europea del diritto corrispondente della Carta: come vedremo, questo modello di *circolarità virtuosa* non è certo estraneo alla recente giurisprudenza costituzionale.

Ulteriore possibilità, in teoria, è quella di cumulare i due percorsi da cui abbiamo preso le mosse, consentendo cioè al giudice comune *sia* di disapplicare la legge contraria alla Carta, *sia* di rivolgersi alla Corte costituzionale per ottenerne la rimozione definitiva in quanto contraria alla Costituzione. Soluzione, questa, che si presta alle stesse critiche prima rivolte al “doppio rinvio”, comportando anche forzature di non poco conto dal punto di vista processuale: quale sarebbe la rilevanza di una questione di costituzionalità rispetto ad una legge già disapplicata in quanto incompatibile con le regole comunitarie? <sup>69</sup>

In definitiva, mi sembra che mescolare le carte, attraverso un uso contestuale dei due “percorsi”, porti inevitabilmente a complicazioni che, oltre ad essere per definizione difficilmente gestibili, sono anche, alla prova dei fatti, inutili.

Il cumulo dei percorsi si rinvia invece, nuovamente, nella recentissima ordinanza n. 182 del 2020, con la quale la Corte costituzionale ha posto alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale concernente l'interpretazione dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali. In breve, la Consulta è stata chiamata dalla Corte di Cassazione a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina degli assegni di natalità e di maternità, contenute rispettivamente nell'art. 1, comma 125, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, recante «Disposizioni per la formazione del

<sup>69</sup> Secondo F. DONATI (*I principi del primato, cit.*, p. 123 e ss.) le criticità in tema di rilevanza della questione di legittimità costituzionale potrebbero essere superate attraverso la *sospensione* in via cautelare degli effetti della legge sospettata di violare sia la Carta, sia la Costituzione, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. La legge, quindi, rimarrebbe formalmente in vigore, avendone il giudice solo sospeso gli effetti, il che consentirebbe di superare i problemi di rilevanza della q/c prima ricordati. Mi pare che anche questa soluzione (che comunque troverebbe spazio soltanto in presenza, nella specifica fattispecie, dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, non potendosi la sospensione dell'efficacia di una legge giustificare per il solo motivo di dover attendere la pronuncia della Corte costituzionale), pur ben argomentata, non riesca a dissipare tutti i dubbi sopra rappresentati rispetto al cumulo di rimedi che dovrebbero, a mio avviso, essere intesi come reciprocamente escludenti.

bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)» e nell'art. 74 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella misura in cui dette norme escludono dal beneficio il cittadino extracomunitario non dotato del permesso di soggiorno di lungo periodo. Nelle ordinanze del 17 giugno 2019, la Cassazione indicava come parametri del giudizio di costituzionalità sia norme costituzionali (artt. 3 e 34), sia, attraverso il prisma dell'art. 117 Cost, la direttiva 2011/98/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, in combinato disposto con il regolamento (CE) n. 883/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Non escludendo, anche in questo caso, di risolvere il caso con il solo riferimento al principio costituzionale interno di uguaglianza, la Corte costituzionale ha comunque ancora una volta ritenuto indispensabile chiedere un chiarimento alla Corte di giustizia.

È evidente che questa nuova tappa del dialogo diretto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia merita un approfondimento che non è possibile effettuare in questa sede. È tuttavia interessante notare che nell'ordinanza della Cassazione si motiva la decisione di non risolvere il problema con l'immediata disapplicazione della legge per incompatibilità con le regole europee (come invece deciso dai giudici di grado inferiore), in ragione dei diversi (ed evidentemente preferiti) effetti della pronuncia di costituzionalità, sia in termini di eventuale rimozione *erga omnes* delle disposizioni accusate di incostituzionalità, sia in termini di effettuazione di una valutazione della ragionevolezza della scelta legislativa, "frutto di opposti interessi". Entrambe le motivazioni non convincono appieno: quanto alla prima, la disapplicazione è, per costante giurisprudenza comunitaria, lo strumento principe di tutela dei diritti dei soggetti titolari di diritti attribuiti dall'ordinamento dell'Unione; quanto alla seconda, la ponderazione tra le varie esigenze sottese alla scelta legislativa di prevedere limiti soggettivi ad interventi di tutela della maternità non può prescindere dall'interpretazione delle regole europee sul trattamento dei cittadini extracomunitari, per cui avrebbe avuto più senso, anche da questo punto di vista, muovere il primo passo in direzione del Lussemburgo.

## **6. Il rapporto tra parametri interni e parametri europei nel giudizio della Corte costituzionale**

Rimane da valutare brevemente l'ultima questione alla quale si è fatto prima cenno, cioè quella relativa alla scelta dei parametri da utilizzare qualora la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in conseguenza della volontà espressa

dal giudice comune di preferire la strada “interna”, si trovi di fronte a dubbi di legittimità costituzionale che coinvolgano sia le regole di vertice nazionali, sia quelle comunitarie (la Carta). La posizione della Corte costituzionale sul punto è nota: in più occasioni ha precisato di non intendere il proprio ruolo di controllo della costituzionalità delle leggi soggetto ad alcuna limitazione, potendo essa decidere “alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato”<sup>70</sup>.

Se questa posizione è formalmente ineccepibile (pur comportando inevitabilmente un certo margine di incertezza), la prassi dimostra che al momento della scelta la Consulta ha sinora preferito svolgere il suo scrutinio soprattutto sulla base dei parametri costituzionali *interni*, ma con l’accortezza di fornire un’interpretazione dei parametri in questione alla luce delle decisioni dei giudici europei relative al diritto equivalente inserito nella Carta. Nella sentenza 20 del 2019, ad esempio, ha sostenuto che “Questa Corte deve (...) esprimere la propria valutazione, alla luce *innanzitutto*<sup>71</sup> dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale”. Coerentemente, “avendo la facoltà di decidere l’ordine delle censure da affrontare”, la Corte ha svolto alla luce dell’art. 3 Cost. la valutazione della legge sottoposta al suo scrutinio in tema di riservatezza dei dati reddituali dei dirigenti pubblici, effettuando un bilanciamento, sulla base del principio di ragionevolezza, tra i due interessi coinvolti (il diritto delle persone al controllo dei propri dati personali e il diritto dei cittadini a conoscere i dati in possesso delle pubbliche amministrazioni). Tuttavia, la Consulta non ha mancato di sottoporre le proprie valutazioni – ed in particolare il suo modo di approcciarsi al problema del bilanciamento – ad un test di resistenza, per così dire, alla luce della giurisprudenza comunitaria (cfr. punto 3.1).

Lo stesso approccio mi sembra sia riscontrabile nelle pronunce successive. Nella sentenza n. 63 del 2019, pur premettendo che “il principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale è (...) fondato, secondo la giurisprudenza di questa Corte, tanto sull’art. 3 Cost., quanto sull’art. 117, primo comma, Cost.”, di fatto svolge la sua analisi alla luce del primo, anche se la giurisprudenza comunitaria – ma soprattutto quella della Corte di Strasburgo – è ripetutamente chiamata a sostegno della soluzione prescelta. Nella stessa

<sup>70</sup> Sentenza 20 del 2019, punti 2.1.

<sup>71</sup> Corsivo aggiunto.

direzione mi sembra si muova anche il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale nella sentenza 112 del 2019: in quella pronuncia di certo i parametri comunitari e della CEDU sono maggiormente valorizzati, ma in sostanza ciò avviene a conferma di una conclusione (in merito alla (s)proporzionalità della risposta sanzionatoria ad un illecito amministrativo), raggiunta soprattutto alla luce degli artt. 3 e 42 Cost.

Significativa è infine la pronuncia più recente (44 del 2020) in tema di accesso all'edilizia pubblica: anche in questo caso<sup>72</sup> la Corte ha preferito pronunciarsi (negativamente) sulla legge impugnata riscontrando una violazione dell'art. 3 Cost., interpretato alla luce delle regole della Carta in materia di diritti sociali.

In definitiva, pur confermando che tra gli strumenti a sua disposizione si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), esercitando la facoltà di scegliere i parametri più opportuni in base alle peculiarità della fattispecie la Corte costituzionale preferisce ricorrere a quello interno come "primo" fronte di valutazione della legge rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.<sup>73</sup> Tuttavia, lo scrutinio effettuato in base ai parametri interni viene *arricchito* da riferimenti alla Carta ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Non si riscontrano, invece, casi di applicazione preferenziale delle norme della Carta intese come parametro interposto tramite gli artt. 11 e 117 Cost.: potendo effettuare una scelta, la Corte non ha mai (sinora) inteso rivolgere la propria attenzione in modo prioritario ai vizi di costituzionalità riferiti alla violazione del diritto dell'Unione. Si è prima sottolineato come questa scelta risulti coerente

---

<sup>72</sup> Nello stesso modo la Corte si era peraltro orientata in precedenza valutando altre leggi regionali nella medesima materia: cfr. ad es. la sentenza 168 del 2014.

<sup>73</sup> Mi sembra che questa scelta sia anche in linea con l'esigenza, più volte rappresentata nella giurisprudenza della Consulta (cfr. sentenze nn. 269 del 2017 e 20 del 2019, nonché ordinanza n. 117 del 2019), di consentire alla Corte costituzionale di "contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, par. 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti": è evidente che un tale contributo alla ricostruzione dei principi generali che, per definizione, spetta alla Corte di giustizia si realizza quando le corti supreme interpretano le norme di vertice *nazionali* corrispondenti a quelle della Carta, e non, come a volte si sostiene, quelle della Carta stessa. Cfr. sul punto le condivisibili valutazioni di E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., p. 45 e ss.

con un sistema integrato di tutela dei diritti ispirato al principio di prossimità. Peraltro, qualora il contrasto si realizzi con norme della Carta provviste di effetto diretto, il rimedio della disapplicazione rimane senz'altro da preferire per la sua immediatezza ed efficacia, risultando in ultima analisi contraddittorio che, considerata anche la delicatezza della materia dei diritti umani, il giudice comune riscontri un tale contrasto e al contempo non assuma, nel rispetto del principio della ragionevole durata dei processi, tutte le misure utili per fornire la più ampia e rapida tutela al soggetto che la richiede.





## La «doppia pregiudiziale» e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi «in prima battuta»<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa: la «doppia pregiudiziale» (costituzionale ed europea). – 2. Il *novum* costituito dal superamento della «doppia pregiudiziale». – 3. L'area di possibile sovrapposizione di parametri europei di «impronta tipicamente costituzionale» (la Carta: Cdfue) e interni (la Costituzione). – 4. La conferma del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale. – 5. L'individuazione della Corte chiamata a pronunciarsi «in prima battuta» e i percorsi processuali possibili. – 6. Priorità dell'incidente di costituzionalità seguito dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 6.1. (*segue*) a) Sanzioni per abuso di informazioni privilegiate in materia di intermediazione finanziaria e diritto al silenzio. – 6.2. (*segue*) b) Assegno di natalità e per nuclei familiari in favore di cittadini extracomunitari. – 6.3. (*segue*) c) Mandato di arresto europeo, diritto alla salute e tutela dei cittadini extracomunitari. – 7. Priorità dell'incidente di costituzionalità deciso senza previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 8. Priorità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 8.1. (*segue*) a) Rinvio pregiudiziale seguito dalla decisione del giudizio principale da parte del giudice *a quo*. – 8.2. (*segue*) b) Rinvio pregiudiziale seguito da incidente di costituzionalità sollevato dal giudice *a quo*. – 9. Questione di costituzionalità sollevata contemporaneamente al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. – 10. Considerazione conclusiva.

### 1. Premessa: la «doppia pregiudiziale» (costituzionale ed europea)

Giova premettere il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte costituzionale sul canone della «doppia pregiudiziale» (costituzionale ed europea), che si è sviluppata nel corso degli anni, a partire dagli anni sessanta<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il testo – pubblicato anche in *Foro it.*, 2022, V, 1 – riprende, in termini essenziali e con l'aggiunta di note limitate ai soli riferimenti giurisprudenziali, la relazione tenuta il 12 novembre 2021 nel corso P21089 «Fonti del diritto e giurisprudenza sovranazionali. Strumenti di tutela e di soluzione delle antinomie» della Scuola superiore della magistratura.

<sup>2</sup> Per una ricognizione delle varie fasi in cui si è sviluppata questa giurisprudenza sia consentito

Può dirsi, in sintesi, che, in passato (e per lungo tempo), si è ritenuto che tra i presupposti di ammissibilità del giudizio di costituzionalità, quando la questione coinvolgeva la compatibilità comunitaria di una disposizione interna, ci fosse – una volta affermato il primato del diritto comunitario, ora europeo (nel senso di eurounitario) – una previa verifica pregiudiziale che condizionava l'ammissibilità della questione stessa.

In tale evenienza la giurisprudenza<sup>3</sup> riteneva sussistere l'onere per il giudice rimettente di operare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia prima di sollevare la questione incidentale di costituzionalità. L'affermazione generalizzata di questo onere si fondava essenzialmente sull'astensione da parte della corte di procedere all'interpretazione della norma comunitaria che non fosse di chiara evidenza (il c.d. atto chiaro): doveva essere il giudice rimettente a farsi carico dell'interpretazione della norma comunitaria per consegnare alla corte un'«interpretazione certa e affidabile», che assicurasse l'effettiva (e non già ipotetica e comunque precaria) rilevanza e la non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che, nel raffronto con un parametro di costituzionalità, risentisse, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria.

Da ciò conseguiva questo onere generalizzato per tutti i giudici «comuni» (intendendosi per tali i giudici ordinari e speciali) che dall'interpretazione della normativa comunitaria facessero discendere conseguenze, dirette o indirette, a fondamento di un dubbio di legittimità costituzionale: prima di investire la Corte costituzionale il giudice nazionale doveva provocare l'interpretazione della Corte di giustizia e ciò era ritenuto essere pregiudiziale rispetto all'incidente di costituzionalità. Era questa la c.d. dottrina della «doppia pregiudiziale», secondo cui «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità»<sup>4</sup>.

## 2. Il *novum* costituito dal superamento della «doppia pregiudiziale»

Il nuovo corso giurisprudenziale, che rettifica la dottrina della «doppia pregiudiziale», muove dalla sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale<sup>5</sup>.

---

richiamare G. AMOROSO, *La doppia pregiudizialità – costituzionale ed europea – nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2020, V, 265.

<sup>3</sup> A partire da Corte cost. 29 dicembre 1995, n. 536, *Foro it.*, 1996, I, 783. In seguito *ex plurimis* Corte cost. 18 luglio 2014, n. 216, *id.*, 2015, I, 1171; 30 marzo 2012, n. 75, *id.*, 2013, I, 3397; 24 giugno 2010, n. 227, *id.*, 2010, I, 2951.

<sup>4</sup> Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Corte costituzionale*, n. 40 e *Giur. costit.*, 2007, 2780.

<sup>5</sup> Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269, *Foro it.*, 2018, I, 26.

C'è stato, in sintesi, una puntualizzazione che attiene alle condizioni di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità quando la disposizione interna entra in frizione con la normativa europea, sia di diritto primario che derivato, allegata come parametro interposto *ex art. 117, 1° comma, Cost.* Ciò riguarda l'ambito del sindacato di costituzionalità in via incidentale, condizionato dalla rilevanza (e quindi dall'ammissibilità) delle questioni, mentre invariata rimane l'area di operatività del possibile rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte dei giudici comuni: l'ampliamento del primo non è a scapito del secondo.

La corte, per un verso, conferma la propria giurisprudenza ribadendo che il contrasto con il diritto dell'Unione europea, attenendo alla operatività della norma oggetto dell'incidente di costituzionalità, investe la rilevanza della questione, sicché il giudice comune, nel sollevarla, deve farsene carico, pena l'inammissibilità della questione stessa.

Quindi in generale, con riferimento ai giudizi in via incidentale, viene innanzi tutto ribadito il principio del primato del diritto europeo. E per far ciò la corte ripropone la distinzione tra diritto europeo direttamente applicabile, e non, secondo che sia, o meno, *self-executing*. Ricorda la corte – collocandosi nella scia della giurisprudenza propria<sup>6</sup> e di quella della Corte di giustizia<sup>7</sup> – che il contrasto con il diritto dell'Unione europea condiziona l'applicabilità della norma censurata nel giudizio principale, innanzi al giudice comune, e di conseguenza la rilevanza della questione di legittimità costituzionale soltanto quando la norma europea è dotata di effetto diretto.

Per altro verso, la corte afferma che, quando invece la normativa europea è priva di efficacia diretta, il giudice comune non disapplica la norma interna, ma non può nemmeno applicarla se dubita della sua compatibilità europea e quindi non può non sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale per contrasto con il diritto europeo, oltre eventualmente anche con parametri interni. In tale evenienza è la Corte costituzionale che – senza che il giudice rimettente sia tenuto ad attivare previamente il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia (secondo quello che era il canone della «doppia pregiudiziale») – opera lo scrutinio della norma interna in riferimento ai parametri europei in quanto interposti *ex art. 117, 1° comma, Cost.* (in ipotesi anche concorrenti con quelli interni), eventualmente facendo lei stessa il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

<sup>6</sup> Fin da Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, *Foro it.*, 1984, I, 2062.

<sup>7</sup> A partire dalla fondamentale pronuncia della Corte di giustizia sul tema del primato del diritto comunitario nel caso *Van Gend en Loos*: Corte giust. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Foro it.*, 1963, I, 449.

C'è, quindi, una correlazione in termini di alternatività tra applicazione diretta della norma europea *self-executing*, per effetto della disapplicazione della disposizione interna, e controllo di costituzionalità sulla base dei parametri europei.

Ove non ricorrano i presupposti dell'applicazione diretta, il giudice nazionale – senza essere tenuto al previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (come si riteneva in passato), ma senza che ciò gli sia precluso – può sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale.

In ciò sta il superamento del canone della «doppia pregiudiziale» e l'affermazione, al contrario, di un «concorso di rimedi giurisdizionali», sicché si possono prospettare, al contempo, una questione di legittimità costituzionale e una questione interpretativa del diritto dell'Unione, privo di efficacia diretta: entrambe pregiudiziali, ma non reciprocamente escludenti.

### **3. L'area di possibile sovrapposizione di parametri europei di «impronta tipicamente costituzionale» (la Carta: Cdfue) e interni (la Costituzione)**

Vi è un'altra puntualizzazione di grande rilevanza nella richiamata sentenza n. 269 del 2017. È la «precisazione» che la corte ritiene necessaria dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che è stata equiparata ai trattati (art. 6, par. 1, Tue). La Carta ha caratteri peculiari in ragione del suo «contenuto di impronta tipicamente costituzionale». Può quindi ben verificarsi che vi sia, al contempo, la violazione di garanzie previste dalla Costituzione e di quelle simmetricamente contemplate dalla Carta dei diritti dell'Unione, quando «i principî e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principî e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana»: una sorta di *overlapping* di parametri europei e nazionali.

È proprio il «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» che colloca le norme della Carta ad un livello superiore, come risulta del resto dallo stesso suo art. 52, par. 5, che prevede che le disposizioni della Carta che contengono principî possono essere invocate dinanzi a un giudice ai fini del controllo di legalità degli atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi diano attuazione al diritto dell'Unione. Quindi costituiscono parametri di legittimità della normativa europea primaria e derivata.

In tale evenienza, ove non vi siano norme di diritto europeo di cui sia possibile predicare la diretta applicabilità nell'ordinamento interno, il giudice del giudizio principale non può non sollevare l'incidente di costituzionalità indicand-

do una o più norme della Carta come parametri interposti, oltre eventualmente parametri diretti.

Se così non fosse – avverte la corte – ci sarebbe una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della normativa interna. Il nostro ordinamento giuridico prevede, in forma accentrata e con effetti *erga omnes*, il controllo di costituzionalità della normativa primaria. Si tratta di una connotazione identitaria dell'ordinamento nazionale, che segna la stessa struttura costituzionale dello Stato e che l'ordinamento europeo riconosce e rispetta, come espressamente previsto dalla c.d. clausola identitaria prevista dall'art. 4, par. 2, del trattato sull'Unione europea. In generale – seppur con riferimento in particolare al principio di legalità in materia penale – la Corte costituzionale ha affermato che «al contempo la legittimazione (art. 11 Cost. italiana) e la forza stessa dell'unità in seno a un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 Tue) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, par. 2, Tue)»<sup>8</sup>.

La conclusione è che, ove una norma sia oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sempre che si verta in materia di rilevanza anche europea (v. anche *infra sub 9*) e che non vi sia un diritto europeo *self-executing*, primario o derivato – va sollevata la questione di legittimità costituzionale; ciò è compatibile con la dottrina del primato del diritto europeo come ritenuto dalla stessa Corte di giustizia<sup>9</sup>, purché i giudici comuni restino liberi di sottoporre alla corte, in qualunque fase del procedimento e anche al termine del giudizio incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria.

Quindi la priorità dell'incidente di costituzionalità non esclude che il giudice comune, il quale assuma che una disposizione interna sia in contrasto con la Carta, possa operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. D'altra parte la stessa Corte costituzionale, adita in ragione della priorità della questione incidentale di legittimità costituzionale, potrebbe essa stessa fare – e recentemente lo ha fatto più volte (v. *infra 6 ss.*) – il rinvio pregiudiziale interpretativo (o di validità) affinché sia la stessa Corte di giustizia a chiarire il contenuto della norma della Carta, indicata come parametro interposto.

In definitiva, questo affermato «concorso di rimedi giurisdizionali» rileva soprattutto allorché la tutela di un determinato diritto fondamentale, quale appron-

<sup>8</sup> Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24, *Foro it.*, 2017, I, 393.

<sup>9</sup> Corte giust. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Unione europea*, n. 1009.

tata dalla Carta nella lettura che ne offre la Corte di giustizia, risulti essere, in ipotesi, superiore a quella prevista dalla corrispondente norma della Costituzione, come interpretata dalla Corte costituzionale, e in tale evenienza quest'ultima ben può essere chiamata ad allineare il livello della tutela.

#### **4. La conferma del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale.**

Il nuovo corso giurisprudenziale è stato successivamente confermato in plurime pronunce.

In particolare – oltre a ribadire che, se c'è una normativa europea pertinente, il giudice comune deve innanzi tutto verificare se questa sia di immediata applicazione sì da comportare la disapplicazione di quella interna con essa contrastante<sup>10</sup> – si è chiarito<sup>11</sup> che rimane fermo «che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale. Ma al contempo si ha che i giudici comuni, sollevando l'incidente di costituzionalità piuttosto che promuovere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedono che sia la Corte costituzionale a pronunciare la «prima parola» sulla disciplina legislativa censurata; la qual cosa è «più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco».

Quindi è ribadito «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>12</sup>.

Anche nel corso del 2021 il nuovo orientamento della giurisprudenza è stato ulteriormente confermato<sup>13</sup>.

#### **5. L'individuazione della corte chiamata a pronunciarsi «in prima battuta» e i percorsi processuali possibili.**

Una volta superata la dottrina della «doppia pregiudiziale», la Corte costituzionale, ripositionandosi in un ruolo più attivo nel dialogo tra giudici na-

---

<sup>10</sup> Corte cost. 15 marzo 2019, n. 52, *ForoPlus*.

<sup>11</sup> Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20, *Foro it.*, 2020, I, 125.

<sup>12</sup> Conf. Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63, *Foro it.*, 2019, I, 2662; 10 maggio 2019, n. 112, *ibid.*, 3422.

<sup>13</sup> Corte cost. 29 marzo 2021, n. 49; 30 luglio 2021, n. 182, *Foro it.*, 2021, I, 2949.



zionali e Corte di giustizia, ha considerato ammissibili questioni di legittimità costituzionale che prima avrebbe giudicato inammissibili con la conseguenza di trovarsi essa nella posizione di operare, quando l'ha ritenuto necessario, il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. Il mutamento di prospettiva è reso evidente anche da ciò: in passato, a partire da quando è stata affermata la dottrina del primato del diritto comunitario, la Corte costituzionale si è astenuta dall'operare il rinvio pregiudiziale, che alla fine ha fatto solo in epoca relativamente recente in un giudizio incidentale<sup>14</sup> (preceduto, in vero, da un rinvio in un giudizio in via principale, dove però non ha mai operato il canone della «doppia pregiudiziale»<sup>15</sup>); in pochi anni tra il 2019 e 2021 – come si dirà – ne ha fatto quattro.

Il «concorso di rimedi giurisdizionali», in chiave non escludente ma complementare, comporta che il percorso maggiormente in sintonia con il nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale sia proprio quello che vede il giudice comune investire «in prima battuta» la Corte costituzionale, la quale, a sua volta, valuta se richiedere, o no, l'intervento della Corte di giustizia operando il rinvio interpretativo pregiudiziale (*infra sub 6 ss.*); rinvio che in passato si è ritenuto<sup>16</sup> essere facoltativo perché nel giudizio incidentale di costituzionalità la Corte costituzionale – proprio per il carattere incidentale di quest'ultimo – non può ritenersi giurisdizione di ultima istanza, tale dovendo considerarsi quella del giudizio principale secondo il relativo regime delle impugnazioni.

Ma è ben possibile che, sollevato l'incidente di costituzionalità con riferimento a parametri europei interposti, la corte, adita «in prima battuta», dia una risposta di merito senza necessità di investire la Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale interpretativo (*infra sub 7*).

L'alternativa è che, invece, ad essere chiamata a pronunciarsi «in prima battuta» sia la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale interpretativo fatto direttamente dal giudice comune, il quale, dopo la restituzione degli atti, può definire il giudizio oppure sollevare l'incidente di costituzionalità chiamando la corte, in tale evenienza, a pronunciarsi in «seconda battuta» (*infra sub 8 ss.*).

Non può, infine, escludersi che un incidente costituzionale e un rinvio pregiudiziale interpretativo investano, parallelamente e contemporaneamente, le due corti (*infra sub 9*).

<sup>14</sup> Corte cost. 18 luglio 2013, n. 207, *Foro it.*, 2013, I, 3059; cfr. anche Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24, *ibid.*, 2017, I, 393.

<sup>15</sup> Corte cost. 15 aprile 2008, n. 103, *Foro it.*, 2009, I, 2009.

<sup>16</sup> Corte cost. n. 168 del 1991, *Foro it.*, 1992, I, 660.

## **6. Priorità dell'incidente di costituzionalità seguito dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia**

Un primo percorso processuale, ripetuto più volte, vede una sorta di triangolazione. Il giudice comune investe «in prima battuta» la Corte costituzionale, indicando come parametri interposti il diritto europeo (Carta, normativa primaria o derivata), in via esclusiva o in concorso con norme della Costituzione. La corte opera il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale poi si pronuncia sul quesito interpretativo proposto. Tenendo conto di quest'ultima, la Corte costituzionale, a sua volta, decide l'incidente di costituzionalità. Infine, restituiti gli atti al giudice rimettente, quest'ultimo definisce il giudizio principale.

È un percorso processuale apparentemente tortuoso e i tempi complessivi di definizione del giudizio si allungano perché opera una duplice sospensione in sequenza, prima del giudizio principale e poi, all'interno di essa, anche del giudizio incidentale di costituzionalità. C'è però, alla fine, il vantaggio di una pronuncia – quella della Corte costituzionale – che ha efficacia *erga omnes*; efficacia che non avrebbe una decisione del giudice comune di disapplicazione della normativa interna ritenuta contrastante con il diritto europeo.

Se ne giovano la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici.

Le fattispecie che riproducono questo percorso processuale sono state, finora, le seguenti.

### **6.1. (segue) a) Sanzioni per abuso di informazioni privilegiate in materia di intermediazione finanziaria e diritto al silenzio.**

In un caso la Corte di cassazione<sup>17</sup> ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale degli art. 187 *quinquiesdecies* e 187 *sexies* d.leg. n. 58 del 1998 (t.u.f.) – in riferimento, tra gli altri, agli art. 17, 47 e 49 della Carta indicati come parametri interposti – nella parte in cui sanzionano la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, in riferimento alla condotta di abuso di informazioni privilegiate.

La Corte costituzionale ha separato il giudizio sulle due disposizioni censurate. Ha ritenuto di poter decidere immediatamente la questione relativa all'art. 187 *sexies* cit., dichiarando costituzionalmente illegittima tale disposizione nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto

---

<sup>17</sup> Cass. 16 febbraio 2018, n. 3831, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, nn. 96, 98, e *Giornale dir. amm.*, 2018, 368.

dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto<sup>18</sup>. Contestualmente con ordinanza<sup>19</sup> la stessa corte ha operato il rinvio pregiudiziale, sia interpretativo che di validità, alla Corte di giustizia con riferimento all'art. 187 *quinquiesdecies*, cit., domandando se l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/Ce, e l'art. 30, par. 1, lett. *b*), del regolamento (Ue) 596/2014 dovessero essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura «punitiva».

Investita da tale rinvio, la Corte di giustizia<sup>20</sup> ha ritenuto che tanto l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6, quanto l'art. 30, par. 1, lett. *b*), del regolamento 596/2014, si prestano ad una interpretazione conforme agli art. 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Ha quindi concluso che gli evocati parametri europei consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente, si rifiuti di fornirle risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

In seguito la Corte costituzionale<sup>21</sup>, pronunciandosi in «seconda battuta», ha dichiarato l'illegittimità costituzionale altresì dell'art. 187 *quinquiesdecies* cit. nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

## 6.2. (segue) b) Assegno di natalità e per nuclei familiari in favore di cittadini extracomunitari.

Un percorso analogo riguarda l'assegno di natalità e quello per nuclei familiari con almeno tre figli minori.

La Corte di cassazione, con plurime ordinanze<sup>22</sup>, ha censurato la normativa interna nella parte in cui richiede ai cittadini extracomunitari, al fine dell'eroga-

<sup>18</sup> Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, *Foro it.*, 2019, I, 3422.

<sup>19</sup> Corte cost. 10 maggio 2019, n. 117, *Foro it.*, 2019, I, 3421.

<sup>20</sup> Corte giust. 2 febbraio 2021, causa C-481/19, <[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)>.

<sup>21</sup> Corte cost. 30 aprile 2021, n. 84, *Foro it.*, 2021, I, 2279.

<sup>22</sup> Cass. 17 giugno 2019, n. 16166, *ForoPlus*, e altre.

zione di tali prestazioni, anche la titolarità del permesso unico per soggiornanti di lungo periodo, senza che sia sufficiente la titolarità del permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno; ciò comporterebbe la violazione degli art. 20, 21, 24, 33 e 34 Cdfue, che enunciano il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazioni, anche per cittadinanza, e riconoscono il diritto dei bambini «alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere», garantendo «la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale» nonché «il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione».

A seguito delle ordinanze di rimessione la Corte costituzionale<sup>23</sup> ha operato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se l'art. 34 Cdfue debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità e se, pertanto, il diritto dell'Unione osti ad una normativa nazionale che non estende agli stranieri, titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva, tali provvidenze, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo.

La Corte di giustizia<sup>24</sup> ha ritenuto che l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE del parlamento europeo e del consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla procedura di domanda per il rilascio di un permesso unico (che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro), deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi dal beneficio di un assegno di natalità e di un assegno di maternità previsti da detta normativa.

A seguito di tale decisione la Corte costituzionale, alla quale gli atti sono stati restituiti, si è pronunciata accogliendo la questione<sup>25</sup>.

### **6.3. (segue) c) Mandato di arresto europeo, diritto alla salute e tutela dei cittadini extracomunitari.**

La corte ha operato due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia ritenendo che spetti in primo luogo a quest'ultima stabilire in quali casi – oltre quelli previsti dalla legge nazionale e dalla decisione quadro 2002/584/Gai – l'autorità giudiziaria italiana può rifiutarsi di dare esecuzione a un mandato d'arresto europeo.

In un caso<sup>26</sup> il giudice rimettente aveva censurato la normativa nazionale nella parte in cui non prevede, quale motivo di rifiuto della consegna, ragioni di salute

---

<sup>23</sup> Corte cost. 30 luglio 2020, n. 182, cit..

<sup>24</sup> Corte giust. 2 settembre 2021, causa C-350/20, *Foro it.*, 2021, IV, 534.

<sup>25</sup> Corte cost. 4 marzo 2022, n. 54, <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

<sup>26</sup> Corte cost. 18 novembre 2021, n. 216, <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta. La corte ha ritenuto pregiudiziale l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, del quale la legge nazionale censurata costituisce specifica attuazione, e quindi, con rinvio interpretativo alla Corte di giustizia, ha chiesto se l'art. 1, par. 3, della citata decisione quadro, letto alla luce degli art. 3, 4 e 35 Cdfue, debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona, afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili, possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole.

Nell'altro caso<sup>27</sup> il giudice rimettente aveva censurato la medesima normativa nazionale con riferimento, come parametri interposti, anche alle disposizioni della suddetta decisione quadro e all'art. 7 Cdfue. La corte ha operato il rinvio pregiudiziale interpretativo domandando alla Corte di giustizia se la richiamata normativa europea osti a una disciplina, come quella italiana, che – nel quadro di una procedura di mandato di arresto europeo finalizzato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza – precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo.

## **7. Priorità dell'incidente di costituzionalità deciso senza previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.**

È possibile che la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale con riferimento (anche o solo) a parametri interposti europei, non solo la ritenga in rito ammissibile, dando dichiaratamente continuità al nuovo corso della giurisprudenza, ma anche entri nel merito delle censure senza fare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In un caso, con riguardo alle concessioni del gioco del bingo, rilasciate dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, la corte<sup>28</sup>, investita della questione della legittimità costituzionale del regime della c.d. proroga tecnica in riferimento a norme sia della Costituzione, sia della Carta, ha affermato l'ammissibilità anche

<sup>27</sup> Corte cost. 18 novembre 2021, n. 217, <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

<sup>28</sup> Corte cost. 29 marzo 2021, n. 49 <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

delle censure di violazione di queste ultime, come parametri interposti. Pervenendo poi, nel merito, ad una pronuncia di non fondatezza, la corte ha osservato che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle disposizioni della Cdfue si sovrappongono con i valori costituzionali dell'uguaglianza, della ragionevolezza e della libertà dell'iniziativa economica privata. Sicché, accertata l'insussistenza della lesione del canone di ragionevolezza (art. 3 Cost.), non sussiste neppure la violazione degli analoghi principî, desumibili dagli art. 20 e 21 Cdfue, di eguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione. Allo stesso modo – esclusa la violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) – non ricorre neppure la violazione dell'art. 16 Cdfue, che contiene il riconoscimento della libertà d'impresa.

In altro giudizio, in cui erano evocati unicamente parametri europei interposti e in particolare (oltre all'art. 6, par. 2, Cedu) l'art. 48 Cdfue e la direttiva 2016/343/Ue, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza, emanata in attuazione dell'art. 82, par. 2, lett. b), trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), la corte<sup>29</sup> ha affermato, in generale, l'ammissibilità di censure riferite al diritto europeo derivato «ove non ricorrano i presupposti della non applicabilità della normativa interna contrastante con quella europea». Nel merito, poi, la corte ha ritenuto che la disposizione censurata (art. 578 c.p.p.) non violasse il diritto dell'imputato alla presunzione di innocenza come riconosciuto nell'ordinamento dell'Unione europea e come declinato nell'ordinamento convenzionale dalla giurisprudenza della Corte Edu; garanzia questa in sintonia con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, 2° comma, Cost.

## **8. Priorità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia**

Un percorso processuale alternativo è quello che vede il giudice comune investire direttamente la Corte di giustizia, com'era di regola, in passato, quando operava il canone della «doppia pregiudiziale».

### **8.1. (segue) a) Rinvio pregiudiziale seguito dalla decisione del giudizio principale da parte del giudice a quo**

In un caso la Corte di cassazione<sup>30</sup> ha ritenuto di fare direttamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sottoponendole una questione interpretativa relativa al diritto del lavoratore subordinato all'indennità compensativa delle ferie

---

<sup>29</sup> Corte cost. 30 luglio 2021, n. 182, cit..

<sup>30</sup> Cass. 10 gennaio 2019, n. 451, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1265.

non godute. In particolare ha chiesto se l'art. 7 par. 2 della direttiva 2003/88 e l'art. 31, punto 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dovessero essere interpretati nel senso di ostare a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali, cessato il rapporto di lavoro, il diritto al pagamento di una indennità pecuniaria per le ferie maturate e non godute non insorge ove il lavoratore non abbia potuto farlo valere, prima della cessazione, per fatto illegittimo (licenziamento accertato in via definitiva dal giudice nazionale con pronuncia comportante il ripristino retroattivo del rapporto lavorativo), addebitale al datore di lavoro, limitatamente al periodo intercorrente tra la condotta datoriale e la successiva reintegrazione.

Dopo la pronuncia della Corte di giustizia<sup>31</sup> la Cassazione – ritenendo che, nella specie, ricorressero i presupposti per disapplicare la normativa interna contrastante con quella europea – ha deciso il giudizio principale<sup>32</sup> e ha riconosciuto che il lavoratore, il quale, dopo essere stato illegittimamente licenziato, era stato reintegrato nel posto di lavoro a seguito dell'annullamento giudiziale del recesso, ha diritto all'indennità sostitutiva delle ferie, delle festività e dei permessi, maturati e non goduti nell'arco temporale tra il licenziamento e la reintegrazione, poiché, pur in assenza di lavoro effettivo, tale situazione deve essere equiparata – secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia – a quella della sopravvenuta inabilità al lavoro per malattia, trattandosi in entrambi i casi di impossibilità di esecuzione della prestazione per cause imprevedibili e indipendenti dalla volontà del lavoratore.

## 8.2. (segue) b) Rinvio pregiudiziale seguito da incidente di costituzionalità sollevato dal giudice a quo

In un altro caso parimenti la Corte di cassazione<sup>33</sup> ha innanzi tutto fatto il rinvio interpretativo pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 13 dicembre 2011 n. 2011/98/Ue, nonché il principio di parità di trattamento tra titolari del permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale nella quale, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare, al fine del calcolo dell'assegno di sostegno alla famiglia, sono esclusi i familiari del lavoratore soggiornante di lungo periodo e appartenente a Stato terzo, qualora gli stessi risiedano presso il paese terzo d'origine.

<sup>31</sup> Corte giust. 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18, C-37/19, *Foro it.*, 2020, IV, 403.

<sup>32</sup> Cass. 8 marzo 2021, n. 6319, *ForoPlus*.

<sup>33</sup> Cass. 1° aprile 2019, n. 9022, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Previdenza sociale*, n. 420.



La Corte di giustizia<sup>34</sup> ha riconosciuto il diritto all'assegno familiare per lavoratore con permesso di soggiorno, anche se il coniuge e i figli risiedono all'estero.

Dopo la restituzione degli atti la Corte di cassazione, diversamente dall'ipotesi precedente (*sub* 8.1), ha sollevato l'incidente di costituzionalità, ritenendo che, una volta chiarita la portata del diritto europeo, il ricorso non potesse essere deciso con la tecnica della disapplicazione della normativa interna contrastante con quella europea.

La Corte costituzionale è stata, quindi, chiamata a pronunciarsi in «seconda battuta», ma ha dichiarato inammissibile la questione<sup>35</sup> ritenendo che spettasse alla Corte rimettente trarre come conseguenza della citata pronuncia della Corte di giustizia la disapplicazione della normativa interna contrastante con quella europea.

## **9. Questione di costituzionalità sollevata contemporaneamente al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia**

Si è altresì verificato che il giudice abbia contemporaneamente sollevato l'incidente di costituzionalità e operato il rinvio pregiudiziale interpretativo, così investendo simultaneamente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia<sup>36</sup>. La questione riguardava la disciplina dei licenziamenti collettivi che, a seguito del c.d. Jobs Act (d.leg. 4 marzo 2015 n. 23), vedeva regole processuali e sostanziali diverse secondo che i lavoratori eccedentari fossero stati assunti prima o dopo il 7 marzo 2015. Questa circostanza – secondo il giudice rimettente – non giustificava, sul piano delle garanzie costituzionali ed europee, tale disciplina differenziata, soprattutto in riferimento al principio di non discriminazione.

Non vi è stata, quindi, l'individuazione, da parte del giudice del giudizio principale, di quale dovesse essere la corte chiamata a pronunciarsi in «prima battuta» perché il rinvio alle due corti è stato simultaneo, con sospensione del giudizio principale.

Solo di fatto è accaduto che sia intervenuta prima la Corte di giustizia, che ha dichiarato la propria incompetenza, ritenendo che le disposizioni dell'Unione nella materia in questione non impongano alcun obbligo specifico agli Stati membri in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale. La sola circostanza che una normativa nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione

---

<sup>34</sup> Corte giust. 25 novembre 2020, causa C-302/19, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 1040.

<sup>35</sup> Corte cost. 11 marzo 2022, n. 67 <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>..

<sup>36</sup> App. Napoli 18 settembre 2019, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1496, e *Argomenti dir. lav.*, 2020, 411.

è competente non può collocarla – ha ritenuto la Corte di giustizia – nella sfera di applicazione del diritto dell’Unione e, quindi, comportare l’applicabilità della Carta<sup>37</sup>. Non è stata quindi sufficiente la direttiva 98/59/Ce del consiglio del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in tema di licenziamenti collettivi, ad attrarre la materia nell’ambito di applicazione della Carta in ragione del collegamento richiesto dall’art. 51, par. 1, della stessa.

Successivamente si è pronunciata la Corte costituzionale<sup>38</sup> che non ha mancato di notare – senza dubitare dell’ammissibilità<sup>39</sup> – che il giudice rimettente aveva ritenuto di proporre contemporaneamente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea e incidente di costituzionalità. Ha ribadito che nella giurisprudenza costituzionale si è affermato un «sistema integrato di garanzie» e quindi è passata a verificare anch’essa, come aveva già fatto la Corte di giustizia, la deducibilità, da parte del giudice rimettente, dei parametri europei interposti pervenendo alla stessa conclusione. La situazione giuridica dedotta nel procedimento principale «non rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione» sicché l’interpretazione delle disposizioni della Carta «non ha alcun rapporto con l’oggetto del procedimento principale».

Più recentemente la Corte, in una fattispecie in cui il giudice rimettente, contestualmente all’incidente di legittimità costituzionale, aveva operato anche il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, si è astenuta dal pronunciarsi in merito al doppio rinvio, ritenendo che vi fossero profili assorbenti di inammissibilità, esaminati prioritariamente sulla base del criterio della “ragione più liquida”<sup>40</sup>.

## 10. Considerazione conclusiva

Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale porta a ritenere ammissibili questioni di legittimità costituzionale sollevate deducendo la violazione della Carta (Cdfue) o del diritto europeo, primario o derivato, come parametri interposti, eventualmente in concorso con parametri interni, sempre che il giudice comune rimettente escluda, in modo anche solo meramente plausibile, la possibilità di disapplicare la normativa interna, denunciata come contrastante con il diritto europeo *self-executing*.

<sup>37</sup> Corte giust. 4 giugno 2020, causa C-32/20, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 922.

<sup>38</sup> Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1487.

<sup>39</sup> In passato, invece, quando operava il canone della doppia pregiudiziale, si era ritenuto inammissibile l’incidente di costituzionalità sollevato contemporaneamente al rinvio pregiudiziale interpretativo: Corte cost. 21 marzo 2002, n. 85, *Foro it.*, 2002, I, 1606.

<sup>40</sup> Corte cost. 2 febbraio 2022, n. 31, <[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>.

Ciò rende possibile – ma non obbligato – che sia la Corte costituzionale a essere investita in «prima battuta» dal giudice comune con l'incidente di costituzionalità.

Il carattere prioritario del giudizio costituzionale non esclude, però, la possibilità per il giudice, in qualsiasi fase del processo, di operare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.

La complementarietà del concorso di rimedi giurisdizionali consente di disegnare vari percorsi processuali alternativi e possibili, sopra indicati (*sub* 6-9), che valorizzano il dialogo tra le due corti e favoriscono la formazione di una nomofilachia costituzionale integrata mediante l'osmosi dei parametri, nazionali (diretti) ed europei (interposti), in modo flessibile ed equilibrato, sì da elevare lo standard di tutela dei diritti fondamentali nel rispetto delle specificità essenziali del sistema costituzionale nazionale, le quali connotano la sua identità.

## L'impatto del protocollo n. 15 sulla Convenzione europea dei diritti umani: riflessioni a valle della ratifica italiana (e della mancata ratifica del protocollo n. 16)<sup>2</sup>

SOMMARIO: 1. L'entrata in vigore il 1° agosto 2021 del nuovo testo della Convenzione europea dei diritti umani a seguito della ratifica italiana del protocollo n. 15. – 2. Le premesse storiche del protocollo n. 15: il processo di Interlaken. – 3. Le singole disposizioni del protocollo n. 15: il protocollo della “sussidiarietà” (nonché del “margine di apprezzamento” e del “*de minimis*”). – 4. Le singole disposizioni del protocollo n. 15: le razionalizzazioni “organizzative” del sistema. – 5. La futura ratifica del protocollo n. 16: un protocollo... sospeso.

### 1. L'entrata in vigore il 1° agosto 2021 del nuovo testo della Convenzione europea dei diritti umani<sup>3</sup> a seguito della ratifica italiana del protocollo n. 15.

Il 21 aprile 2021 il rappresentante permanente dell'Italia innanzi al Consiglio d'Europa, ambasciatore Michele Giacomelli, ha depositato nelle mani della Segretaria generale del Consiglio d'Europa, Marija Pejčinović Burić, lo strumento di ratifica da parte del nostro paese del protocollo n. 15 alla Convenzione europea

---

<sup>1</sup> Le opinioni espresse nello scritto sono personali e non impegnano la Corte. È omesso un vero e proprio impianto di citazioni, procedendosi ai soli richiami strettamente necessari; qualora appaiano citazioni in italiano di documenti originariamente in altra lingua, la traduzione, ove non diversamente risultante, è dell'autore.

<sup>2</sup> Il testo è già stato pubblicato in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2021, 1 giugno 2021.

<sup>3</sup> Come oramai talvolta mi capita quando, fuori da contesti ufficiali, riesco a fruire di libertà nell'uso della lingua utilizzata, desidero esprimere anche in questa sede che mi pare giunto il momento di sostituire alla traduzione delle denominazioni della Convenzione e della Corte (sostituzione ahimè complessa perché riferita a dati normativi anche di diritto interno) quella di Convenzione e Corte europea dei diritti “umani”, invece che “dell'uomo”, conformemente all'opzione inglese (ma anche spagnola ecc.), stante l'inutilizzabilità in italiano corrente della maiuscola iniziale (usata talvolta in francese) per togliere alla parola “uomo” il suo senso oggi sempre più prettamente denotante un individuo maschile (ciò che non era alcuni anni fa).

dei diritti umani (“la Convenzione”), di forte impatto sul funzionamento della Corte europea dei diritti umani (“la Corte”).

Il protocollo in questione era stato aperto alla firma delle 47 alte parti contraenti alla Convenzione il 24 giugno 2013. Da allora sono dunque trascorsi quasi otto anni.

Nulla avrebbe fatto presagire tempi così lunghi. L'Italia, al pari di numerosi altri *partner*, aveva sottoscritto il protocollo nella stessa data di apertura alla firma, seguita nei mesi successivi e sino a tutto il 2014 dalla totalità degli stati ammessi, ad eccezione però di Svizzera e Ungheria (che hanno sottoscritto nel 2015), Croazia e Federazione Russa (che hanno firmato nel 2016), Grecia e Lettonia (sottoscrittrici nel 2017), nonché Bosnia-Erzegovina e Malta (ultime firmatarie nel 2018).

Guardando ai passaggi ulteriori, va richiamato che per tutte le alte parti contraenti – ad eccezione di Irlanda e Montenegro – la sottoscrizione era stata effettuata con riserva di ratifica.

Allo scadere del quinquennio dall'apertura alla firma, e cioè in sostanza alla fine del primo semestre del 2018, solo quattro stati non avevano depositato lo strumento di ratifica: la Spagna, però, ha provveduto il 20 settembre 2018 e la Grecia il successivo 5 ottobre 2018.

Da quel momento in poi – completate come detto tutte le formalità di firma e quasi tutte quelle di ratifica degli altri stati – il protocollo, per poco meno di un triennio, non entrava in vigore solo perché la Bosnia-Erzegovina e l'Italia non procedevano a ratifica.

Com'è noto, la Bosnia-Erzegovina era, ed in parte è tutt'oggi, in una fase di rodaggio del proprio complesso e innovativo sistema costituzionale, in ampia parte ancora disfunzionale<sup>4</sup>. Ciò ha prodotto come effetto che, a seguito del

---

Il discorso della resa in italiano delle categorie relative alla CEDU sarebbe anche più ampio e ulteriore rispetto a questioni di genere. Ad esempio, mentre sono consapevole della circostanza che è invalsa la pratica di utilizzare, in riferimento anche alle traduzioni della Convenzione in italiano (artt. 27, 28, 35 e 45), non ufficiali ma rese disponibili dalla stessa Corte, la categoria dell'“irricevibilità”, ricalcata sulla dizione del testo originale francese, tale uso andrebbe a mio modesto avviso dismesso, non solo e non tanto giacché in inglese la categoria è quella della *inadmissibility* (convegno infatti che si deve ancora accettare che il testo francese debba essere preferibilmente quello utilizzato per la traduzione), bensì perché non vi è ragione di dare una traduzione testuale di *irrecevabilité* in una lingua, quale quella italiana, in cui non si suole distinguere tra requisiti di ricevibilità (della domanda giudiziale) e di ammissibilità (di istanze di ammissione di mezzi di prova e di altre istanze lite pendente), essendo la categoria dell'ammissibilità idonea a ricomprendere entrambi i profili.

<sup>4</sup> Si veda, ad esempio, il rapporto del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in <https://www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2019-05/bosnia-and-herzegovina.php>.

necessario *iter* interno, solo in data 18 settembre 2020 detto stato balcanico ha potuto depositare il proprio strumento di ratifica.

E l'Italia? Riservando al prosieguo qualche considerazione sulla trattazione parlamentare del protocollo in questione, anche in relazione al parallelo protocollo n. 16<sup>5</sup>, si può per il momento richiamare che la legge italiana di autorizzazione alla ratifica è stata del 15 gennaio 2021, n. 11, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 34 del 10 febbraio 2021.

A seguito del menzionato deposito dello strumento italiano di ratifica in data 21 aprile 2021, si è innescata la *vacatio* per l'entrata in vigore che protocollo n. 15, che è prevista dall'art. 7 del protocollo stesso.

In particolare, trattandosi di un protocollo di emendamento della Convenzione, detto art. 7 – nel prevedere che l'entrata in vigore sia collegata al consenso di tutte le alte parti contraenti della Convenzione a essere vincolate dal protocollo – stabilisce che la medesima entrata in vigore si verifichi “il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data” in cui detto consenso totalitario si sia formato: in pratica, l'entrata in vigore si avrà, per tutti gli stati, il 1° agosto 2021.

Come si avrà modo di specificare, alcuni emendamenti alla Convenzione, introdotti dal protocollo in parola, hanno un'entrata in vigore ulteriormente differita in virtù di specifiche disposizioni contenute nell'art. 8, all'evidente fine di consentire una transizione agevole dal precedente regime convenzionale all'attuale.

In tale logica di passaggio da un regime all'altro, va segnalato che è da presumersi che nel periodo transitorio la Corte adeguerà alcune norme del proprio Regolamento di procedura, strettamente connesse agli emendamenti alla Convenzione.

Pur in attesa di un quadro definitivo che si potrà dunque avere solo in prosieguo di tempo<sup>6</sup>, è purtuttavia opportuno tentare sin d'ora una rassegna dell'impatto delle diverse modificazioni apportate dal protocollo n. 15 sull'opera-

---

<sup>5</sup> Al Protocollo n. 16 – la cui trattazione di dettaglio esula dal presente contributo – sarà dedicato il paragrafo finale di questo testo. Come si dirà, la sua genesi storico-politica è parallela a quella del Protocollo n. 15; quanto al contenuto, il Protocollo n. 16 consente alle giurisdizioni superiori di ciascuna parte contraente, che le deve individuare, di richiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo di fornire “pareri consultivi” su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione o nei protocolli.

<sup>6</sup> Il comunicato stampa ECHR 130 (2021) del 22 aprile 2021, rinvenibile sul sito web della Corte, riporta una dichiarazione del presidente Robert Spano che ha affermato: “La Corte è ben preparata per l'entrata in vigore del Protocollo n. 15. A tempo debito tutte le informazioni utili sulle misure che verranno messe in atto per garantire l'agevole operatività della Corte saranno pubblicate sul suo sito web”.

tività dei meccanismi intrinseci della Convenzione, ciò che rappresenta la finalità principale che il presente scritto si propone. Una seconda e concorrente finalità non ha riguardo al protocollo n. 15, bensì al protocollo n. 16, la cui ratifica era originariamente prevista in sede parlamentare in un unico contesto rispetto al protocollo n. 15; ciò non è stato, essendosi proceduto a uno stralcio, di tal che la ratifica del protocollo n. 16 da parte del nostro paese è a tutt'oggi molto incerta, ciò che appunto deve formare oggetto di riflessione.

## 2. Le premesse storiche del protocollo n. 15: il processo di Interlaken

Le premesse storico-politiche del protocollo n. 15 venivano poste – unitamente e parallelamente a quelle del protocollo n. 16 di cui si dirà – in epoca anteriore e prossima al 2010. In quegli anni, pur riconoscendosi lo straordinario contributo della Corte alla tutela dei diritti umani in Europa, alcuni governi nazionali avevano creato un movimento inteso a “*scoraggiare linee di azione della Corte che producano l'effetto di incrementare lo sviluppo del contenzioso riferito a questioni bagatellari o teso a sollecitare una revisione della giurisprudenza nazionale. In tale contesto gli stati*” si proponevano di “*diminuire il carico di lavoro della Corte dinanzi avanti alla quale al 31 agosto 2011 pendevano oltre 150.000 ricorsi non decisi*”<sup>7</sup>. Il movimento politico in parola, costituito da una serie di Conferenze ad alto livello sul futuro della Corte, mirava a un disegno di riforma della Corte stessa e prendeva il nome di “processo di Interlaken”, dal luogo ove si era tenuta la prima conferenza dei ministri, svoltasi appunto a Interlaken il 18-19 febbraio 2010.

Il movimento in questione – anche sulla scia di un qual certo entusiasmo di almeno alcuni degli osservatori nazionali circa il ruolo della Corte, quale supplente di evidenti carenze di tutela a livello interno – non ha ricevuto attenzione diffusa a livello nazionale; la partecipazione dell'Italia al movimento stesso evidenziava comunque, in contraltare rispetto a quanto appena menzionato, altresì la presenza di atteggiamenti fortemente critici, poi negli anni sostanzialmente sopiti. Si tratta di una prima constatazione che, forse, può giovare ricostruttivamente a comprendere i dubbi che si sarebbero riversati nel procedimento di ratifica italiano del protocollo n. 15.

Mette conto sottolineare che il “processo di Interlaken” aveva come sua ulteriore premessa uno scetticismo di fondo circa la precedente riforma tentata con

---

<sup>7</sup> Così RELAZIONE AL PARLAMENTO IN ATTUAZIONE DELLA L. N. 12 DEL 2006, relativa all'anno 2011, p. 11. Le Relazioni della specie, a cura della presidenza del Consiglio dei ministri, si rinvengono su [http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso\\_europeo/relazione\\_annuale.html](http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/relazione_annuale.html).



il protocollo n. 14. È testimonianza di ciò il fatto che, nella successiva conferenza di Smirne (26-27 aprile 2011), gli stati partecipanti “*banno preso atto che le disposizioni introdotte dal Protocollo n. 14 ... non [siano state] sufficienti a fornire una soluzione duratura e globale ... ravvisa[ndo] la necessità di proseguire la riflessione strategica a lungo termine sul ruolo futuro della Corte*”<sup>8</sup>.

Se tale seconda conferenza poneva, in parte, i presupposti per lo sviluppo del futuro protocollo n. 16<sup>9</sup>, fu la terza, più importante, conferenza, convocata dalla presidenza di turno britannica a Brighton (18-20 aprile 2012), sulla base di un’ampia consultazione internazionale tenutasi precedentemente nella conferenza informale di Wilton Park (17-19 novembre 2011), che si posero i presupposti per una riforma nei sensi poi accolti dal protocollo n. 15: sussidiarietà della Corte, con riserva di un maggior campo di azione in tema di difesa dei diritti umani agli stati, di cui avrebbe dovuto essere ampliato il “*margin*e di apprezzamento” per consentire applicazioni, anche differenziate in sede locale, delle norme della Convenzione, sulla base di decisioni democraticamente assunte dai Parlamenti nazionali. Nel processo di Interlaken si inseriva la stessa Corte, con un parere preliminare adottato il 20 febbraio 2012. La Dichiarazione finale di Brighton recepiva la nozione della sussidiarietà e la dottrina del “*margin*e di apprezzamento”, invitando la Corte a “*concentrare i propri sforzi sulle violazioni gravi e diffuse ... e di conseguenza emettere meno sentenze*”<sup>10</sup>.

Su tali premesse, un anno dopo (26 aprile 2013), l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa approvava il progetto di protocollo n. 15, con solo cinque astensioni, e sollecitava tutte le parti contraenti, e in particolare i loro organismi legislativi, ad assicurare una rapida sottoscrizione e ratifica di tale strumento. Nella seduta del 28 giugno 2013 l’Assemblea parlamentare si esprimeva all’unanimità sul testo del protocollo n. 16 (aperto alla firma il successivo 2 ottobre 2013), sottolineando come anche tale protocollo si ponesse come rafforzamento della sussidiarietà.

Il processo di Interlaken continuava con conferenze ad Oslo (7-8 aprile 2014), Bruxelles (26-27 marzo 2015) e Copenhagen (12-13 aprile 2018), contribuendo la stessa Corte con propri documenti ai testi delle rispettive dichiarazioni finali. A fronte di un testo del protocollo n. 15 ormai cristallizzato, il dibattito proseguiva – tra l’altro – sulla sussidiarietà, con accenti diversi e spesso contrapposti.

<sup>8</sup> IBID.

<sup>9</sup> Sia consentito, su questo e altri aspetti, rinviare a R. SABATO, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema penale* (rivista online), 16 dicembre 2019, <https://www.sistemapenale.it/documenti/sabato-riflessioni-ratifica-protocolli-15-e-16-cedu>.

<sup>10</sup> RELAZIONE *cit.*, relativa all’anno 2012, 13, ove anche testo della Dichiarazione di Brighton.

Dopo interventi dei rilevanti comitati e un esame preparatorio da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, nel gennaio del 2020 l'assemblea plenaria della Corte prendeva posizione sul documento valutativo finale emanato dal Comitato direttivo sui diritti umani del Consiglio d'Europa<sup>11</sup>, sulla cui base il Comitato dei ministri, in data 4 novembre 2020, in occasione del 70° anniversario della Convenzione, chiudeva sostanzialmente nella propria riunione di Atene il processo di Interlaken, decidendo che allo stato non occorresse alcuna riforma generalizzata della Convenzione<sup>12</sup>.

Mette conto ricordare che con le decisioni del 4 novembre scorso il Comitato dei ministri invitava tutti gli stati parti alla Convenzione a “dare piena attuazione al principio di sussidiarietà rispettando i loro obblighi di garanzia”, tra l'altro traducendo e diffondendo la giurisprudenza della Corte a livello nazionale. Una delle decisioni in risalto (la n. 3, subito dopo quelle appena riferite) concerneva, purtroppo, il rilievo per cui “il Protocollo n. 15 è stato aperto alla firma sette anni fa”, seguito dall'esortazione “allo stato parte che non l'ha ancora fatto” (non menzionato) a “ratificarlo”. Con un'ulteriore determinazione, il Comitato si impegnavo a una valutazione degli effetti dei due protocolli a distanza di cinque anni dalla rispettiva entrata in vigore.

Ulteriori decisioni concernevano l'invito agli stati parti “a considerare la firma e la ratifica del protocollo n. 16 alla Convenzione al fine di migliorare ulteriormente l'interazione tra la Corte e i tribunali nazionali, rafforzando in tal modo l'attuazione della Convenzione, in conformità con il principio di sussidiarietà”, il sistema di elezione dei giudici, il meccanismo di esecuzione, la formazione e lo scambio di informazioni, la creazione e il rafforzamento di istituzioni nazionali indipendenti per i diritti umani efficaci e pluralisti (tema su cui poi il Comitato dei ministri sarebbe intervenuto con Raccomandazione REC (2021)1 del 31 marzo 2021), nonché il distacco di magistrati e giuristi nazionali presso la Corte.

Quali che siano stati gli approcci nazionali al “processo di Interlaken”, mi pare condivisibile la conclusione – condivisa da vari osservatori – per cui di fronte a notevoli progressi mostrati dal meccanismo di tutela internazionale, nel senso dello sviluppo di prassi virtuose idonee a fronteggiare l'arretrato e, in parte, a recepire anche prima della formale entrata in vigore del protocollo n. 15 il principio di sussidiarietà, si versi attualmente in una fase di *wait and see*, per cui gli ambienti politici statali e internazionali, come emerge anche dalla citata decisione di Atene, si riservano di verificare tra un quinquennio gli ulteriori avan-

---

<sup>11</sup> V., per entrambi i testi, la pubblicazione in <https://rm.coe.int/processus-interlaken-en-g/1680a059c7>.

<sup>12</sup> V. *IBID.* per il testo delle decisioni adottate il 4 novembre 2020.

zamenti sulle linee tracciate. È questa la sfida che attende anche gli attori del rapporto tra Corte e sistema italiano, come si dirà in conclusione di questo scritto.

Se si pon mente, in tale logica, alla prima constatazione sopra svolta, circa le possibili difficoltà nel panorama italiano di comprendere l'importanza del protocollo n. 15, una seconda constatazione, alquanto dolorosa, può ora svolgersi in riferimento al paragone tra l'atteggiamento nazionale e quello internazionale: mentre a livello interno i dubbi hanno spinto per la non ratifica, a livello europeo essi spingevano per la ratifica e successiva verifica; con un difetto, dunque, di allineamento di visioni giuridico-politiche, che si sono tradotte in un certo imbarazzo diplomatico per il ritardo italiano (si ricorda la decisione n. 3 del Comitato dei Ministri riunito ad Atene, appena richiamata).

### 3. Le singole disposizioni del protocollo n. 15: il protocollo della “sussidiarietà” (nonché del “margine di apprezzamento” e del “*de minimis*”)

Venendo alle singole disposizioni del protocollo n. 15, la loro rassegna deve cominciare da quelle finalizzate a realizzare, sul piano anche simbolico e dei principi, l'obiettivo primario del processo di Interlaken: il recepimento del principio di sussidiarietà.

L'intervento emendativo si compone di due passaggi: uno additivo, sul preambolo della Convenzione, concernente il recepimento espresso nel preambolo della sussidiarietà e del margine di apprezzamento, e uno soppressivo, in tema di condizioni di ammissibilità dei ricorsi individuali, teso a rendere più stringente la c.d. clausola “*de minimis*”.

In tal senso, in via additiva l'art. 1 del protocollo prevede che “*alla fine del preambolo della Convenzione è aggiunto un nuovo considerando, così redatto: «Affermando che spetta in primo luogo alle alte parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo istituita dalla presente Convenzione».*”

L'art. 5 del protocollo, poi, sopprime un'espressione all'interno del par. 3, lett. b, dell'art. 36 della Convenzione, ampliando le condizioni di applicabilità del principio del “*de minimis*”. Mentre precedentemente all'intervento la Corte avrebbe potuto dichiarare inammissibile (o irricevibile che dir si voglia) un ricorso individuale se “*il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno*”, il

nuovo testo vede la soppressione della condizione di previo esame da un tribunale interno. Il testo in vigore tra breve dunque è formulato in modo tale che sia inammissibile il ricorso ogni qualvolta *“il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito”*.

Il dibattito sulla sussidiarietà del sistema di protezione internazionale rispetto a quelli nazionali ha formato oggetto di ampia letteratura, a dispetto di una minore attenzione nel nostro paese circa le originarie implicazioni in argomento del processo di Interlaken. Al riguardo, gioverà qui soltanto ricordare che, rispetto agli intenti iniziali, l'approdo del processo stesso è stato molto limitato ma, a mio avviso, ugualmente importante.

L'evoluzione si è avuta soprattutto alla conferenza di Brighton, a fronte di due forze di eguale intensità ma di verso opposto, la cui interazione si è tradotta in un equilibrio sostanzialmente consistito nel ribadire, dapprima empiricamente nel protocollo n. 15 e poi via via esplicitamente in sede politica sino alla conferenza di Copenhagen, la giurisprudenza della Corte sul principio di sussidiarietà e sul margine di apprezzamento, che nel frattempo si era andata sistemando anch'essa lungo nuovi equilibri.

Le due forze, in sintesi, potevano identificarsi l'una nella volontà politica di almeno alcuni governi di vincolare la Corte su livelli elevati di riconoscimento del margine di apprezzamento e di sottrazione dei casi minori alla giurisdizione di Strasburgo, addirittura con riferimenti specifici ai temi – niente affatto “minimi” – dell'asilo e dell'immigrazione. L'altra forza, di verso opposto, è da rinvenirsi nella volontà degli stati di non arretrare di fronte alle crisi – già visibili a Brighton e, negli anni successivi, conclamate – dei principi relativi allo stato di diritto e alla tutela dei diritti umani in un numero crescente di stati parti: la Corte di Strasburgo, al pari di quella del Lussemburgo, avrebbe dovuto costituire un baluardo in questo senso (e, sia chiaro, anche un luogo “terzo” di soluzione delle crisi, senza che fosse richiesto troppo impegno diplomatico ai governi né sacrificio a fruttuose relazioni commerciali).

In questo senso, soprattutto a Copenhagen, la lettura della sussidiarietà, intesa come “limitazione” dell'ambito operativo dei giudici di Strasburgo (una faccia della medaglia sicuramente emersa a Brighton come *ratio* del protocollo n. 15), cominciava a completarsi sempre più chiaramente con una seconda faccia della stessa medaglia, quale sussidiarietà “forte”, intesa quale “obbligazione” o responsabilità degli stati di co-operare a proteggere, allo stesso modo della Corte, i diritti e le libertà convenzionali.

In questa logica, l'equilibrio raggiunto anni prima a Brighton – sostanzialmente sul piano simbolico e dei principi – trovava un nuovo significato e si stabilizzava, prima attraverso il paragrafo 10 della dichiarazione di Copenhagen

(secondo il quale la conferenza “*ribadisce che il rafforzamento del principio di sussidiarietà non è inteso a limitare o indebolire la protezione dei diritti umani, ma a sottolineare la responsabilità delle autorità nazionali di garantire i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione*”), poi attraverso le cennate decisioni di Atene del Comitato dei ministri. Con una differenza: la coppia di forze di eguale intensità ma di verso opposto, all’inizio del processo, avevano somma nulla ma, agendo su punti diversi dell’oggetto “Corte”, la lasciavano in una pericolosa rotazione giuridico-politica tra le due concezioni di sussidiarietà; alla fine del processo, anche la somma dei momenti delle forze diveniva nulla, posto che entrambe venivano a puntare sul centro (“sussidiarietà forte”), onde la Corte e il suo regime giuridico assumevano una reale stabilità (almeno per i cinque anni previsti dalle decisioni di Atene).

Non deve meravigliare che il consenso europeo sulla sussidiarietà si rifletta, oggi, in una modesta aggiunta al preambolo della Convenzione, ove sia la nozione di sussidiarietà, sia quella di margine di apprezzamento – su cui esistono ampie elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali – sono meramente menzionate, senza un ambito definitorio che non sia, implicitamente, quello desumibile dalla giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo.

Per non reiterare su questi temi considerazioni già svolte ampiamente, o mere immagini evocative (ho già usato quella, frequente, delle due facce della medaglia; l’altra potrebbe riferirsi allo slogan della “responsabilità condivisa” – “*shared responsibility*”), vorrei soffermarmi su due dettagli che – a mio modo di vedere – non sono da trascurare.

Il primo concerne la clausola, riportata alla fine del nuovo considerando inserito nel preambolo, secondo la quale, se spetta “*in primo luogo*” agli stati, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire i diritti e le libertà, ciò avviene “*sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell’Uomo istituita dalla presente Convenzione*”. L’espressione “sotto il controllo” – quale che sia l’accezione che, anche in base alle due versioni linguistiche ufficiali (in inglese l’espressione è “*subject to the supervisory jurisdiction*”, mentre il francese corrisponde all’italiano, potendo essere interessante notare che nella versione non ufficiale tedesca si utilizza l’espressione intermedia “*welcher der Kontrolle ... untersteht*”), voglia darsene – è un’espressione importante. Eppure essa è ambigua, partecipando a entrambe le facce della medaglia cui, immaginificamente, si è fatto già riferimento.

Da un lato, anche avuto riguardo al tenore testuale del considerando, è anzitutto l’attività degli stati volta ad attuare i diritti umani a essere soggetta al controllo giurisdizionale della Corte: *ergo*, immediatamente, si percepisce che eventuali lacune di tutela attivano il meccanismo di protezione internazionale contro gli stati violatori; in questo senso, la clausola “sotto il controllo” viene

riferita al verbo “spetta garantire”, ciò che è compatibile con entrambe le versioni linguistiche ufficiali. Ma dall'altro lato vi è anche la lettura, perfino più comune, alternativa (unica asseverata e compatibile dalla versione non ufficiale nella più precisa lingua tedesca) secondo cui ciò che viene posto “sotto il controllo” giurisdizionale è il “margine di apprezzamento” di cui gli stati godono nell'esercizio della loro tutela primaria, onde solo lo sconfinamento dal margine attiva la supervisione sussidiaria internazionale.

Quel che importa – essendo entrambe le letture compatibili con la giurisprudenza consolidata della Corte circa il ruolo della sussidiarietà e la nozione di margine di apprezzamento – è, a mio avviso, che il Preambolo citi non solo tali concetti, ma anche la *supervisory jurisdiction* della Corte che, in tal modo, resta arbitra del buon governo degli equilibri istituzionali che ne derivano.

Certo, un (superficiale) affiancamento del sistema del preambolo alla Convenzione al sistema di sussidiarietà – del tutto diverso e assolutamente non comparabile, data l'articolazione dei poteri istituzionali in gioco – che, nell'Unione europea, risulta dall'art. 5 del trattato UE e dal protocollo n. 2 ai Trattati UE e FUE, fa risaltare vistose differenze, laddove con chiarezza l'art. 8 di tale ultimo protocollo attribuisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea la specifica competenza sui ricorsi per violazione del principio di sussidiarietà promossi dagli stati membri o loro articolazioni. Nel sistema della Convenzione, come detto assolutamente non avvicicabile all'architettura UE, la violazione del principio sarà, al massimo, una difesa degli stati convenuti in sede di ricorso individuale, che i giudici di Strasburgo potranno – man mano, decidendo in argomento espressamente e chiaramente – far assurgere al ruolo di vera e propria rivendicazione simile a quella che i parlamenti nazionali possono far pervenire alla Corte di Lussemburgo.

Il secondo dettaglio su cui ritengo opportuno soffermarmi concerne la riforma in tema di “*de minimis*”. L'argomento – ispirato al noto principio “*de minimis non curat praetor*” – è stato uno dei temi fondanti del processo di Interlaken, sfociato poi nella soluzione (essa sì ... “minimale”!) che si rinviene nel protocollo n. 15; sopra si è detto della volontà, poi sopitasi, di alcuni governi di indicare alla Corte specifici criteri limitativi della sua giurisdizione.

La scelta operata rappresenta un completamento, più di un decennio dopo, del disegno avviato con l'entrata in vigore del protocollo n. 14 il 1° giugno 2010. Tale protocollo aveva aggiunto un criterio di inammissibilità dei ricorsi non correlati a “significativi pregiudizi” soprattutto in considerazione del carico di lavoro sempre crescente della Corte. A mio modo di vedere, si tratta di un criterio da un lato organizzativo, in quanto fornisce alla Corte uno strumento aggiuntivo che le permette di concentrarsi sui casi che meritano considerazione giurisdizionale, quale risorsa scarsa e costosa, e dall'altro giuridico, rappresentando i ricorsi di

scarsa importanza non già espressioni, in sé, di abuso del diritto, ma della fattispecie contigua delle manifestazioni di iattanza ed eccesso difensivo: in questo senso entra nella Convenzione un concetto di *bona fides* – sempre più importante nella comprensione delle tendenze giurisdizionali della Corte – come filtro per l'apprezzamento dei ricorsi meritevoli (tema, questo, che anche i commentatori italiani dovranno prima o poi trattare).

In ottica diversa rispetto a quella prevalente in Italia, la giurisprudenza della Corte si è molto esercitata sul *de minimis*, tanto che la Guida sui criteri di ammissibilità dedica ben dieci facciate alla relativa rassegna<sup>13</sup>. I temi evocati da tale giurisprudenza sull'art. 35 § 3 (b) della Convenzione sono stati sostanzialmente correlati ai tre elementi di cui la norma è composta: la nozione di pregiudizio o svantaggio significativo, cui è ancorata l'ammissibilità, e le due clausole di salvaguardia, costituite la prima dall'ammissibilità dei casi, pur di minore importanza, per i quali il rispetto dei diritti umani richieda un esame nel merito; la seconda, l'ammissibilità dei casi minori non debitamente considerati da un'autorità nazionale.

Mentre la prima clausola di salvaguardia – finalizzata a consentire anche in casi minimi eventuali chiarimenti di questioni di carattere generale in tema di applicazione della Convenzione o soluzioni di problemi strutturali – è espressione di una tecnica normativa ben radicata nel tessuto della Convenzione stessa (tanto da essere riprodotta, ad altri fini, negli artt. 37 § 1 e 39 § 1), la seconda clausola si correlava a una nozione alquanto dubbia di sussidiarietà coordinata alla nozione di divieto del diniego di giustizia. Senonché negli anni l'evoluzione anche in sede di Consiglio d'Europa di favore per gli schemi di risoluzione alternativa della controversie civili/amministrative e di mediazione penale, accompagnata da una concezione maggiormente efficientistica della giustizia, da riservarsi ai casi non altrimenti risolvibili, ha spinto gli ordinamenti domestici a porre in essere limitati freni all'accesso alla giustizia, laddove non correlato a pregiudizi significativi.

L'abolizione, dunque, in sede convenzionale della seconda clausola di salvaguardia, necessitata da tali evoluzioni, consentirà di non esaminare a Strasburgo questioni bagatellari che, per errori procedurali o per espresse preclusioni normative, non siano state “debitamente” esaminate da autorità nazionali. In questo senso, la modifica apportata dal protocollo n. 15 consente che il criterio del *de minimis* operi, oltre che a Strasburgo, anche a livello nazionale, in una logica

---

<sup>13</sup> Il riferimento alla Guida sul sito della Corte è il seguente, in lingua inglese (la Guida esiste anche versione in lingua italiana, nella stessa pagina, ma purtroppo quest'ultima non è aggiornata): [https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf).



integrata di responsabilità condivisa che, purtroppo ma a ragione, per rafforzare la tutela dei diritti umani prende realisticamente atto che dalla categoria vanno espulse le violazioni non significative.

Va espresso l'auspicio che, a seguito della riforma, la Corte consideri adeguatamente l'impatto indiretto che essa ha anche sulla nozione di "pregiudizio importante": come si può notare dalla rassegna fornita nella citata Guida, la giurisprudenza della Corte – quanto ai pregiudizi di natura patrimoniale – riconosce l'"importanza" di quelli con valori superiori o uguali a circa cinquecento euro. È ovvio, a tal fine, che la Corte abbia presente la varietà dei metri monetari in essere nei 47 stati parti, in numerosi dei quali tale entità di pregiudizio è, o può essere, realmente "importante". Non è così certamente in numerosi altri Paesi: in Italia, ad esempio, il giudice di pace decide secondo equità molte cause civili il cui valore non eccede millecento euro, mentre è in evoluzione la giurisprudenza penale in tema di particolare tenuità del fatto; a livello UE, il procedimento europeo per le controversie di modesta entità istituito con il Reg. (CE) n. 861/2007, modificato nel 2015, si applica fino a un valore di cinquemila euro. Ne deriverebbe che un pregiudizio, per essere importante in una sede sussidiaria quale la Corte di Strasburgo, dovrebbe essere realisticamente valutato a un livello molto superiore a quello attuale. Nella logica, peraltro, dei diversi metri monetari, una proposta potrebbe andare nel senso che la Corte introduca criteri trasparenti, ma flessibili, che includano indicizzazioni rispetto ai metri monetari in essere nel luogo della presunta violazione.

Così chiariti i due profili di dettaglio evidenziati, e pur non intendendo entrare nel dibattito giuridico-politico sulla nozione di sussidiarietà, ritengo necessario, per tirare le somme sull'impatto delle disposizioni in argomento del protocollo n. 15, esprimere l'idea che – pur a fronte di dati del testo emendato solo simbolici (quanto a quelli del preambolo) o di limitata portata applicativa (quelli dell'art. 35) – non è escluso che, sugli stessi scarni dati testuali, la giurisprudenza della Corte possa ulteriormente sviluppare la propria giurisprudenza circa l'ambito di sussidiarietà e margine di apprezzamento. Si realizzerebbe, così, un circuito virtuoso per cui, sulla base della giurisprudenza che ha fornito elementi circa la sussidiarietà, gli stati hanno consolidato l'equilibrio raggiunto da essa, seppur solo formalmente, e poi, sulla base di tale formale riconoscimento, vi sia una ulteriore evoluzione (secondo il noto schema di stimolo-risposta-rinforzo).

In tal senso depongono – e sarà qui possibile solo un accenno – le sempre più numerose pronunce della Corte che hanno applicato una nozione di supervisione "basata sui processi" (*process-based*), o – con termine già sopra menzionato – di sussidiarietà "forte", secondo la quale alla Corte di Strasburgo, una volta verificato che le autorità nazionali abbiano, nell'esercizio dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, realizzato *bona fide* il bilanciamento degli interessi con-

venzionalmente protetti in conformità con i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, spetta solo in presenza di validi motivi sostituire il suo punto di vista a quello dei tribunali nazionali (che abbiano attentamente valutato, altresì, i fatti).

Come si è notato<sup>14</sup>, la terminologia utilizzata ricorda le nozioni sviluppate, nell'ambito di contributi dottrinali e istituzionali, da Robert Spano, giudice della Corte per l'Islanda intervenuto in alcuni momenti fondamentali del processo di Interlaken, oggi presidente della Corte. La possibile ulteriore evoluzione delle nozioni, dunque, riposerebbe su solide basi di riflessione anche di natura teorica.

#### 4. Le singole disposizioni del protocollo n. 15: le razionalizzazioni “organizzative” del sistema.

Il protocollo n. 15 contiene anche soluzioni a problematiche riguardanti il funzionamento della Corte. Le disposizioni sono eterogenee quanto a natura e importanza, ed esse si trovano accomunate nel testo solo perché esso ha rappresentato la prima occasione utile per razionalizzazioni da tempo invocate.

L'art. 2 del protocollo si occupa, oltre che dei conseguenziali riordini di articoli, di inserire un nuovo paragrafo nell'art. 21 della Convenzione, del seguente tenore: “*I candidati devono avere meno di sessantacinque anni di età alla data in cui la lista di tre candidati deve pervenire all'assemblea parlamentare in virtù dell'articolo 22*”. Ai sensi dell'art. 8 del protocollo, la nuova disciplina si applica solo ai candidati presentati nelle liste depositate dopo l'entrata in vigore del protocollo.

In sostanza, in luogo di stabilire – come in precedenza – un limite di età fisso (di anni settanta) per il servizio presso la corte, che produceva la decadenza di giudici senza completare il mandato, se nominati di età superiore ai sessantun anni, si stabilisce ora un limite d'età (di sessantacinque anni) riferito a un momento certo antecedente la nomina (più basso, ovviamente, rispetto al precedente riferito alla cessazione del mandato).

<sup>14</sup> Per la notazione, L. HUIJBERS, *The Draft Copenhagen Declaration – Process-based review and subsidiarity*, in [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com), 27 febbraio 2018. Nel brano si analizza la giurisprudenza in questione, l'impatto della partecipazione di Robert Spano al processo di Interlaken a far tempo dall'incontro di Kokkedal organizzato prima della Conferenza di Copenhagen, ecc. I due principali articoli di riferimento sono R. SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights? – Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 487-502; e Id., *The Future of the European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 18, 473-494.

La conseguenza sarà che i giudici, salva altra causa di cessazione, termineranno sempre il mandato, in base alla nuova norma, a età variabili; il limite d'età fisso a settant'anni si giustificava allorché, prima del 2010, il mandato dei giudici era rinnovabile; in rari casi – si è osservato – potrebbe ora darsi che restino in servizio presso la corte, pur sempre per un solo mandato, giudici inizialmente sessantacinquenni, che compirebbero il settantaquattresimo anno sostanzialmente al loro esodo. Deve notarsi che, negli ultimi anni, la maggior parte delle corti nazionali hanno previsto analoghi limiti di età. Lo stesso decreto della presidenza del Consiglio dei ministri pubblicato sulla G.U. n. 43 del 2018, che ha indetto l'ultima selezione del giudice per l'Italia, ha fissato come limite d'età (v. art. 2) quello di sessantaquattro anni alla scadenza del bando nazionale, sostanzialmente pari a quello ora introdotto di sessantacinque anni al momento della selezione internazionale.

L'art. 3 del protocollo modifica poi l'art. 30 della Convenzione, in tema di rimessione alla Grande Camera.

Com'è noto, in virtù del precedente testo, ove la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera sollevasse gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischiasse di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non avesse pronunciato la sua sentenza, avrebbe potuto rimettere il caso alla Grande Camera, *“a meno che una delle parti non vi si oppon[esse]”*. Il nuovo testo, mediante l'elisione dell'ultima parte del periodo, sottrae alle parti la facoltà di opporsi.

La conferenza di Brighton – al par. 25, lett. d) della dichiarazione finale – aveva motivato la modifica *“alla luce del ruolo centrale svolto dalla Grande Camera per raggiungere l'uniformità della giurisprudenza della Corte”*; nel contempo, in attesa dell'emendamento della Convenzione, aveva invitato *“gli stati parti ad astenersi dall'obiettare a qualsiasi proposta di remissione da parte di una Camera in attesa dell'entrata in vigore dell'atto modificativo”*.

La materia della rimessione è stata disciplinata sinora dall'art. 72 del Regolamento della Corte; dopo aver ricevuto notizia della proposta della Camera di rimettere un procedimento, alle parti era data facoltà di presentare un'opposizione motivata. Nel recente caso *Grzęda c. Polonia*, trattato in Grande Camera in udienza fissata nel maggio 2021, come comunicato dall'ufficio stampa della Corte<sup>15</sup>, l'opposizione del governo alla rimessione alla Grande Camera è stata rigettata; ciò che implicava, già nel precedente regime, la natura non vincolante dell'opposizione.

---

<sup>15</sup> Si v. il comunicato ECHR 066 (2021) del 18 febbraio 2021.

Nel nuovo regime, la Corte sarà senza dubbio più libera di governare l'afflusso dei procedimenti alla Grande Camera, in particolare evitando doppie disamine ingiustificate e, in parte, dannose. Invero, l'esame prima da una Camera e poi dalla Grande Camera dello stesso procedimento impiega un lasso temporale sicuramente maggiore di quello necessario a seguito della diretta rimessione ai sensi dell'art. 30 della Convenzione; oltre a tali profili temporali, altro effetto negativo dell'accesso dei procedimenti "meritevoli" alla Grande Camera a seguito di rinvio *ex art. 43* della Convenzione, su ricorso di parte avverso la sentenza di Camera, sta essenzialmente nell'esistenza di sentenze caducate, specie allorché la Grande Camera (come nelle materie dubbie necessariamente può verificarsi, e si verifica) vada poi di diverso avviso. Se, da un lato, il grande pubblico vive – erroneamente – il rapporto tra le sentenze di Camera e quelle di Grande Camera come tra sentenza riformata e sentenza emessa in sede di impugnazione, ciò che non è (e tale equivoco permane ancor oggi, pur dopo che – in sede di adozione del protocollo n. 11 – in via di compromesso fu creato il sistema in essere quale alternativa a un doppio grado di giudizio), d'altro lato anche per gli addetti ai lavori la coesistenza di una sentenza di Camera, seppur giuridicamente superata, e di una sentenza di Grande Camera di segno opposto genera un minore "impatto" della determinazione giudiziale finale, specie allorché si verifica – ciò che taluni fanno notare – l'effetto per cui, sommando le posizioni dei singoli componenti dell'uno e dell'altro collegio, quelle a favore dell'opzione prevalsa risultino numericamente inferiori a quelle dell'opzione soccombente. La distorsione creata dal meccanismo ora eliminato, del resto, si percepisce anche da alcune delle opinioni palesate dai *litigators*, che si sono manifestati dubbiosi circa l'opportunità della riforma, che li privava dei benefici connessi a una doppia fase processuale.

Su tale effetto in qualche modo distorsivo delle finalità del meccanismo del rinvio *ex art. 43* della Convenzione interviene dunque la riforma della rimessione ai sensi dell'art. 30: se la Camera già è in grado di stabilire *ex ante* il sussistere di questioni importanti o di contrasti interpretativi, tanto vale rimmetterli direttamente alla Grande Camera, anche in un'ottica di preservare l'immagine della Corte rispetto all'emanazione di sentenze difformi; l'uso alternativo di rimessione e rinvio, del resto, è fatto palese dalla sovrapposibilità dei presupposti applicativi delle due norme ("gravi problemi di interpretazione" o "contrasto" giurisprudenziale quanto alla rimessione *ex art. 30*, "gravi problemi di interpretazione o di applicazione" oppure "un'importante questione di carattere generale" *ex art. 43*).

Va d'altronde notato che, se le rimessioni *ex art. 30* sono sempre state numericamente limitate, ancor più limitate sono state le opposizioni delle parti alla rimessione; ciò che consentirebbe agevolmente di concludere per la natura secondaria anche di questo emendamento alla Convenzione. Il tema va però posto nella prospettiva di una Corte di Strasburgo che, come noto, si appresta ad innovare significativamente

i propri metodi di lavoro, attribuendo priorità all'emissione di sentenze su *leading cases* di impatto che, oltre a risolvere temi di interesse generale, siano tempestive rispetto ai fenomeni che affrontano, così contribuendo anche a una sorta di nomofilachia europea che contenga l'afflusso di nuovi casi a Strasburgo, in una logica – come detto – di sussidiarietà “forte”. In questa logica, immaginare che dopo poche settimane dalla presentazione di un ricorso si possa avere direttamente la fissazione di un'udienza di Grande Camera, senza dover svolgere adempimenti interlocutori, è una prospettiva sicuramente interessante e incoraggiante.

Va chiarito che, se con il nuovo testo si attribuisce al potere d'ufficio della Camera della Corte il trasferimento diretto di casi alla Grande Camera, eliminando il requisito dell'accordo delle parti, le parti comunque continueranno verosimilmente a poter prendere posizione sul tema, compatibilmente con l'ottica di velocizzare ed economizzare i tempi di decisione. La materia sarà certamente oggetto di trattazione in sede di revisione del Regolamento della Corte. Può soggiungersi, sul piano intertemporale, che l'art. 8 del protocollo n. 15 prevede che l'emendamento in tema di rimessione non si applica alle cause pendenti in cui una delle parti si sia opposta, prima dell'entrata in vigore del protocollo in data 1° agosto 2021, alla proposta di una Camera della Corte di dichiararsi incompetente a favore della Grande Camera.

Resta a questo punto da accennare all'ultimo, ma forse più rilevante, emendamento procedimentale introdotto dal protocollo n. 15. Sempre nell'ottica di velocizzare i tempi di decisione, soprattutto nei casi di ricorsi inammissibili (in quanto per gli altri ricorsi i tempi di trattazione da parte della Corte continuano ad essere lunghi, anche se in misura inferiore al passato, vedendosi i progressi prodotti da nuovi metodi di *case management*), si inserisce la previsione dell'art. 4 del protocollo che, mediante emendamento dell'art. 35, par. 1, della Convenzione, riduce da sei a quattro mesi il termine di proposizione del ricorso individuale.

La norma si è scontrata con fortissime obiezioni in Italia. Secondo opinioni palesate soprattutto da rappresentanti dell'avvocatura nel corso delle audizioni informali innanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri della Camera dei deputati nel corso del 2019-2020<sup>16</sup>, tale riduzione di termini – sommata a presunti atteggiamenti rigidi della cancelleria della Corte in tema di regolarità formale dei ricorsi – renderebbe ancor più difficile accedere alla tutela richiesta, atteso che i difensori non fruirebbero di tempi sufficienti per apprestare le difese.

In altra sede ho tentato di chiarire che, come notato nei lavori preparatori, a seguito dei progressi tecnologici in molti stati analoghi termini di diritto interno

---

<sup>16</sup> Su cui può rinviarsi a E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2021, 2 marzo 2021, 15 ss. e 5 nt. 11 e 12.

sono stati ridotti (in Italia, i tempi per la riassunzione e per il passaggio in giudicato nel settore civile e amministrativo); mi pare dunque inevitabile che la Corte – che si appresta ad ampliare il trattamento elettronico dei casi, pur a fronte della perdurante indispensabilità, per le peculiarità dell’accesso al ricorso individuale da garantirsi in ogni caso, del mezzo postale – si adegui. Per sdrammatizzare le difficoltà dei difensori, poi, va tenuto conto che la procedura innanzi alla corte impone soltanto che entro il detto termine sia compilato (anche senza l’assistenza di un avvocato) il questionario introduttivo, dovendo le difese specifiche (con assistenza dell’avvocato) essere rassegnate successivamente.

È ben vero che, di fronte al tuttora esistente grave affanno della Corte nell’assicurare una tempestiva risposta, con la conseguenza che tuttora vi sono ricorsi pendenti da più lustri, una modifica del genere rischia, soprattutto rispetto all’Italia, di apparire poca cosa; ma a mio avviso non deve disperarsi circa il futuro, laddove l’abbreviazione dei tempi di trattazione si traducesse davvero in un veloce accesso alla decisione soprattutto dei casi di forte impatto, con discendenti effetti positivi per la gestione veloce del residuo contenzioso.

Quanto ai profili intertemporali, l’art. 4 del protocollo – che comporta la modifica del termine di presentazione dei ricorsi a Strasburgo – entrerà in vigore, secondo l’art. 8 del protocollo stesso, in via differita rispetto all’entrata in vigore generale dello strumento; tale efficacia si avrà “alla scadenza di un periodo di sei mesi dalla data di entrata in vigore”, la quale ultima, come detto, è fissata il 1° agosto 2021. Giova altresì notare che, sempre secondo l’art. 8 citato, la riduzione dei termini “non si applica ai ricorsi in merito ai quali la decisione definitiva ai sensi dell’articolo 35, par. 1, della Convenzione sia stata presa prima della data di entrata in vigore dell’articolo 4” del protocollo. In altre parole, con modalità tuzioristica, per il combinato disposto delle due disposizioni la riduzione si applicherà solo per i ricorsi consequenziali ai passaggi in giudicato che si verificheranno dopo il sesto mese a partire dal 1° agosto 2021. La Corte – come si evince dal comunicato prima citato – renderà note le modalità applicative concrete, probabilmente previo adattamento del Regolamento.

## 5. La futura ratifica del protocollo n. 16: un protocollo... sospeso.

Non si è precedentemente menzionato – e lo si fa ora per concludere con qualche osservazione sul tema connesso della sorte dell’altro protocollo emanazione del processo di Interlaken – che il 26 settembre 2017, approvando il disegno di legge C. 2801 di iniziativa governativa (che assorbiva altro progetto del deputato Schullian relativo al solo protocollo n. 16), la Camera dei deputati aveva dato il *placet* a una linea politica di autorizzazione alla ratifica congiunta dei protocolli n. 15 e n. 16 alla Convenzione; la fine della XVII legislatura, tuttavia, ve-

deva nel marzo 2018 fermo al Senato il pacchetto normativo. Il reiterato disegno di legge governativo assumeva nella XVIII legislatura il n. C 2801 e, nuovamente assorbendo un'iniziativa del deputato Schullian, avviava nella seconda metà del 2018 un *iter* presso la Camera che sin dall'inizio appariva fortunoso.

Solo il 30 settembre 2020 l'aula della Camera approvava il testo ma, dopo l'approvazione nelle commissioni riunite Giustizia e Affari di proposte di stralciare da esso l'autorizzazione alla ratifica del protocollo n. 16, il testo stesso era oramai ridotto alla sola autorizzazione relativa al protocollo n. 15, con approvazione definitiva del Senato il 12 gennaio 2021 e con successiva promulgazione e pubblicazione della l. n. 11 del 15 gennaio 2021 di cui si è detto in esordio.

Gli eventi – per vero pur non scanditi da tappe forzate – e le prese di posizione innanzi alle predette commissioni riunite della Camera nei due anni intercorsi tra la metà del 2018 e la metà del 2020 non potrebbero essere riassunti in breve<sup>17</sup>. Colpisce comunque che, nell'ambito delle audizioni disposte dalle commissioni riunite, le voci del mondo giudiziario siano state quasi tutte a favore del recepimento (e lo erano state anche in sede di indagini conoscitive preliminari)<sup>18</sup>. Viceversa le opinioni di alcuni giuspubblicisti sembrano aver pesato nel suscitare dubbi addirittura di costituzionalità, evidentemente non controbilanciati a sufficienza nel dibattito parlamentare. A mio avviso, una palese infondatezza di tali argomenti è poi emersa dai contributi apparsi in letteratura<sup>19</sup>.

Com'è stato notato, per il momento il sistema Italia può accontentarsi del fatto che lo “spacchettamento” delle due leggi di autorizzazione abbia prodotto il frutto dell'entrata in vigore del protocollo n. 15: “sebbene introduca innovazioni importanti ... ma nel complesso più marginali di quelle previste dal protocollo n. 16, il ritardo italiano nel suo recepimento rischiava di provocare più evidenti conseguenze istituzionali”<sup>20</sup>. Infatti, mentre il protocollo n. 15, in quanto emendativo di norme strutturali della Convenzione, sarebbe potuto entrare in vigore solo con la ratifica di tutte le parti contraenti, il protocollo n. 16 è stato formulato in vista dell'entrata in vigore solo tra gli stati ratificanti.

---

<sup>17</sup> Ad essi sono stati dedicati numerosi elaborati sia su riviste online di più rapida consultazione sia in ambito scientifico. In questa rivista, si v. E. CRIVELLI, *op. cit.*, ove è contenuta un'accurata ricostruzione e valutazione dei lavori parlamentari, con una rassegna della letteratura sia scientifica sia divulgativa.

<sup>18</sup> Sia consentito richiamare nuovamente R. SABATO, *op. cit.* ove si ricordavano gli entusiastici accenti utilizzati dalle alte giurisdizioni italiane circa la prospettiva di una procedura di consultazione con la CEDU, in sede di *open call for contributions* sul futuro della Corte indetta a suo tempo dal nostro ministero della giustizia.

<sup>19</sup> V. di NUOVO, per una ricapitolazione, E. CRIVELLI, *op. cit.*.

<sup>20</sup> *IBID.*, 3.



Del resto, il deposito della ratifica contestuale o quasi (nell'ambito del mese) di entrambi i protocolli si è avuta per solo quattro (Albania, Estonia, Georgia e Lituania) dei sedici stati ratificanti il protocollo n. 16. Tra i sei stati firmatari e – sinora – non ratificanti l'Italia è in compagnia del Belgio e della Norvegia, ma anche della Moldova, della Romania e della Turchia. La considerazione sarebbe però incompleta se non si ricordasse che un nucleo imponente degli stati membri del Consiglio d'Europa (25 su 47) non ha sinora neanche firmato il protocollo (e tra questi ad es. l'Austria, la Germania, l'Irlanda, il Portogallo, il Regno Unito, la Spagna, la Svezia).

Come pare ormai chiaro, i timori relativi all'entrata in vigore, per il nostro paese ma non solo per esso (vista la predetta imponente platea di stati scettici), della procedura di consultazione ("parere consultivo") tra alte giurisdizioni nazionali e Corte, su cui si incentra il protocollo n. 16 secondo meccanismi che non pare il caso qui di ripercorrere<sup>21</sup>, sono suscitati da specifiche visioni relative al ruolo della Corte europea e, almeno in Italia, anche al rapporto tra essa e i giudici nazionali: si correrebbe il rischio – a mio avviso del tutto infondato – di marginalizzare la Corte costituzionale e, in generale, le istanze giurisdizionali interne (pur se esse si esprimono in senso diverso).

Altrove ho tentato di dimostrare come questa visione sia smentita, anzitutto, dalla considerazione storico-politica per cui i due protocolli, inseriti nell'unico disegno riformatore di Interlaken/Brighton, sono stati concepiti per accrescere (e non certo per diminuire) il ruolo delle autorità nazionali, in ottica di "sussidiarietà" rispetto al ruolo della Corte<sup>22</sup>.

Da un secondo punto di vista, senza poter entrare anche in questo caso nei dettagli – che comunque sono stati affrontati nei lavori parlamentari e in letteratura – relativi al permanere in Italia, pur dopo l'eventuale entrata in vigore della procedura di consultazione di cui al protocollo n. 16, dei meccanismi di "ingresso" nell'ordinamento di statuizioni normative di matrice CEDU (e in particolare di quelli concepiti dalla nostra Corte costituzionale con le sue due sentenze nn. 348 e 349 del 2007, oltre numerose altre tra le quali – eventualmente – anche la n. 49 del 2015 che pur presenta profili da approfondire), è evidente come un cambiamento di clima debba passare necessariamente attraverso il ribadirsi, da parte dei giudici nazionali, che – quando la consultazione ai sensi del protocollo dovesse far emergere un contrasto non superabile tra norme – sarà pur sempre necessario ricorrere all'incidente di legittimità costituzionale, che lascerà arbitra la Consulta circa il dichiarare o non dichiarare incostituzionale la norma interna.

<sup>21</sup> Ma v. R. SABATO, *op. cit.*.

<sup>22</sup> *IBID.*, con ampi riferimenti.

Un chiarimento di questo tipo, in sedi formali e informali, a mio avviso potrebbe eliminare alcuni degli alibi ostativi.

Ma quel che mi preme sottolineare, da un terzo e ultimo punto di vista, è che in sede internazionale – specie dopo che le problematiche poste dall'emergenza epidemica hanno evidenziato la necessità di modalità operative moderne ed efficienti, anche nel mondo della giustizia – si intravede il ritorno di interesse per il protocollo n. 16 che – in Italia – è nel limbo di “color che son sospesi”.

In tal senso, si è già richiamato che, nella sessione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 4 novembre 2020, in occasione del 70° anniversario della Convenzione, la decisione n. 4 ha riguardato l'invito agli stati parti “*a considerare la firma e la ratifica del protocollo n. 16 alla Convenzione al fine di migliorare ulteriormente l'interazione tra la Corte e i tribunali nazionali, rafforzando in tal modo l'attuazione della Convenzione, in conformità con il principio di sussidiarietà*”.

Non sarà poi privo di significato che, dopo l'entrata in vigore del protocollo nel 2018, ci siano state 6 nuove ratifiche di esso, e che siano state sottoposte ad oggi alla Corte – secondo quanto risulta pubblicamente dalla pagina web all'uo-  
po creata<sup>23</sup> – cinque richieste di parere ai sensi del protocollo.

Si tratta di dati che difficilmente il Parlamento potrà ignorare, specialmente se, come potrebbe capitare, un congruo numero di stati, nei prossimi anni, dovesse ulteriormente firmare e ratificare il protocollo.

Resta da aggiungersi una considerazione finale su cosa possa fare, invece, la stessa Corte di Strasburgo. Ovviamente non può neanche ipotizzarsi che la Corte sia direttamente coinvolta in dinamiche in essere in più paesi circa specifici dubbi inerenti il protocollo n. 16; lo sguardo della Corte deve però volgersi a una più ampia prospettiva di contribuire a incentivare – come richiesto dal Comitato dei Ministri – l'accessione di quanti più stati possibile. Io credo che, al di là degli sforzi meritori già in corso di creare quella “comunità dinamica di giudici europei” su cui l'attuale presidente Robert Spano ha incentrato il suo mandato (e che trova nella Rete delle corti superiori un importante stimolo<sup>24</sup>), il compito cui la Corte è chiamata sia – oltre a quello di proseguire con vigore la missione di supervisore internazionale della tutela dei diritti umani – quello di far vivere, con immediatezza, l'afflato verso la sussidiarietà “forte”, rettamente intesa, che il protocollo n. 15 esplicita e che la giurisprudenza della Corte sempre più potrà mostrare. Cadranno altri alibi e procedure di consultazione, quali quella del protocollo n. 16, non potranno far paura.

---

<sup>23</sup> [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinion-s&c=#n16117470544134546839403\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinion-s&c=#n16117470544134546839403_pointer).

<sup>24</sup> <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/dialoguecourts/network&c=>.

## La rimessione alla Corte costituzionale anche per contrasto con la CEDU e/o con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intreccio delle variabili oggettive. – 2.1. L'integrazione sovranazionale della Costituzione. – 2.2. La “vita” della Cedu nell'ordinamento giuridico italiano. – 2.3. La “forza” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 3. L'armonizzazione delle variabili soggettive nel sistema reticolare. – 4. Il ruolo del giudice comune.

### 1. Premessa

Esaminare le problematiche che il giudice è tenuto ad affrontare quando rimette alla Corte costituzionale questioni di legittimità, per contrasto con la CEDU e/o con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, significa interrogarsi sulla capacità parametrica di tali testi, oltre che ovviamente della Costituzione, nei casi in cui essi si sovrappongono.

La capacità parametrica di un atto è indice della sua vitalità.

La vitalità di un testo dipende dalla sua applicazione.

L'applicazione è conseguenza dell'interpretazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> È in tal senso che secondo E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), corretta e ampliata a cura di G. Crifo, Milano, 1990, 802 ss., l'interpretazione è attività decisoria, non meramente conoscitiva. D'altra parte, come rilevato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 183, «nel processo interpretativo del diritto, il caso è la molla che muove l'interprete e dà direzione. Sulla base di esso, ci si rivolge al diritto per interrogarlo e avere da questo una risposta. dal caso l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso ritorna, in un procedimento circolare (il cosiddetto “circolo interpretativo”) di riconduzione bipolare che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche». Il rilievo attribuito al caso concreto spinge peraltro V. PETEV, *L'interprétation des faits et l'interprétation du droit*, in P. Amselek, *Interprétation et droit*, Bruxelles, 1995, 58, ad affermare che il significato di un testo normativo si comprende solo in rapporto alla situazione concreta che lega il testo al fatto; o, paradossalmente a ritenere che «l'interpretazione (...) presuppone necessariamente il momento dell'applicazione» (I. GIANNITI, *Applicazione*, in M. Ainis, *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000). Tale orientamento, però, «se preso sul serio, presenta il grave difetto di ridurre l'attività in-

L'interpretazione dischiude un mondo fatto di una molteplicità di elementi. Elementi oggettivi e soggettivi, tecniche e criteri interpretativi da un lato, pre-comprensioni, orientamenti e scelte dall'altro.

È nel mirabile gioco di incastro ermeneutico, dunque, che emerge quell'inestricabile connessione bidirezionale tra testo e soggetto che lo applica.

Due, quindi, le variabili attorno alle quali ruota, nel caso in esame, la rimessione dinanzi alla Corte.

Una variabile oggettiva determinata dai testi giuridici, considerati nella loro specificità strutturale e nella loro combinata intersezione. Una variabile soggettiva dipendente dall'autorità che interpreta, il giudice, nella fattispecie, tenuto conto della sua indiscussa autonomia e della possibile interpretazione evolutiva<sup>2</sup>.

Nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali, la relazione tra soggetto e oggetto presenta indiscusse peculiarità, in senso sincronico e diacronico.

Dal primo punto di vista, una prima specificità della relazione emerge dalla necessità di declinare *al plurale* le due variabili.

Non vi è un solo testo. La Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, la Cedu, la Costituzione sono diversi per natura, origine e struttura, ma oggi, inscindibilmente connessi, tutelano diritti tra loro complementari e armonici.

Non vi è un solo giudice. I protagonisti della tutela multilivello dei diritti sono molti: Corte di giustizia dell'Unione europea, Corte di Strasburgo, Corte costituzionale, giudici comuni. In un quadro di proficua collaborazione, ciascuno gioca un ruolo decisivo affinché «fra i diversi sistemi di garanzia (...) sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti»<sup>3</sup>.

In senso diacronico, i diversi protagonisti dello scenario nazionale ed europeo hanno instaurato un rapporto peculiare e mutevole nel tempo. Un rapporto intenso, non sempre caratterizzato da reciproche condivisioni, fatto anche di momenti di chiusura, di scontri, di riottosità<sup>4</sup>. Rari i monologhi, sempre fruttuose

---

terpretativa all'interpretazione in concreto, attività tipica, se non esclusiva del giudice», finendo con il sottovalutare l'importanza dell'interpretazione "in astratto" come attività conoscitiva, propria dei giuristi (R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 9 s.). Sulla distinzione tra applicazione e interpretazione, sul presupposto che tutti possono interpretare un testo giuridico ma non tutti possono applicarlo, cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 42 ss.

<sup>2</sup> Sugli effetti dell'interpretazione giudiziale, quale interpretazione decisoria, cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, 23 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 86 ss.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 269 del 2017.

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. F. VIGANÒ, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano nella prospettiva della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 4 s.

invece le interazioni dialogiche. Un rapporto che si è arricchito di progressivi sviluppi. Sviluppi lenti e gradualisti, mai eccessivamente bruschi o repentini, spesso legati ad ampliamenti istituzionali, modifiche normative, assestamenti giurisprudenziali.

È proprio tenuto conto di siffatte evoluzioni che occorre riflettere sull'interazione tra testi e soggetti, al fine di comprendere, poi, se e in che modo uno di questi soggetti, ovvero il giudice comune possa scegliere, tra le diverse e concorrenti strade, la rimessione alla Corte costituzionale.

## 2. L'intreccio delle variabili oggettive

### 2.1. L'integrazione sovranazionale della Costituzione

Benché ultrasettantenne, la Costituzione è un testo “giovane”, sempre attuale, perché elastico, dinamico, flessibile.

Nasce nel 1948, prima ancora della ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, avvenuta nel 1950 e prima ancora dell'istituzione della prima Comunità economica europea, ovvero la CECA (Comunità economica del carbone e dell'acciaio, 1951).

Eppure, non v'è dubbio alcuno, oggi, che la protezione dei diritti fondamentali, garantita dalla Costituzione, viene ispirata, arricchita, completata dalla Cedu e dalla Carta dei diritti UE, oltre che da altri testi internazionali sui diritti umani<sup>5</sup>, secondo un «armonizzato» riparto di competenze<sup>6</sup>.

Come efficacemente chiarito dalla Corte costituzionale, «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali (...) può e deve (...) costituire *strumento efficace di ampliamento della tutela stessa* (...). Il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, concetto nel quale deve essere compreso (...) il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela»<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Si pensi al richiamo al Patto sui diritti civili e politici contenuti nella sent. n. 63 del 2019 e nella ord. n. 117 del 2019 della Corte costituzionale.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 2012. Corsivo aggiunto.

D'altra parte, è lo stesso art. 53 della Cedu a stabilire che, nei rapporti tra diritto nazionale e Cedu, prevale il catalogo che assicura il più alto livello di protezione, disponendo espressamente che «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

Le norme Cedu integrano dunque il parametro di costituzionalità, nell'ottica di un rafforzamento della tutela dei diritti derivante da un proficuo coordinamento tra fonti nazionali e sovranazionali.

Guardando poi alle interazioni tra Carta costituzionale e Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, «alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (...) che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...) occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. *I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana*»<sup>8</sup>.

Ecco allora che le garanzie approntate dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si aggiungono, si sovrappongono, si intersecano rispetto a quelle previste dalla Costituzione. È quindi in forza degli artt. 11 e 117, comma 1, della Costituzione che la Carta Ue integra i parametri interni per assicurare «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»<sup>9</sup>. Al fine di conseguire tale obiettivo, nella concorrenza tra i diversi strumenti di tutela, è lo stesso art. 53 della Carta Ue a disporre espressamente – in perfetta armonia con quanto prescritto dal corrispondente art. 53 della Cedu – che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

Si innesca così un meccanismo ispirato al pluralismo e alla sussidiarietà. Fondamentale l'esigenza di conseguire un equilibrato bilanciamento tra i due principi. Nella costante interazione tra i diversi sistemi, uno soccorre in caso di

---

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 269 del 2017. Corsivo aggiunto.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 269 del 2017.

minor tutela offerta dall'altro, al fine di garantire la protezione più efficace. La tutela multilivello garantisce, nell'osmosi tra le diverse fonti, l'operatività della norma che offre uno *standard* maggiore<sup>10</sup>.

In questa «sorta di “puzzle” giuridico che mette insieme varie Carte, nazionali, europee e internazionali», occorre una precisazione sulle “regole” che disciplinano il gioco di incastro<sup>11</sup>.

Regole che derivano dalle peculiarità caratterizzanti il rapporto con i due ordinamenti sovranazionali.

La Cedu «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti». Si tratta invece di «un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, *ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto*, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri»<sup>12</sup>.

La Cedu non è dunque direttamente applicabile, né le sue norme dotate di efficacia diretta<sup>13</sup>.

Esse, in quanto norme pattizie, esulano anche dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma della Costituzione, posto che esso si riferisce «soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano». Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, come la Cedu non assurgono a «parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (...) ovvero come norme interposte ex art. 10 della Costituzione». Rappresentano, invece, il parametro interposto rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in

<sup>10</sup> Così, R. CONTI, *Art. 53*, in *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, Taranto, 2009, 641 s.

<sup>11</sup> In tale senso, cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia. Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017)*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>12</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>13</sup> Benché spesso utilizzate con valore sinonimico, le due espressioni si riferiscono a istituti diversi. La diretta applicabilità è una caratteristica degli *atti* che non necessitano di interposizione a livello nazionale ai fini della loro operatività. Pertanto, per definizione, i regolamenti sono atti direttamente applicabili; le direttive non sono atti direttamente applicabili. L'efficacia diretta, invece, è una peculiarità che connota le *norme* contenute negli atti e presuppone un processo ermeneutico, ai fini della sua individuazione. Esplicano, dunque, efficacia diretta le norme sufficientemente precise, chiare, incondizionate, attributive di diritti ai singoli e, se contenute nelle direttive, invocate nei rapporti verticali. Il giudice comune autonomamente o con l'ausilio della Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, è competente a constatarne l'operatività.



cui prescrive che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto (...) dei vincoli derivanti (...) dagli obblighi internazionali».

È in tal senso che l'art. 117, comma 1, della Costituzione va integrato con la Cedu, per garantire una tutela «sistemica e non isolata»<sup>14</sup>.

Le norme della Carta dei diritti Ue, invece, possono avere effetti diretti ma, come espressamente sancito all'art. 51, tale testo «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati». Ciò significa che la Carta interagisce nel sistema reticolare interno e sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna è «disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione (...) – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»<sup>15</sup>. In altre parole, la Carta «non ha fissato una competenza generale dell'Unione in materia di diritti fondamentali», ma presuppone «la “corrispondenza” con una specifica competenza dell'Unione»<sup>16</sup>. La Carta rileva quindi negli ordinamenti nazionali «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», come indicato dall'art. 51 della Carta stessa. Non può e non deve trovare applicazione nelle fattispecie puramente interne, cioè prive di qualsiasi elemento di collegamento con il diritto dell'Unione, a pena di un vero e proprio illegittimo *spill-over effect*, ovvero di un effetto di traboccamento non consentito.

## 2.2. La “vita” della Cedu nell'ordinamento giuridico italiano

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata nel 1950, entra in vigore nel 1953. In Italia viene ratificata con legge n. 848 del 1955 e, ad oggi, esplica effetti in tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa.

Durante l'“infanzia”, la Cedu vive ai margini dell'ordinamento giuridico nazionale. Esplica un'efficacia piuttosto limitata e circoscritta, «restando nota soltanto a una ristretta cerchia di studiosi e pratici di diritto internazionale»<sup>17</sup>.

Nella fase “adolescenziale”, tutto si complica.

Inizia la confusione.

---

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

<sup>15</sup> Corte cost., sentt. nn. 80 del 2011, 210 del 2013, 63 del 2016, 279 del 2019, 278 del 2020, 138 del 2021.

<sup>16</sup> COSÌ, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia. Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017)*, cit., 5.

<sup>17</sup> COSÌ, F. VIGANÒ, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., 1.

Il recepimento con legge ordinaria induce a considerare le norme della Cedu sul piano primario. Ciò implica però l'eventuale, possibile abrogazione o deroga delle stesse ad opera di leggi successive nel tempo. A conferma di tale collocazione nel sistema delle fonti milita l'assenza di qualsivoglia riferimento in Costituzione. Il meccanismo di rinvio automatico di cui all'art. 10 Cost. è espressamente circoscritto alle sole «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», ovvero norme di natura consuetudinaria. L'appiglio all'art. 11 Cost. appare assai improbabile a fronte della mancanza, nello spazio giuridico internazionale del Consiglio d'Europa, di effettive «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni». Formalmente, impossibile, dunque, riconoscere grado costituzionale alle norme Cedu. Tale considerazione mal si concilia però con lo spirito, con la sostanza, con la *ratio* sottesa al testo stesso. La Cedu nasce con lo scopo di tutelare i diritti fondamentali, ovvero quel che rappresenta il nucleo duro della Costituzione.

In questo quadro di totale incertezza sulla capacità parametrica della Cedu, essa viene applicata in modo confuso e poco definito. Tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta molti giudici, compresa la Corte di cassazione, iniziano a disapplicare le norme nazionali antinomiche con la Convenzione.

Molti i dubbi e le perplessità.

È nella stagione della “maturità” della Cedu che due interventi normativi segnano dei significativi momenti di svolta.

A livello interno, la riforma costituzionale del 2001, con il novellato art. 117, comma 1, Cost., formalizza espressamente il vincolo derivante dagli obblighi internazionali. Lo scenario normativo cambia, ma non le incertezze.

Anzi. Il disorientamento aumenta.

Diventa ineluttabile l'intervento della Corte costituzionale.

Il primo momento di svolta si ha dunque con le c.d. sentenze gemelle, le n. 348 e n. 349 del 2007.

A fronte della distorta applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost., la Corte interviene per porre definitivamente un argine alla sempre più diffusa tendenza dei giudici a disapplicare norme nazionali contrastanti con la Convenzione. Le norme Cedu, secondo la Corte, non possono, in alcun modo, consentire la disapplicazione di norme nazionali con esse antinomiche perché non implicano alcuna limitazione di sovranità, né producono dunque effetti diretti, a differenza delle norme dell'Unione europea. Diverse, quindi, le strade che ciascun giudice deve percorrere. In primo luogo, esperire il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, «entro i limiti in cui ciò è permesso dai testi delle norme»<sup>18</sup>. Presupposto indefettibile che consente l'o-

<sup>18</sup> Corte cost., sent. n. 349 del 2007.

peratività del criterio ermeneutico in esame è infatti la natura polisense della disposizione nazionale: solo laddove sia possibile cogliere più norme sarà possibile scegliere quella conforme al disposto convenzionale. Quando, invece, siffatta possibilità è esclusa dalla lettera della legge, non potendo leggere quel che nella disposizione non c'è, anche qualora si volesse ci sia, l'unica strada da percorrere è il giudizio di costituzionalità, con riguardo all'art. 117, comma 1, Cost., integrato con le norme della Cedu. È a questo punto che al giudice costituzionale compete un doppio controllo. Una sorta di «esame di ammissione», avente ad oggetto le norme della Convenzione<sup>19</sup>. Esse, in quanto integrazione del parametro nazionale, non possono contrastare con il dettato costituzionale e, a fronte di un'eventuale siffatta antinomia, non possono avere ingresso nel sistema delle fonti italiane e spetta dunque alla Corte espungere la norma convenzionale dall'ordinamento, in forza del «controinteresse costituzionale» al rispetto del vincolo sovranazionale<sup>20</sup>. Qualora invece l'esame di ammissione abbia esito positivo e la Corte ritenga che la norma nazionale collida effettivamente con la norma Cedu, la prima, oggetto del sindacato, viene dichiarata illegittima.

Il quadro sembra chiarissimo.

Anche se non da tutti condiviso. Come noto, il richiamo alle «limitazioni di sovranità», di cui all'art. 11 della Costituzione, non si riferiva – né poteva esserlo, in quanto cronologicamente precedente – a quelle limitazioni derivanti dall'adesione dell'Italia al sistema delle Comunità europee. Ora, l'adattamento successivo a tale ordinamento *sui generis*, tramite l'appiglio all'art. 11 Cost., potrebbe comunque non escludere l'utilizzo della medesima disposizione costituzionale per garantire un fondamento costituzionale a diversi sistemi sovranazionali<sup>21</sup>. D'altra parte, dai lavori dell'Assemblea costituente, emerge che «l'espressione "limitazioni di sovranità" non venne usata in senso tecnico, bensì in un senso generico e atecnico, ossia nel senso di ampi e penetranti vincoli internazionali»<sup>22</sup>. Ricomprendere, dunque, nell'ambito di operatività dell'art. 11

---

<sup>19</sup> In tal senso. G. SILVESTRI, *Rapporti tra diritto interno e diritto internazionale: l'efficacia della Cedu nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Associazione per gli Studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 2010, 71.

<sup>20</sup> Corte cost., sentt. nn. 348, 349 del 2007, 238 del 2012.

<sup>21</sup> Per tale orientamento, cfr. C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *www.giurcost.org*, 2017.

<sup>22</sup> Così, A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, in *Commentario della Costituzione – Principi Fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 578.

Cost. anche la Convenzione «non rappresenterebbe (...) una forzatura dogmatica (...) ma piuttosto un esito pienamente in linea con la lettera e con lo spirito originario di tale articolo»<sup>23</sup>.

Forse, anche a fronte di tali considerazioni, le precisazioni della Corte non fuggano i dubbi. Tutt'altro. Sono foriere di ulteriori incertezze. Molte le disapplicazioni mascherate sotto forma di interpretazioni conformi che celano la difficoltà dei giudici di raggiungere quel delicato equilibrio tra il dovere di conformarsi ai *dicta* della Corte costituzionale e il dovere di prestare fedeltà ai vincoli internazionali, tra interpretazione costituzionalmente conforme e lettura convenzionalmente orientata<sup>24</sup>.

È in tale contesto che si inserisce il secondo intervento normativo.

Il 1° dicembre 2009 entra in vigore il Trattato di Lisbona. A seguito delle modifiche da questo apportate, l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea dispone, al par. 2, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e, al par. 3 che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione (...) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *fanno parte* del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali»<sup>25</sup>.

Nell'incertezza già ampiamente diffusa si insinua una lettura di tale disposizione che alimenta le perplessità sulla natura giuridica della Cedu.

Per effetto di tale prescrizione, la Cedu diventa parte integrante del diritto dell'Unione e, in forza di tale assorbimento, esplica efficacia diretta. Muta, secondo tale orientamento, la collocazione delle norme Cedu nel sistema delle fonti, rendendo inattuale la ricostruzione della Corte volta a qualificarle quali norme interposte. Aumentano significativamente le disapplicazioni, ad opera dei giudici comuni, di norme nazionali antinomiche con quelle Cedu.

Ineluttabile un nuovo intervento della Corte costituzionale. È con la sentenza n. 80 del 2011 che il giudice costituzionale ribadisce le considerazioni da esso svolte «riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (...), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla

<sup>23</sup> COSÌ, O. POLLICINO, V. SCJARABBA, *A proposito della Cedu e del suo fondamento costituzionale* (Brevi considerazioni a margine del volume di A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Giuffrè, 2017), in *www.diritticomparati.it.*, 2019. Secondo A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Milano, 2017, 13, non è possibile «dubitare che attraverso la formulazione dell'articolo 11, il costituente volesse affermare un principio di carattere generale valevole per consentire una *qualsiasi* limitazione di sovranità proveniente da una *qualsiasi* organizzazione internazionale, volta ad assicurare la pace la giustizia fra le nazioni».

<sup>24</sup> Cfr., *ex plurimis*, le diverse e censurabili strade percorse dal Tribunale di Milano, 13 marzo 2017; Tribunale di Palermo; 28 marzo 2017; Cassazione, 5 settembre 2017, n. 40076.

<sup>25</sup> Corsivo aggiunto.

qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). Le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «fanno parte» – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione (...). Già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia – che la statuizione in esame è volta a recepire – era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero “parte integrante” dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto».

Né pare condivisibile, secondo la Corte, conseguire lo stesso obiettivo, tramite la “trattattizzazione” indiretta della CEDU, alla luce della “clausola di equivalenza” che figura nell'art. 52, par. 3, della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione]. In base a tale disposizione (...), ove quest'ultima “contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione” (...)<sup>26</sup>. Ciò non significa però, secondo la Corte, che i diritti previsti dalla Cedu che hanno un corrispondente nella Carta Ue vengono assorbiti nel diritto dell'Unione europea, consentendo alle rispettive norme di esplicare efficacia diretta.

La Corte ribadisce, dunque, la qualificazione *formale* delle norme Cedu, come norme interposte nel sistema delle fonti, escludendo risolutamente che il richiamo ad esse contenuto in fonti Ue possa in alcun modo consentire alle stesse un “traboccamento” rispetto ai propri limitati e circoscritti effetti.

Sul piano *sostanziale*, resta ferma l'indubbia e proficua cooperazione tra fonti. Pertanto, «allorché un diritto fondamentale trovi protezione, sia in una norma costituzionale, sia in una norma della CEDU, vi è una concorrenza di tutele che si traduce in un'integrazione di garanzie»<sup>27</sup>. In tal caso, dunque, «il rispetto degli obblighi internazionali (...) può e deve (...) costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»<sup>28</sup>.

### 2.3. La “forza” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è un testo giovanissimo rispetto alle “concorrenti” Carte.

---

<sup>26</sup> Corte cost., sent. n. 80 del 2011.

<sup>27</sup> Corte cost., *ex plurimis*, sentt. nn. 25 del 2019, 145 del 2020, 182 del 2021.

<sup>28</sup> Corte cost., *ex plurimis*, sentt. nn. 317 del 2009, 120 del 2018, 182 del 2021.

Proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 da Parlamento, Commissione e Consiglio europeo, ri-proclamata a Strasburgo nel dicembre 2007, acquisita efficacia giuridica vincolante solo a partire dal 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Una "vita" travagliata, sin dalla nascita. Eppure, tale documento ha prodotto effetti significativi, recando un indispensabile contributo al processo di valorizzazione e tutela dei diritti fondamentali.

La "vitalità" della Carta non ha atteso infatti i tempi delle decisioni politiche: il testo ha manifestato sin da subito la propria "forza".

Non è mai stata considerata una semplice elencazione di principi meramente morali, una mera codificazione<sup>29</sup>, ma un testo scritto, solenne e ufficiale, un vero e proprio *Bill of Rights*, tale da suggellare definitivamente il passaggio, già da tempo iniziato in via pretoria, da un'Unione europea solo economica a un'Unione politica e di diritti<sup>30</sup>. La Carta non introduce una tutela *ex novo*, ma reca un contributo, sia pur notevole, rispetto alla garanzia assicurata in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia. Attribuisce ai preesistenti diritti un «*plusvalore*»<sup>31</sup>, rappresenta un modello di regolamentazione «combinato», che introduce un sistema di tutela congeniale alle esigenze dell'Unione<sup>32</sup>. La Carta contribuisce inoltre a creare nei cittadini dell'Unione la consapevolezza della loro comune identità, al fine di renderli i veri protagonisti della costruzione europea<sup>33</sup>.

Ecco allora che, a fronte di tale ruolo giocato dalla Carta, le istituzioni europee ne hanno immediatamente rispettato l'obbligatorietà nel processo decisionale<sup>34</sup>. I giudici, europei e nazionali, l'hanno richiamata e spesso applicata anche prima dell'affermata vincolatività giuridica<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Così, F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. Pocar (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 1179 s.

<sup>30</sup> In tal senso, cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur cost.*, 2001, 193 ss.

<sup>31</sup> Così, A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur cost.*, 2001, 196.

<sup>32</sup> In tal senso, A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritti pubblico comunitario*, 2002, 31 ss.

<sup>33</sup> Per tale orientamento, cfr. S. RODOTÀ, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, in *La Repubblica*, 3 gennaio 2001; L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 566 ss.

<sup>34</sup> In tal senso, cfr. F. FERRARI, L. MONTANARI, *I diritti nel progetto di Costituzione europea*, in *Diritto pubblico comunitario europeo*, 2003, 1714.

<sup>35</sup> Basti pensare alla nota sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo 30 novembre 2000, ove al punto 8 della motivazione richiama la Carta, ancor prima della proclamazione ufficiale della stessa.

La Carta è stata utilizzata, sia pur soltanto *ad adiuvandum*, «per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei», da Corti costituzionali<sup>36</sup>, da giudici ordinari<sup>37</sup>, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>38</sup> e più volte dal Tribunale di I istanza<sup>39</sup>. Anche gli Avvocati generali della Corte di giustizia, nelle conclusioni ad essa presentate, hanno richiamato la Carta, come «immediato ausilio interpretativo», quale «fonte preziosissima» e «strumento privilegiato» di identificazione dei diritti e dei principi generali del diritto comunitario<sup>40</sup>.

Per lungo tempo, invece, proprio la Corte di giustizia si è mostrata particolarmente restia a richiamare la Carta, omettendo di menzionarla anche solo per confutare le tesi degli Avvocati generali<sup>41</sup>. È soltanto nella sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, che i giudici di Lussemburgo, rompendo quel silenzio impassibile, quasi provocatorio<sup>42</sup>, hanno espressamente richiamato la Carta dei diritti fondamentali<sup>43</sup>. Pur rilevando l'importanza di questa

---

Ci sia consentito rinviare a A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. (Rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*, 2004.

<sup>36</sup> Corte cost., sentt. nn. 135 e 445 del 2002, 393 e 394 del 2006; Tribunal constitutional portoghese, acordao n. 275/02.

<sup>37</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte d'appello di Roma, 11 aprile 2002, con nota di CALVANO, *La Corte d'Appello di Roma applica la Carta dei diritti Ue. Diritto pretorio o Jus commune europeo?*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; TAR Sicilia, 10 dicembre 2003, n. 79; TAR Emilia Romagna, 20 giugno 2002, n. 959; TAR Marche, 23 febbraio 2004, n. 67.

<sup>38</sup> Corte di Strasburgo, 11 luglio 2002, *Goodwin*, in *Racc.*, CEDU, 447.

<sup>39</sup> Si vedano, tra i primi casi di applicazione della Carta, Tribunale di primo grado, 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröbren-Werke AG contro Commissione delle Comunità europee*; Id., 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *Max.Mobil Telekommunikation Service GmbH/Commissione delle Comunità europee*; Id., 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quééré e Cie SA contro Commissione delle Comunità europee*; Id., 15 gennaio 2003, cause riunite T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01, T-272/01, *Philips Morris International, Inc. (e altri) contro la Commissione delle Comunità europee*. Per ulteriori applicazioni della Carta, ci sia consentito rinviare a CELOTTO-PISTORIO, *L'efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. it.*, 2005, 427 ss.

<sup>40</sup> Il primo Avvocato Generale è stato A. Tizzano, nelle conclusioni presentate l'8 febbraio 2001, causa 173/99, *BECTU/Secretary of State for Trade and Industry*.

<sup>41</sup> Si rammenta, tuttavia, che laconici riferimenti, sia pur con portata piuttosto limitata, si rinvengono nell'ordinanza 18 ottobre 2002, C-232/02, *Commissione c. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, nella sentenza 23 ottobre 2003, causa C-245/01, *RTL Televisión* e nella sentenza 12 maggio 2005, causa C-347/03, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e ERSA*.

<sup>42</sup> In tal senso, cfr. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. Cost.*, 2002, 527.

<sup>43</sup> CGCE, 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, ove la Corte ha rilevato che «Se è pur



prima applicazione *formale*, è noto però che già dai primi anni del Duemila nella giurisprudenza europea si evince una penetrazione *sostanziale* dei principi della Carta stessa<sup>44</sup>.

Ad oggi, è innegabile la funzione assolta da tale testo nel garantire una maggiore effettività della tutela multilivello dei diritti, fugando così ogni dubbio in merito alle «preoccupazioni circa un possibile imbrigliamento della “creatività” dei giudici europei», derivante dalla codificazione della materia in un documento scritto<sup>45</sup>. Anzi, la Carta, nel suo ruolo di «Carta di Carte», ovvero sintesi del processo di costituzionalizzazione e «saldatura di un tessuto costituzionale comune agli Stati membri», assicura che la tutela dei diritti sia efficace, effettiva, ma soprattutto dinamica nel contesto interordinamentale<sup>46</sup>.

Il dinamismo della Carta si sviluppa in maniera più evidente sin da quando il testo, acquistando lo stesso valore giuridico dei Trattati – con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona – assume, nell’ottica assiologico-sostanziale<sup>47</sup>, una portata precettiva simile se non concorrente con quella di una Costituzione nazionale<sup>48</sup>.

---

vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l’importanza affermando, al secondo ‘considerando’ della direttiva, che quest’ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall’art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta. L’obiettivo principale della Carta, come emerge dal suo preambolo, è peraltro quello di riaffermare “i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla [CEDU], dalle carte sociali adottate dall’Unione e dal Consiglio d’Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte (...) e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo” (punto 38). La Corte ha osservato inoltre che «L’art. 7 della Carta riconosce parimenti il diritto al rispetto della vita privata o familiare. Tale disposizione dev’essere letta in correlazione con l’obbligo di prendere in considerazione il superiore interesse del minore, sancito dall’art. 24, n. 2, della Carta medesima, tenendo conto parimenti della necessità per il minore di intrattenere regolarmente rapporti personali con i due genitori, necessità affermata dal medesimo art. 24, n. 3» (punto 58).

<sup>44</sup> A partire dalla sentenza 12 giugno 2003, C-112/00 *Schmidberger Internazionale*, ad esempio, quando, per la prima volta, la Corte di giustizia riconosce che le libertà economiche non sono prerogative assolute e che possono anche cedere in un eventuale bilanciamento con diritti fondamentali.

<sup>45</sup> COSÌ, G. BRONZINI, V. PICCONE, *Introduzione*, in *La Carta dei diritti dell’Unione europea. Casi e materiali*, cit., 16.

<sup>46</sup> COSÌ, G. BRONZINI, V. PICCONE, *Introduzione*, in *La Carta dei diritti dell’Unione europea. Casi e materiali*, cit., 14.

<sup>47</sup> In tal senso, cfr. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost., sen. n. 20 del 2019)*, in <https://www.giurcost.org>, 2019, 115 ss.

<sup>48</sup> COSÌ, G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2019, 8 s.

È soprattutto a partire da tale momento, ovvero dalla c.d. trattattizzazione della Carta che sono emerse alcune difficoltà applicative, a fronte della possibile di-applicazione di norme interne antinomiche con quelle della Carta, ma contestualmente lesive di principi e diritti consacrati in Costituzione. È proprio il ruolo giocato dalla Carta in tali fattispecie che ha incrementato il confronto e il dibattito tra giudici interni e sovranazionali, contribuendo a garantire una significativa evoluzione giurisprudenziale europea e nazionale.

### 3. L'armonizzazione delle variabili soggettive nel sistema reticolare

Siffatta evoluzione riempie di significato le c.d. variabili soggettive, ovvero, i modi in cui Corti e giudici ricorrono all'interpretazione e all'applicazione dei testi, autonomamente considerati e nella loro interazione.

Nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali, quale «obiettivo (...) di primaria importanza in materie oggetto di armonizzazione normativa», la parola chiave che anima i rapporti tra corti nazionali ed europee è la leale collaborazione<sup>49</sup>. È in nome di tale principio che è possibile scardinare l'«isolamento» delle singole individualità, per raggiungere, in uno spazio fatto di confini, l'*attraversamento* degli stessi, ovvero quel proficuo ed effettivo confronto dialogico<sup>50</sup>.

Se questo è l'obiettivo, diverse le strade indicate dalla Corte costituzionale.

A fronte di una parziale sovrapposizione tra Costituzione e Cedu, il giudice delle leggi «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione»<sup>51</sup>. Fondamentale, dunque, il rispetto dell'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo. Come noto, però, tale Corte garantisce una tutela frazionata, parcellizzata, quasi magmatica, e quindi ben diversa da quella assicurata dalla Corte costituzionale. Ecco allora che l'adeguamento alla Cedu non implica alcuna forma di «automatismo»<sup>52</sup>, essendo

---

<sup>49</sup> Corte cost., sent. n. 117 del 2019.

<sup>50</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *www.federalismi.it*, 2021, citando il lavoro di M.R. FERRARESE, *I confini e la voglia di attraversarli*, in AA.VV., *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2016, 55 ss., sottolinea l'importanza del dialogo tra Corti nello spazio giuridico europeo.

<sup>51</sup> Così, Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

<sup>52</sup> Così, G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti*

tenuto il giudice costituzionale, in ossequio peraltro al margine discrezionale garantito dalla stessa Corte EDU<sup>53</sup>, «a valutare come ed in quale misura *l'applicazione della Convenzione* da parte della Corte europea *si inserisca* nell'ordinamento costituzionale italiano»<sup>54</sup>. Operazione volta «non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele», tramite «una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata»<sup>55</sup>.

La qualificazione delle norme Cedu come norme interposte e dunque il filtro del giudice costituzionale appare fondamentale non solo per evitare le arbitrarie applicazioni dirette della Cedu da parte della giurisprudenza comune, ma anche per impedire che, in nome dell'adeguamento all'ordinamento internazionale, si realizzi «lo spiazzamento, o meglio l'aggiramento della Costituzione da parte dei giudici comuni»<sup>56</sup>.

A fronte di una parziale sovrapposizione tra Costituzione e Carta dei diritti fondamentali, la possibile efficacia diretta delle norme di quest'ultima ha suscitato preoccupazioni di non poco momento.

Pensiamo alle questioni doppiamente pregiudiziali. In presenza di una disposizione nazionale che suscita simultaneamente dubbi di costituzionalità e di conformità alla Carta dei diritti dell'Unione, il giudice potrebbe disapplicare la norma nazionale rilevando il (solo) contrasto con una norma europea dotata di effetto diretto.

*Nulla quaestio* sul versante sovranazionale.

Molti i dubbi, però, sul versante nazionale.

All'efficacia diretta della Carta di Nizza e alla possibile disapplicazione di norme nazionali con essa antinomiche da parte dei giudici comuni, non corrisponde infatti il riconoscimento nel nostro ordinamento dell'applicazione diretta della Costituzione – salvo ipotesi marginali – né, dunque, la disapplicazione di leggi illegittime. Tutt'altro. Il sistema di tutela dei diritti garantito dalla Costituzione italiana si fonda su un principio supremo che rappresenta un «ineliminabile trat-

---

*fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019, cit., 9.*

<sup>53</sup> Cfr., *ex plurimis*, CEDU, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*; Id., 16 dicembre 2010, *A, B e C c. Irlanda*.

<sup>54</sup> Così, Corte cost., sent. n. 264 del 2012. Corsivo aggiunto.

<sup>55</sup> Così, Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

<sup>56</sup> Così, G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019, cit., 10.*

to identificativo»<sup>57</sup> dell'ordinamento italiano, ovvero il sindacato accentrato della Corte costituzionale<sup>58</sup>.

È la Corte costituzionale a garantire, attraverso il proprio giudizio, la conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alla Costituzione, portando a compimento «l'edificio dello "Stato di diritto"»<sup>59</sup>, mentre il giudice è «il soggetto cui spetta di aprire o no il portone, che dà accesso alla Corte costituzionale», attraverso i controlli sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione<sup>60</sup>. Vero è che il sindacato accentrato ha subito nel tempo una progressiva marginalizzazione del suo ruolo preferenziale se non esclusivo con il riconoscimento della *primauté* e del consequenziale corollario della disapplicazione ad opera dei giudici comuni.

Tuttavia, quando sono in gioco i diritti fondamentali, la situazione si complica.

Per evitare che la funzione del giudizio incidentale e dunque il ruolo di garanzia della Corte, quale «giurisdizione costituzionale delle libertà»<sup>61</sup>, venga eccessivamente destabilizzata dall'efficacia diretta della Carta Ue (e dall'eventuale disapplicazione di norme interne con essa antinomiche), l'intervento del giudice costituzionale, a tutela del sistema nazionale, si è esplicato su due fronti.

A livello europeo, superando la tradizionale riottosità e attivando una collaborazione diretta con la Corte di giustizia.

A livello interno, proponendo ai giudici comuni una strada alternativa alla disapplicazione.

Con riguardo al giudice di Lussemburgo, significativo il cambio di rotta in tema di rinvio pregiudiziale.

Noto l'orientamento della Corte costituzionale in merito alla necessaria prevalenza da accordare al rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità,

---

<sup>57</sup> COSÌ, G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., 9.

<sup>58</sup> Che si tratti di un sistema «eclettico», ovvero che presenti alcuni elementi di diffusione già lo rilevava V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, 263, con riguardo al controllo sulla non manifesta infondatezza espletato dal giudice. Ancor più evidente a seguito del riconoscimento del primato del diritto dell'Ue e dunque della possibilità per il giudice comune di disapplicare norme interne se antinomiche con norme europee dotate di efficacia diretta.

<sup>59</sup> È così che viene definita la funzione della Corte costituzionale da P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, 1962, § 5.

<sup>60</sup> COSÌ, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, cit., 263, riprendendo l'immagine di P. Calamandrei.

<sup>61</sup> Secondo la nota definizione di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1971.

nei casi di doppia pregiudizialità. La soluzione del dubbio di comunitarietà era un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di legittimità costituzionale<sup>62</sup>. Il giudice *a quo*, a pena di inammissibilità per difetto di rilevanza, doveva interpellare la Corte di giustizia in sede interpretativa e, solo una volta chiariti i dubbi ermeneutici, poteva rivolgersi alla Corte costituzionale. In nome di un presunto diritto all'ultima parola o forse per evitare di prendere ordini dalla Corte di giustizia o venirne addirittura sconfessata, la Corte costituzionale ha per lungo tempo affidato la responsabilità ai giudici comuni, rifiutando di fatto il dialogo diretto con Lussemburgo e autoescludendosi così dal sistema decisionale di garanzia dei diritti<sup>63</sup>.

Fino al *revirement* del 2013. Con ordinanza n. 207, la Corte ha per la prima volta sollevato questione di legittimità costituzionale, in sede di giudizio in via incidentale. Inizia il dialogo. Quell'interazione proficua che nel tempo garantisce una tutela effettiva e significativa. Matura la consapevolezza che, nel sistema multilivello, in cui si intrecciano Carte e Corti, quel che conta non è «chi debba pronunciare la prima parola (...), conta invece un rapporto di apertura reciproca e di confronto tra le Corti, che consenta di individuare una soluzione comune capace di offrire la migliore risposta (...) all'esigenza di tutela dei diritti nel singolo concreto». Ed è così che, nel già ricordato spirito di leale collaborazione, la Corte costituzionale, prima di decidere sulle questioni di legittimità costituzionale ad essa sottoposta, si è rivolta in più occasioni alla Corte di giustizia per avere chiarimenti sull'esatta interpretazione di disposizioni europee<sup>64</sup>.

Alimentata di una nuova linfa vitale l'interazione con la Corte di giustizia, il giudice costituzionale aggiunge «una precisazione» di non poco momento sull'ordine delle priorità nelle questioni doppiamente pregiudiziali<sup>65</sup>, avvicinandosi alla rilettura in chiave evolutiva della sentenza *Simmmenthal* resa dalla Corte di giustizia nei casi *Melki Abdeli* e *A c. B*<sup>66</sup>.

Occorre rammentare, infatti, che con tali pronunce la Corte di giustizia aveva riconosciuto, nel rispetto di alcune condizioni, la possibilità di anteporre la questione di costituzionalità alla pregiudiziale europea<sup>67</sup>. Un'indubbia attenzione

<sup>62</sup> Corte cost. 536 del 1995, 319 del 1996, 108 del 1998. Più di recente, sent. n. 48 del 2017.

<sup>63</sup> Più approfonditamente, cfr. M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, 4503.

<sup>64</sup> Corte cost., ordd. nn. 117 del 2019, 182 del 2020.

<sup>65</sup> Siffatta «precisazione» è contenuta nella sentenza n. 269 del 2017. I successivi sviluppi e temperamenti emergono nelle decc. nn. 20, 63, 117, 119 del 2019, 182 del 2020, 182 del 2021.

<sup>66</sup> CGUE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*; Id., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B*.

<sup>67</sup> Le tre condizioni sono poste a garanzia del giudice comune. È possibile accordare priorità al giudizio

alle specificità dei sistemi nazionali, letta nell'ottica di garantire un'equilibrata compenetrazione tra esigenze nazionali e sovranazionali. È per effetto di tale evoluzione che si sviluppa una diversa «manifestazione della stessa *primaauté* del diritto europeo»<sup>68</sup>.

Via libera, dunque alla priorità del giudizio costituzionale rispetto al percorso europeo anche nell'ordinamento italiano.

A fronte di questioni doppiamente pregiudiziali, il giudice può quindi scegliere tra due strade.

Seguire il percorso europeo significa disapplicare la norma nazionale, previo, se opportuno, rinvio pregiudiziale a Lussemburgo.

Seguire il percorso nazionale significa invece rivolgersi alla Corte costituzionale, sollevando i dubbi di costituzionalità.

L'uno non esclude mai l'altro. Pertanto, anche a seguito di un eventuale rinvio alla Corte, il giudice sarà libero poi di sottoporre alla Corte di giustizia rinvio pregiudiziale sulla medesima disciplina, oggetto della questione già sollevata dinanzi al giudice costituzionale, ai fini di un'eventuale disapplicazione.

Una norma dotata di efficacia diretta, se contenuta nella Carta dei diritti – o in altre disposizioni europee in materia di diritti fondamentali<sup>69</sup> – non obbliga più il giudice alla sola disapplicazione, ben potendo, questi, esperire il tentativo di interpretazione conforme, rivolgersi alla Corte costituzionale.

Questa la novità.

Non è più dirimente nella scelta tra disapplicazione e rinvio al giudice costituzionale l'efficacia diretta o meno della norma dell'Unione.

Se la norma è priva di efficacia diretta, rivolgersi al giudice costituzionale è una scelta obbligata, sin da quanto affermato nella sentenza n. 170 del 1984. Qualora invece la norma sia dotata di efficacia diretta e siano in gioco i diritti fondamentali, è comunque possibile interpellare la Corte costituzionale.

---

costituzionale purché i giudici «restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

<sup>68</sup> Così, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. Cost.*, 2017, 2954.

<sup>69</sup> Come precisato nella sent. n. 20 del 2019 dalla Corte costituzionale, realizzando così la Carta quell'«effetto di irraggiamento», capace di «estendersi sottotraccia al diritto UE attuativo dei diritti fondamentali» (R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta Ue: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2019).

L'«impronta tipicamente costituzionale»<sup>70</sup> che caratterizza la disciplina in materia di diritti fondamentali implica l'operatività di un «meccanismo assiologico, valoriale», che si affianca al tradizionale «criterio funzionale», incardinato sull'efficacia diretta della norma, per consentire, se opportuno, di anteporre il rinvio di costituzionalità alla pregiudiziale europea<sup>71</sup>.

Siffatta scelta, eventualmente operata dal giudice, consentirebbe alla Corte di riacquistare «ulteriore terreno nell'assolvimento del suo compito di garanzia dei diritti»<sup>72</sup> e alla Costituzione di riprendere centralità, una sorta di «predominio assiologico» nella tutela multilivello dei diritti<sup>73</sup>.

È per tali ragioni che non convince invece la possibilità di intraprendere contestualmente le due strade: disapplicazione e contemporaneo rinvio alla Corte. Indubbia e senz'altro efficacia la *ratio* sottesa a siffatta proposta: soddisfare le esigenze di tutela del singolo, garantire l'effettività del diritto dell'Unione e perseguire la certezza del diritto che solo una sentenza del giudice costituzionale con effetti *erga omnes* è in grado di assicurare. Tuttavia, a legislazione invariata, un significativo ostacolo preclude siffatta scelta: l'eventuale disapplicazione rende evidente il difetto di rilevanza della questione<sup>74</sup>. Delle due, l'una: o la norma è applicabile e dunque la relativa questione rilevante, o, altrimenti se la norma viene disapplicata, la questione diventa inammissibile per difetto di rilevanza. Peraltro, tale scelta

<sup>70</sup> In tal senso, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2019, 10.

<sup>71</sup> In tal senso, cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *www.osservatoriosullefonti.it.*, 2019, 15.

<sup>72</sup> Così, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, cit., 13.

<sup>73</sup> Per tale orientamento, cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 16, nota 44.

<sup>74</sup> Sul punto, A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti*, in *www.giurcost.org.*, 26 marzo, 2018, auspica un intervento normativo, in tema di questioni doppiamente pregiudiziali. Secondo C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 26 s., tale strada, per «trovare concretizzazione, richiederebbe necessariamente il venir meno della rilevanza nei giudizi di legittimità costituzionale e, quindi, un intervento del legislatore modificativo della legge n. 87 del 1953», a meno di non voler ritenere, come già sostenuto, che «poiché la legge cost. 1/1948 non impone il requisito della rilevanza (...), sia già oggi immaginabile anche un intervento del giudice delle leggi in funzione di garanzia della conformità dell'ordinamento con la Costituzione (...) a prescindere, perciò, da una effettiva pregiudizialità della questione di legittimità ai fini della soluzione della controversia dinanzi al giudice *a quo*». Secondo F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it.*, 2020, 20, una strada da percorrere potrebbe essere quella della sospensione in via cautelare degli effetti della legge nazionale, accompagnata dalla rimessione della questione di costituzionalità.



esclude la possibile interazione tra Corte costituzionale e Corte di giustizia che, se indubbiamente defaticante per le parti e per il giudizio principale, garantisce in una prospettiva sistematica e ordinamentale di ampio respiro, la massima valorizzazione dei diritti che può derivare solo dall'interlocuzione tra tali Corti.

Né pare fruttuosa, sebbene già sperimentata, la strada del doppio e contestuale rinvio a Roma e Lussemburgo<sup>75</sup>. È difficile la gestione delle due procedure parallele. È assai problematica poi la risoluzione della questione a fronte di eventuali esiti divergenti. Esaminata in un contesto più ampio, appare infine una scelta indubbiamente controproducente per l'alto rischio di un corto-circuito tra sistema interno e sovranazionale.

#### **4. Il ruolo del giudice comune.**

È proprio il corto-circuito tra sistemi che il giudice comune deve cercare di disinnescare.

È il giudice infatti che, propulsore di un dialogo nel sistema reticolare del processo di integrazione europea, deve contribuire a realizzare una perfetta osmosi tra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali per trovare la soluzione che meglio si attaglia al caso di specie. Una soluzione che, grazie all'interpretazione resa dai diversi soggetti, rende vitale l'applicazione dei testi nella loro interazione.

Nella tutela multilivello dei diritti, il giudice comune gioca quindi un ruolo decisivo nel mettere in relazione le variabili oggettive e soggettive. È il grimaldello che consente l'armonizzazione. È «l'anello forte del sistema politico costituzionale» che, nel rispetto delle indicazioni prescritte dalle Corti di Strasburgo, Lussemburgo e Roma, sceglie la strada da percorrere per dare voce ai diritti fondamentali<sup>76</sup>.

L'interpretazione conforme rappresenta sempre la strada maestra. È il primo percorso da intraprendere per evitare il sorgere di antinomie normative tra diritto interno e diritto internazionale o dell'Unione europea. La conciliazione sul piano ermeneutico, ove possibile, perché consentito dal testo, suscettibile di più letture, è la carta vincente. Consente l'applicazione di una disposizione nazionale, sia pur riletta in chiave sovranazionale. L'interpretazione adeguatrice determina infatti un'osmosi tra il significato di una disposizione e quello di un'altra, per effetto della quale «il processo di interpretazione tende a fuoriuscire dalla logica gerarchica del "sopra" e del "sotto" o da quella "competenziale" del "dentro e del fuori" che riflette

---

<sup>75</sup> Si vedano, a tal proposito, le due ordinanze con cui la Corte di appello di Napoli, il 18 settembre 2019, ha sollevato questione di costituzionalità e rinvio pregiudiziale.

<sup>76</sup> Così, R. CONTI, *Art. 53*, in *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, cit., 642.

i rapporti tra ordinamenti»<sup>77</sup>. Tale tecnica ermeneutica crea una compenetrazione tale da saldare le norme a prescindere dal grado gerarchico, dalla provenienza e dall'involucro formale in cui sono contenute. Contribuisce così ad assicurare unità e coerenza dell'ordinamento, salvando la validità delle norme.

Qualora invece le disposizioni presentino significati contrastanti e inconciliabili, sarà necessario rivolgersi al giudice costituzionale, nel caso di paventata antinomia con la Cedu o con norme europee prive di efficacia diretta. Diversamente, quando le norme europee contenute nella Carta di Nizza, o in altre disposizioni in tema di diritti fondamentali, sono dotate di efficacia diretta, il giudice potrà scegliere se rivolgersi alla Corte costituzionale o disapplicare la norma interna, magari previo rinvio a Lussemburgo. Tale opzione rientra indubbiamente nella discrezionalità del giudice, fermo restando, però, il limite sostanziale alla priorità del giudizio di costituzionalità indicato dalla Corte di giustizia<sup>78</sup> e ribadito dal giudice costituzionale<sup>79</sup>. Se la disposizione nazionale si limita, infatti, sul piano contenutistico, a ricalcare la norma di diritto dell'Unione, non può essere accordata priorità al percorso nazionale. D'altra parte, un intervento del giudice costituzionale in tal caso potrebbe rilevarsi un'usurpazione, un'invasione di campo in un ambito della Corte di Lussemburgo<sup>80</sup>.

Al di fuori di tale ipotesi, è il giudice che sceglie, se del caso, di preferire il coinvolgimento del giudice costituzionale alla disapplicazione.

Una scelta non sempre facile.

Molti possono essere i dubbi, tante le difficoltà, in un contesto non del tutto ordinato.

Due i punti fermi: l'obiettivo da raggiungere e il metodo da seguire.

L'obiettivo è chiaro. Mettere in armonia «*lex*» e «*iura*»<sup>81</sup>, vale a dire il diritto e il fatto.

Compito del giudice è conciliare i due termini del processo interpretativo: l'*oggetto*, ovvero la norma giuridica e il *soggetto*, ovvero il contesto giuridico, il caso pratico in cui il diritto è destinato a inserirsi. L'attività del giudice è dunque «al servizio di due padroni: la legge e la realtà»<sup>82</sup>. In quest'opera di raccordo e congiunzione, il giudice deve trovare il giusto equilibrio per garantire la concre-

<sup>77</sup> COSÌ, R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 382.

<sup>78</sup> CGUE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*.

<sup>79</sup> Corte cost., ord. n. 117 del 2019.

<sup>80</sup> COSÌ, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 19.

<sup>81</sup> COSÌ, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 147.

<sup>82</sup> COSÌ, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 181.

tizzazione del diritto. Ogni testo normativo è infatti «una trama aperta, piena di spazi indeterminati»<sup>83</sup>, in cui «il predicato della normatività appartiene non al testo in sé, ma al suo senso, che può essere compreso solo in relazione al caso da decidere»<sup>84</sup>. Non esiste «una e una sola risposta regolatrice del caso da regolare», perché il giudice è soggetto alla legge, ma non ne è mero esecutore<sup>85</sup>. Posto che per legge si intende qualsiasi norma di diritto oggettivo<sup>86</sup>, non v'è dubbio che, con l'entrata in vigore della Costituzione, con l'adesione alla Cedu e al sistema delle Comunità europee prima e dell'Unione poi, il contesto normativo è divenuto articolato, complesso, mutevole. Il sovrapporsi di fonti diverse e l'intrinseca evoluzione degli indirizzi interpretativi e applicativi rendono la funzione del giudice estremamente articolata, dinamica, creativa.

Indubbio, in tale contesto, il proliferarsi di una molteplicità di orientamenti, schemi, criteri per indirizzare il giudice nella scelta della strada da percorrere. Non esiste *una* sola via, ma *più* percorsi da seguire nel plasmare il diritto al fatto, tra specificità nazionali e istanze sovranazionali. Nell'ambito del ricco pluralismo metodologico, il filosofo Isaiah Berlin direbbe, riprendendo il famoso frammento del poeta greco Archiloco, che il giudice deve agire ispirandosi all'approccio complementare del riccio e della volpe<sup>87</sup>. Con la pragmaticità, la flessibilità, la trasversalità della volpe, deve esplorare tutte i possibili percorsi da intraprendere, anche spingendosi oltre i limiti del ragionamento puramente teorico. Poi, però, nel momento della scelta deve avere la visione equilibrata, profonda e mai miope del riccio.

---

<sup>83</sup> Così, F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 77.

<sup>84</sup> In tal senso, cfr. G. ZACCARIA, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, 3649 ss.

<sup>85</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 183.

<sup>86</sup> In tal senso, cfr. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 17.

<sup>87</sup> Archiloco scriveva che «la volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una grande». Sulla base di tale affermazione, il filosofo Isaiah Berlin, nel suo saggio del 1953 *The Hedgehog and the Fox*, rifletteva sulle capacità e sulle scelte dell'uomo, ritenendo che sarebbe auspicabile che l'uomo agisse seguendo sia l'approccio della volpe, pragmatica, astuta, abile, attenta ai fatti, sia l'approccio del riccio, riflessivo, cauto, con una visione ampia e profonda.

## Dall'interpretazione conforme alle interpretazioni conformi

SOMMARIO: 1. Dall'interpretazione conforme alle interpretazioni conformi. – 1.1. L'interpretazione conforme a Costituzione. – 1.2. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. – 1.3. Dagli effetti verticali al principio “*Von Colson*” – 1.4. Il limite della compatibilità e l'effetto orizzontale indiretto. – 1.5. L'interpretazione conforme e la direttiva il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto. – 1.6. I dettami della Consulta. – 2. L'obbligo di adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione europea: il ruolo della *primauté*. – 2.1. Traghetti del Mediterraneo S.p.a. – 2.2. Il giudicato interno e la *consistency*. – 2.3. L'“indifferenza soggettiva” nelle ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea. – 2.4. L'interpretazione conforme e il “*triangle magique*”.

### 1. Dall'interpretazione conforme alle interpretazioni conformi

L'utilizzazione in chiave ellittica del sintagma “interpretazione conforme”, pur idonea ad informare già *ictu oculi* circa il potenziale contenuto di una riflessione sull'argomento, non può non indurre ad una precisazione sul peculiare atteggiarsi delle diverse ipotesi di interpretazione conforme note oggi all'ordinamento integrato.

Nella consapevolezza della particolare suggestione evocata da espressioni quali “*fabbrica delle interpretazioni conformi*”<sup>1</sup> diventa allora indispensabile sottolineare come, nelle più recenti evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali, si sia passati dall'*interpretazione conforme* alle *interpretazioni conformi* in un crescendo rossiniano che è andato di pari passo con l'estensione dei confini del diritto oltre lo Stato.

È evidente, in tale percorso, che soltanto in termini generali e forse anche approssimativi il concetto generale di interpretazione conforme può dirsi accomunare l'interpretazione conforme a Costituzione, al diritto dell'Unione e al diritto

---

<sup>1</sup> E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, Relazione presentata al Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, dal titolo “La fabbrica delle interpretazioni”, Milano, 19-20 novembre 2009.

convenzionale: *stricto sensu*, ciascuna di esse presenta una propria autonomia concettuale e richiede un separato approfondimento.

Nondimeno, l'evoluzione che le concerne le vede accomunate da un duplice percorso che consta, da una parte, dell'apertura delle Costituzioni al diritto sovranazionale, dall'altra, dell'avvio di un processo, seppur ancora embrionale e abbozzato di "costituzionalizzazione" degli ordinamenti facenti capo all'Unione Europea ed alla Convenzione Europea dei Diritti Umani<sup>2</sup>.

Il vero nodo gordiano di qualunque indagine attinente all'interpretazione conforme si incentra oggi, allora, sulla soluzione da dare alle eventuali antinomie che possano insorgere fra le diverse forme di interpretazione conforme cui l'interprete è imprescindibilmente tenuto e sul se, in tal caso, debba darsi la prevalenza dell'una sull'altra.

L'attività interpretativa è un momento imprescindibile della funzione giurisdizionale, la legge "vive" nell'ordinamento nel momento della sua applicazione.

Unità dell'ordinamento, coerenza e completezza di esso costituiscono un "processo a farsi"<sup>3</sup> poiché considerare l'ordinamento come un dato acquisito significa negare il peso dell'attività ermeneutica nella costruzione di esso ed erroneamente intenderlo come un complesso di norme date precedenti l'attività ermeneutica e non, invece, l'insieme delle norme risultanti dall'attività interpretativa.

È indubitabile ed ormai generalmente riconosciuto che se alla Corte costituzionale – quale organo istituito a garanzia della Carta fondamentale – spetta il potere di accertare e dichiarare in via definitiva e vincolante il significato delle formule costituzionali, per loro natura elastiche ed indeterminate, e quello di determinare il corretto bilanciamento tra le regole, i principi e i valori che esse esprimono, nondimeno, l'interpretazione delle leggi è attività affidata ai giudici in piena indipendenza ed autonomia ai sensi dell'art. 101, comma II della Costituzione: alla Corte, quale giudice delle leggi<sup>4</sup>, compete esclusivamente la verifica di compatibilità delle disposizioni "risultanti" dalle interpretazioni offerte dai giudici – incluse quelle rese in sede di nomofilachia –.

---

<sup>2</sup> Si veda, sul punto, A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto euro unitario*, Relazione all'incontro di studio su *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, organizzato dal C.S.M., Agrigento 17-18 settembre 2010, in AIC, 2 luglio 2010.

<sup>3</sup> Così, F. MODUGNO, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008, 8, ss.

<sup>4</sup> "Ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione" secondo C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

Se consideriamo l'attività ermeneutica del giudice non possiamo non sottolineare che non esiste un'interpretazione unica ed oggettiva se non in casi rarissimi: nella maggior parte delle ipotesi è possibile ricavare più norme da una singola disposizione.

I giudici comuni utilizzano i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie (cronologico, gerarchico, di specialità, di competenza) e gli strumenti ermeneutici previsti dalle disposizioni sulla legge in generale (interpretazione letterale, interpretazione logico-sistematica, interpretazione teleologica, estensiva e analogia).

Come vedremo, la tendenziale insufficienza di tali strumenti ermeneutici e di soluzione delle antinomie e, in particolare, l'inidoneità del criterio gerarchico con riferimento ai rapporti fra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali e, quindi, fra norme interne e norme esterne, sono le motivazioni fondamentali di un tentativo di approccio sistematico alla questione involgente tecniche e modalità interpretative nelle relazioni fra tali ordinamenti.

In termini generali, non può non evidenziarsi come l'interpretazione conforme sia ormai lo strumento indispensabile per assicurare l'unità dell'ordinamento.

Essa, pur nelle sue diverse estrinsecazioni, consta essenzialmente dell'adeguamento" delle disposizioni legislative considerate, di volta in volta, alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea, al diritto internazionale: si tratta dello strumento fondamentale ed imprescindibile per fugare il pericolo di antinomie normative e salvare la coerenza del sistema sulla base della presa d'atto che l'unità dell'ordinamento non è "un dato bell'e pronto, ma una conquista sempre rinnovantesi, un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto, al quale si perviene necessariamente *passando attraverso l'interpretazione*"<sup>5</sup>, delle disposizioni da applicare, delle disposizioni prescriventi i modi di soluzione delle antinomie, delle stesse disposizioni sull'interpretazione del diritto oggettivo e delle sue fonti.

### 1.1. L'interpretazione conforme a Costituzione.

A partire dalla sentenza n. 356/96<sup>6</sup> della Corte Costituzionale si concretizza l'esplicitazione del favor per l'interpretazione costituzionalmente orientata, con il principio per cui una legge si dichiara costituzionalmente illegittima non perché sia possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché sia impossibile darne interpretazioni conformi a Costituzione, principio che sarà ripetuto dalla Corte, a mo' di monito, negli anni successivi fino ad oggi.

<sup>5</sup> COSÌ, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed., Padova, 1993, 206.

<sup>6</sup> Corte Costituzionale 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. Cost.* 1996, 3096.

“Eventuali residue incertezze di lettura sono destinate a dissolversi una volta che sia stato adottato, quale canone ermeneutico preminente, il principio di supremazia costituzionale, che impone all'interprete di optare, fra più soluzioni astrattamente possibili, per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione”<sup>7</sup>.

Nasce, così, il potere-dovere (o, nella prospettiva del *giudice attore*, l'onere) di interpretare *secundum constitutionem* le disposizioni legislative, prima ed in luogo di devolverne l'esame alla Corte.

Si tratta, originariamente, di un onere squisitamente processuale, dal momento che al giudice viene richiesto di sperimentare preventivamente la possibilità di dare al testo legislativo un significato compatibile con quello costituzionale – e, ove il tentativo risulti infruttuoso, di offrire adeguata motivazione – onere che è poi diventato il fulcro dell'interpretazione adeguatrice in quanto costituzionalmente orientata.

Essa è “un canone non solo ermeneuticamente ‘preminente’ bensì anche rispondente ad un principio di ‘supremazia costituzionale’<sup>8</sup> poiché il giudice comune è chiamato a procedere ad un'interpretazione delle disposizioni legislative “verso l'alto”, ovvero conformemente ai canoni costituzionali.

Il giudice è tenuto, ove possibile, a provvedere alla diretta applicazione della Costituzione, anziché sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>9</sup> in quanto il tentativo di interpretazione conforme rappresenta, alla luce della giurisprudenza costituzionale, un compito preliminare condizionante anche e soprattutto del controllo concernente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione<sup>10</sup>.

La scelta di ricorrere all'interpretazione conforme a Costituzione rappresenta non l'alternativa ad una applicazione incostituzionale della legge, come è ovvio, bensì all'avvio del giudizio di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale: soltanto laddove il giudice si trovi nell'impossibilità assoluta di procedere ad un'interpretazione conforme alla Costituzione, dovrà imprescindibilmente intervenire

---

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, pronunzia n. 113 del 2000.

<sup>8</sup> Così F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 77.

<sup>9</sup> In questi termini, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista “Giurisprudenza costituzionale”*, in A. Pace (a cura di), *Corte Costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 903 ss.

<sup>10</sup> Così, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista “Giurisprudenza costituzionale”*, cit., nota 81.



la Corte Costituzionale<sup>11</sup> ed in tal caso l'interpretazione conforme assumerà un rilievo particolare sia nelle sentenze interpretative di rigetto – nelle quali la Corte esclude l'illegittimità costituzionale di una disposizione in forza di un'interpretazione della stessa costituzionalmente orientata – che in quelle di accoglimento, nelle quali la Corte non dichiara costituzionalmente illegittima la disposizione, bensì una delle sue possibili interpretazioni.

L'intervento della Corte, insomma, rappresenta l'ultima *ratio*, “*l'ultima (e non l'unica) istanza per rendere inapplicabile il diritto oggettivo (legislativo o primario) incostituzionale*”.<sup>12</sup>

Si vedrà, affrontando l'interpretazione convenzionalmente orientata, come questa sorta di “residualità” del rimedio di legittimità costituzionale rappresenti la chiave di volta del complesso meccanismo di integrazione non solo fra leggi ordinarie e Carta costituzionale, ma anche e diremo oggi soprattutto, fra ordinamento nazionale e sistema CEDU.

Con il superamento dell'Europa del mercato ed il passaggio all'Europa dei diritti mediante l'elaborazione di antidoti al fenomeno acutamente definito dell'infiltrazione del diritto della concorrenza<sup>13</sup>, con l'allargamento dell'Europa a 27 e con la straordinaria evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e di quella della Corte Europea dei Diritti Umani, al giudice non si chiede più però soltanto l'interpretazione conforme a Costituzione, ma si chiede, ormai, imprescindibilmente, l'interpretazione conforme al diritto sovranazionale<sup>14</sup>.

In un sistema giuridico che non è quello interno, ma quello interno “*più* quello comunitario, o, meglio, quello interno in quanto compatibile con quello comunitario”<sup>15</sup> (oggi, più correttamente, “ordinamento dell'Unione europea”)<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Così il Giudice delle leggi nelle pronunzie nn. 219 del 2008 e 26 del 2010 ove si legge: “*l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale*”.

<sup>12</sup> F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Giur. It.*, 2010, 1964.

<sup>13</sup> S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*. La dimensione sociale dell'integrazione europea, Il Mulino, 2003, III.

<sup>14</sup> Si veda, sui rapporti fra Carte e Corti, A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti. Costituzione europea. Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28 febbraio – 2 marzo 2007.

<sup>15</sup> In questi termini, A. TIZZANO, *Postilla a A. BARONE, A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via*, *Dir.Un.Eur.*, 1, 2006.

<sup>16</sup> Scrive con immagine assai efficace S. GIUBBONI in *Diritti e solidarietà in Europa*. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo, Il Mulino, 2012, 10 “...Si vedano, sull'integrazione

il giudice comune è chiamato a confrontarsi con una legislazione dell'Unione, sovraordinata, che è tenuto a conoscere e ad applicare in un continuo, indispensabile, dialogo non più soltanto con il giudice costituzionale, bensì, anche, con la Corte di Giustizia<sup>17</sup>.

Il primato del diritto comunitario, funzionale alla costruzione di un ordinamento giuridico unitario, oggetto di originaria accettazione da parte degli Stati mediante una parziale rinuncia alla propria sovranità, sottolineato da *Costa/Enel*<sup>18</sup>, è già chiaramente emergente in *Van Gend en Loos*<sup>19</sup>, la madre di tutte le sentenze: “*La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini*”; il nuovo ordinamento “*nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi*” che, in presenza di determinate condizioni, sono tutelabili in sede giurisdizionale.

L'effetto diretto postula la supremazia del diritto comunitario<sup>20</sup>: senza il primo, d'altra parte, ci troveremmo oggi di fronte una Comunità assai diversa, un'entità più oscura e remota, difficilmente distinguibile dai tanti organismi internazionali la cui esistenza resta tendenzialmente sconosciuta alla generalità dei cittadini; nondimeno, la funzione di uniformizzazione perseguita con l'obbligo di interpretazione conforme, ha assunto nel tempo, soprattutto per effetto di alcuni arresti della Corte di Giustizia, un rilievo quasi inaspettato.

Fino ad un certo punto, qualsiasi questione afferente un ipotetico o reale contrasto normativo fra ordinamenti sembrava poter essere risolta mediante il

---

europea come “forma più compiuta di erosione del fenomeno territoriale statale in favore di una riorganizzazione di tipo marcatamente funzionale e, appunto, tendenzialmente deterritorializzata del potere pubblico al di là dei confini statuali...” le belle parole di S.Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012, 10 ss.

<sup>17</sup> L'ordinamento giuridico “aperto” che postula la “comunicazione” tra giuristi di cui parla L. Moccia in *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2011, 3, 767 ss.

<sup>18</sup> Corte Giust. 15 luglio 1964, n. 6/64, in *Foro it.*, 1964, I, 465 ss.

<sup>19</sup> Corte Giust. 5 febbraio 1963, C-26/62, *N.V. Algemene Transport en Expedite Ondeneming Van Gend en Loos and Netherlands Inland Revenue Administration*, in *Foro it.*, 1965, I, 108 ss..

<sup>20</sup> V., sull'effetto diretto come “a social ordering”, P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization in EEC Law*, 1992, OJLS 458; nonché, sul rilievo “pre-costituzionale” e “pre-federale” della Courts co-operation, S. SCIARRA, *op. cit.*; B. DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG e G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1996.

percorso descritto nella decisione assunta dalla Corte nel noto caso *Simmenthal*<sup>21</sup>, secondo cui, “...qualsiasi giudice nazionale, adito nell’ambito della sua competenza, ha l’obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria”.

Il panorama è andato, poi, arricchendosi di sfumature ed infine ulteriormente complicandosi quando l’interpretazione giurisprudenziale è diventata materia di responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario<sup>22</sup>.

A partire dal caso *Kobler*<sup>23</sup> e passando per *Traghetti del Mediterraneo*<sup>24</sup>, la Corte di Giustizia ha precisato ampliandoli, i confini della responsabilità dello Stato membro, attribuendo rilievo per i danni arrecati ai singoli alla violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Come si vedrà più approfonditamente nell’ultimo paragrafo del presente contributo, in presenza delle condizioni di cui a *Francoovich*<sup>25</sup>, *Brasserie du Pecheur e Factortame*<sup>26</sup>, e, cioè, qualora la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione ed il danno subito dalle parti lese, scatta la responsabilità dello Stato

Optando per una analisi dei rapporti fra ordinamenti nella loro dimensione diacronica emerge, allora, *ictu oculi*, la progressiva insufficienza degli originari concetti di primazia e disapplicazione in quanto le relazioni appaiono estremamente più complesse ed implicano un coordinamento che va al di là delle competenze: si impone, soprattutto, uno sforzo ermeneutico peculiare in capo all’interprete per pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei singoli, contemperino le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale, onde evitare conflitti.

Può sembrare sorprendente che, più di quarant’anni dopo *Van Gend & Loos* e *Costa/Enel*, il dibattito circa primazia ed effetto diretto non sia ancora sedato.

<sup>21</sup> Corte Giust. 9 marzo 1978, C-106/77, in *Foro it.*, 1979, I 560 ss.

<sup>22</sup> Su cui si veda, *infra*, V. PICCONE, *La responsabilità del giudice nell’ordinamento integrato*.

<sup>23</sup> Corte Giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss.

<sup>24</sup> Corte Giust. 13 giugno 2006, causa C-173/03, in *Foro it.*, 2006, IV, 418 ss.

<sup>25</sup> Corte Giust. 19 novembre 1991, cause riunite n. C-6/90 n. C-9/90 in *Foro it.* 1992, IV, 145 con nota di A. BARONE.

<sup>26</sup> Corte giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, in *Foro it.*, 1996, IV, 185 e 322 con nota di G. Catalano.

Casi come *Pfeiffer*<sup>27</sup>, *Van Parys*<sup>28</sup>, *Mangold*<sup>29</sup>, dimostrano che le acque sono ancora agitate.

Nondimeno, la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (sviluppatasi, come vedremo, soprattutto a partire da *Kucukdeveci*<sup>30</sup>) evidenzia come intorno ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario i punti di attrito vadano riducendosi in una prospettiva definitivamente sovranazionale.

## 1.2. L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea

In *Costa/Enel* la Corte affermava che la normativa del Trattato, in considerazione della propria originale natura, non può non essere tenuta nel debito conto dalle previsioni nazionali: in questa ottica, solo le previsioni che conferiscano diritti agli individui e che siano sufficientemente chiare, precise ed incondizionate, possono produrre l'effetto di "bloccare" l'applicazione della legge nazionale contrastante.

A guardar bene, tuttavia, questa non appare una necessità, sebbene primazia ed effetto diretto non siano interamente correlati<sup>31</sup>: già da *Costa/Enel* si evince che il punto cruciale è rappresentato dalla *consistency*, dalla compatibilità, al punto che una misura nazionale incoerente con il diritto della Comunità e, poi, dell'Unione, non può essere applicata in luogo della EC Law.

Il discorso è, ovviamente, più complesso ogni qualvolta la normativa dell'Unione sancisca diritti fondamentali in favore degli individui per converso non riconosciuti dall'ordinamento interno: in questo caso, infatti, non si tratta semplicemente di rimuovere le "inconsistencies", ma si tratta, piuttosto, di imporre un particolare peso all'ordinamento nazionale ed è solo a questo punto, quindi, che entra in gioco l'effetto diretto; esso si caratterizza, infatti, come particolare strumento di invocazione del diritto sovranazionale

---

<sup>27</sup> Corte Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 – C403/01, *Pfeiffer*, in *Foro it.*, 2005, IV, 23 ss.

<sup>28</sup> Corte Giust. C-377/02, *Van Parys*, in *Racc.*, 2005, I, 1465.

<sup>29</sup> Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Rudger Helm*, in *Foro it.*, 2006, IV, 133 punto 117.

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, in cui si legge che "...è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio".

<sup>31</sup> J. PRINSSSEN, *Doorwerking van Europees recht: de verbodding directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 11.

con riguardo a situazioni giuridiche soggettive di vantaggio non contemplate nell'ordinamento interno.

Si pone qui la distinzione, cara agli Avvocati Generali, tra “*invocabilité d'exclusion*” e “*invocabilité de substitution*”<sup>32</sup>; nonostante la Corte non abbia formalmente mai abbracciato tali teorie<sup>33</sup> va evidenziato che dalle più recenti pronunzie emerge che la distinzione fra esclusione e sostituzione non è incompatibile con i precedenti della Corte e che si è andata sviluppando una più coerente teoria dell'invocabilità *tout court*, che può essere applicata anche al di fuori delle direttive direttamente applicabili, fino ad estendersi a tutte le norme di rango europeo.

La strada migliore allora per sfatare il mito che i singoli possano invocare l'effetto diretto dinanzi alle Corti nazionali soltanto in presenza di norme vigenti, è quella dell'interpretazione in conformità con la *higher norm*, con ciò intendendo tutto il complesso sistema che definiamo ordinamento dell'Unione Europea, oggi frutto anche dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nonché, come vedremo, del riconoscimento alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del valore di diritto primario.

Non v'è dubbio che l'effetto diretto rappresenta un'arma potente che permette di implementare diritti che risultano garantiti esclusivamente dal diritto sovranazionale, nondimeno, quando il diritto è disponibile, pur se in forma embrionale, nell'ordinamento dello Stato membro, può non esserci la necessità di affermarne la consistenza passando attraverso l'effetto diretto.

In particolare, sembrerebbe emergere dalle più recenti pronunzie della Corte di giustizia che quando il risultato sperato può essere ottenuto accantonando gli ostacoli immanenti nella legge nazionale, ciò può essere fatto mediante il solo principio di primazia, senza far ricorso alla verifica delle condizioni per l'operatività dell'effetto diretto oltre che senza aver riguardo alle procedure interne delle Corti nazionali.

Nella primigenia impostazione della Corte la strada dell'efficacia delle direttive passa attraverso la differenziazione fra “applicabilità diretta” ed “effetti diretti”.

---

<sup>32</sup> Si vedano, sul punto, le conclusioni dell'Avvocato Generale Léger, presentate l'11 maggio 2000 in Corte Giust. C-287/98, *Linster*, in Racc., I, 6917; negli stessi termini, l'Avvocato Generale A.G. Kokott, rese il 14 ottobre 1984 nelle cause riunite 387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi e altri*, in Racc., I, 3565.

<sup>33</sup> In dottrina, P. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism through the Current Development of the Case Law or “Horizontal” Direct Effect Of Directives*, Jean Monnet Working Paper, 7/02, in <https://jeanmonnetprogram.org/>.

Con *Grad*<sup>34</sup> e *Sace*<sup>35</sup>, del 1970, i giudici di Lussemburgo applicano per la prima volta la nozione di “effetti diretti” ad atti di diritto comunitario derivati diversi dai regolamenti, trasponendo il principio cardine introdotto da *Van Gend & Loos*.

La Corte in *Grad* afferma che “se è vero che i regolamenti, in forza dell’art. 189, sono direttamente applicabili e quindi atti, per natura, a produrre effetti diretti, da ciò non si può inferire che le altre categorie di atti contemplate dal suddetto articolo non possano produrre effetti analoghi...”.

Nonostante la confusione determinata dall’uso non appropriato di sinonimi come “effetti diretti” ed “effetti analoghi”, “effetti identici” ed anche, nel dispositivo “efficacia immediata” appare evidente l’impostazione sostanzialistica – un atto normativo è tale solo se è cogente – seguita dalla Corte<sup>36</sup>.

In *Sace*, viene ancora una volta in rilievo l’efficacia diretta di una direttiva ma essa non è esaminata né ritenuta direttamente efficace per sé sola, bensì in combinato disposto con il Trattato.

L’inequivoca estensione alle direttive degli effetti diretti dovrà attendere il 1974 con il caso *Van Duyn*<sup>37</sup> che, per la prima volta, affronta il tema dell’efficacia di una direttiva autonomamente considerata, svincolata dall’attuazione di decisioni precedenti o di norme del Trattato, confermando l’esistenza del principio dell’ “effetto utile” – cioè il principio in base al quale una determinata norma deve essere interpretata, di preferenza, in modo da favorire il raggiungimento dell’obiettivo in essa prefissato – e la possibilità che si producano effetti diretti così come identificati in *Van Gend & Loos*<sup>38</sup>.

Nel caso *Ratti*, al principio dell’ effetto utile si affianca quello dell’ “*estoppel*”<sup>39</sup> mediante il quale la Corte intende rimarcare ed in certo senso sanzionare l’inadempienza dello Stato membro; subito dopo, con *Marshall*<sup>40</sup>, i giudici di

---

<sup>34</sup> Causa 9/70, *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, Racc., p. 825.

<sup>35</sup> Causa 33/70, *re Sace*, Racc., p. 1213.

<sup>36</sup> Illuminanti le parole del Giudice Pescatore: “... Effectiveness” is the very soul of legal rules and therefore I think that it is not excessive to say that any legal rule must be at first sight presume to be operative in view of its object and purpose (...) “direct effect” is nothing but the ordinary state of the law.

<sup>37</sup> Corte Giust., 4 dicembre 1974 causa 47/74, cit..

<sup>38</sup> Laddove la Comunità ha imposto agli Stati membri, mediante direttiva, il perseguimento di una specifica linea di condotta l’effetto utile di tale atto sarebbe indebolito se gli individui non potessero adire il giudice nazionale competente e a questo fosse impedito di considerare la direttiva come parte del diritto comunitario.

<sup>39</sup> Sintetizzabile nel brocardo *nemo auditur suam turpitudinem allegans*.

<sup>40</sup> Corte Giust. 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Marshall v. Southampton and Southwest Hampshire Area Health Authority*, in Racc., 1986, p. 723. Si vedano le pagine di S. PRECHAL, *Remedies*

Lussemburgo invertono la rotta, negando che la direttiva, per sé sola, possa spiegare effetti orizzontali e, tuttavia, al contempo, autorizzandone la azionabilità nei confronti dello Stato membro indipendentemente dal fatto che lo stesso agisca in qualità di datore di lavoro o di pubblica autorità.

Questa sentenza sembra porsi come spartiacque fra la giurisprudenza antecedente e quella successiva, segnando l'origine dell'indebolimento della costruzione teorica degli effetti verticali e consentendo di comprendere in che modo nuovi percorsi vengano tentati nella ricerca di strumenti atti a riconoscere in qualche modo alle direttive effetti orizzontali<sup>41</sup>.

È il caso *Becker*<sup>42</sup> che pone in luce lo spostamento dell'ottica dall'analisi della direttiva allo scopo di individuarvi eventuali disposizioni dotate di efficacia diretta al riscontro della conformità fra il diritto nazionale e la direttiva stessa, spianando la strada per l'affermazione del "*principio Von Colson*".

### 1.3. Dagli effetti verticali al principio "Von Colson"

L'essenza logica della nuova impostazione è contenuta al paragrafo 26<sup>43</sup> che sanziona l'impegno per tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali*, di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, come pure l'obbligo imposto dall'art. 10 del Trattato<sup>44</sup> di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale impegno: l'onere di assicurare l'effettività delle direttive nell'ordinamento interno viene a gravare essenzialmente sul giudice<sup>45</sup> dando, così, la stura ai nuovi percorsi dell'interpretazione conforme.

Il tema forte del dopo *Von Colson* è, allora, quello dell'esclusione degli effetti diretti orizzontali<sup>46</sup> e della affermazione dell'obbligo per il giudice nazionale, in

---

after *Marshall*, in *Comm. Mark. Law rev.*, 1990, 27, p. 451 e di P. MANIN, *L'invocabilità des directives: Quelques interrogations*, in *RTDE*, 1990, p. 669.

<sup>41</sup> V. causa C-188/89, *Foster v. Gas plc*, Racc. p. 3313.

<sup>42</sup> Corte Giust. 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker v. Finanzment* in Racc., 1982, p. 53.

<sup>43</sup> Corte Giust. 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson et Kamann*, in *Foro it.*, 1985, IV, 59, con nota di De Luca cit..

<sup>44</sup> Sull'uso che è stato fatto dell'art. 5, (poi 10, ora 4 TUE) J. TEMPLE LANG, *Community Constitutional Law*, in PL, Spring 1993, p. 155. TDETDE, 1990, p. 669. *tives: Quelques interrogations, mentali, i diritti dell'8.*

<sup>45</sup> Nella sentenza in esame, tuttavia, si pone un duplice ordine di limiti al principio dell'interpretazione conforme: un margine di discrezionalità riconosciutogli dal diritto nazionale e la libertà operativa concessagli dai principi generali del diritto nazionale.

<sup>46</sup> Corte Giust. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in Racc. p. I - 4135 ss., su cui si veda Stuyck/Wytink, *Comment on case C-106/89 – Marleasing*, in *Common Market Law Review*, 1991, 205.



caso di mancata o erronea trasposizione di una direttiva, di interpretare il diritto nazionale, precedente o successivo, quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di quest'ultima: "...nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma del Trattato"<sup>47</sup>.

In conseguenza del "principio *Marleasing*" il giudice nazionale deve in primo luogo riferirsi alla direttiva per scoprire ciò che essa impone e, solo in seconda istanza, ricercare una interpretazione della legge nazionale compatibile con essa.

L'interpretazione conforme<sup>48</sup> con riguardo al diritto dell'Unione Europea si estrinseca nell'obbligo gravante su tutti gli interpreti del diritto nazionale *di prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno – ed utilizzare tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti – per addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario*<sup>49</sup>.

Si tratta di una estrinsecazione della primazia e della leale collaborazione; essa è "effetto strutturale"<sup>50</sup> della norma comunitaria, in quanto diretta ad assicu-

---

<sup>47</sup> *Marleasing* cit..

<sup>48</sup> Molteplici sono i contributi dottrinari in materia. Fra gli altri, a titolo meramente indicativo: S. PRECHAL *Directives in EC law*, Oxford, 2005; D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, 1997; G. DE BURCA, *Giving effect to European Community Directive*, *Modern law review*, 1992, 215; Cretine, *L'applicabilité directe en droit interne des dispositions des directives communautaires*, *Gazette du Palais*, 1971; R. CONTI, *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, sul sito [www.european-rights.eu](http://www.european-rights.eu); V. PICCONE, S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, *Foro it.*, 2006, IV, 342; M. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, *Eur. dir. priv.*, 2006, 4; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni* (Milano 2002), Id. *L'efficacia obiettiva delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati: Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linston e Unilever*, *Dir. Un. Eur.*, 2001, 1, p. 95; R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, *Dir. Pubbl. Comparato Europeo*, 1999, I, p. 383 ss.; L. RONCHETTI, *Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria* sulle direttive non trasposte, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, pp. 415-448; L. SCAMBIATO, *Considerazioni in tema di efficacia "orizzontale" delle direttive alla luce delle sentenze 1271/95 e 2275/95 della Corte di Cassazione e della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, p. 1027 ss; M. ORLANDI, *Inapplicabilità delle direttive nei rapporti tra privati e responsabilità degli Stati per inadempimento. Considerazioni in margine alla sentenza "Paola Faccini Dori c. Recreb s.r.l."* nota a *Corte Giust.* 14.7.1994, C-91/92, *Giur. Merito*, 1995, 3, p. 438.

<sup>49</sup> *Pfeiffer* cit. ove si sottolinea l'obbligo per il giudice nazionale di prendere in considerazione tutte le norme interne ed utilizzare tutti i "metodi di interpretazione ad esso riconosciuti" per addivenire ad un risultato conforme alla direttiva.

<sup>50</sup> A. TIZZANO, *Conclusioni in Corte Giust.* 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Rudger Helm*, in *Foro it.*, 2006, IV, 133. punto 117.

rare il continuo adeguamento<sup>51</sup> del diritto interno al contenuto ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario.

Se l'obbligo di applicare il diritto comunitario anche in presenza di norme confliggenti trova il proprio fondamento originario nella nota *Costa/Enel*<sup>52</sup>, già in *Faccini Dori*<sup>53</sup>, la Corte faceva leva sull'obbligo di cooperazione imposto a tutti gli organi degli Stati membri dall'art. 10 del Trattato CE per affermare l'esistenza di un dovere di interpretazione conforme valido ed operante non solo in ordine alla disciplina interna di derivazione comunitaria, ma anche relativamente al diritto nazionale che regoli materie in relazione alle quali sia intervenuta una direttiva non ancora attuata<sup>54</sup>.

Col tempo, ai canoni ermeneutici classici volti a chiarire il testo, l'origine e lo scopo della norma, si è aggiunto il criterio in base al quale deve essere privilegiata l'interpretazione che resti più fedele alla normativa comunitaria e si presti ad attuarne gli scopi.

I giudici nazionali sono tenuti ad interpretare le norme prodotte dal proprio ordinamento in base ai principi del diritto comunitario e non solo in base alle norme nazionali<sup>55</sup>: l'affermazione della Corte è che l'obbligo di interpretazione conforme delle disposizioni concernenti una materia in cui sia intervenuta una normativa comunitaria riguarda non solo le norme emanate in applicazione della stessa ma anche quelle di origine interna, anteriori o posteriori all'adozione dell'atto comunitario.

Si tratta di una tesi che aveva a suo tempo suscitato diverse reazioni per il mutato rapporto fra creazione ed interpretazione della norma<sup>56</sup> ma che oggi può definirsi un assioma del diritto comunitario moderno.

La Corte di Giustizia ha frequentemente evidenziato l'assoluto rilievo di questa partecipazione del giudice comune al processo di "comunitarizzazione"

<sup>51</sup> Sulla estensione della capacità conformatoria del diritto interno da parte del diritto comunitario, si veda S. PRECHAL, *Directives in EC law* cit..

<sup>52</sup> Corte Giust. 6/64, *Costa/Enel*, E.C.R. 1203.

<sup>53</sup> Corte Giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, cit..

<sup>54</sup> F. SCHOCKWEILER, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, in *Revue du Marché Unique européenne*, n. 2/1995, 9.

<sup>55</sup> Corte Giust. 10 aprile 1984, causa 14/83 *Von Colson et Kamann*, cit.; Corte Giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, cit..

<sup>56</sup> V., sul punto, G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 153, secondo il quale "la distinzione tra produzione e interpretazione è soltanto fittizia, là dove la stessa mira non tanto a conoscere quanto ad individuare la normativa più congrua al caso concreto".

del diritto interno, sottolineando come l'obbligo di offrire un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario opera non solo con riferimento alle norme primarie<sup>57</sup>, di diritto derivato ed in genere agli atti produttivi di effetti giuridici vincolanti, ma anche con riguardo alle raccomandazioni<sup>58</sup> che devono essere prese in considerazione dai giudici al fine della soluzione delle controversie portate al loro esame.

Più in generale si è distinto<sup>59</sup> fra *interpretazione conforme* quale obbligo di interpretare il diritto interno emanato in attuazione di una direttiva in conformità della direttiva stessa; *effetto indiretto* rilevante solo per il caso di mancata attuazione di una direttiva ed estrinsecantesi nell'obbligo di interpretare tutte le norme interne in conformità alla lettera ed allo scopo della direttiva non attuata ed infine *effetto Grimaldi*<sup>60</sup>, con riferimento all'obbligo, per il giudice nazionale, di tener conto delle raccomandazioni che siano chiarificatrici rispetto all'interpretazione di altre disposizioni.

La rilevanza ermeneutica delle direttive, quindi, non è limitata alla normativa interna di attuazione delle stesse, ma si estende fino ad influenzare i casi in cui la normativa non esista ovvero non sia direttamente applicabile.<sup>61</sup>

Già in un una fase più risalente<sup>62</sup> la Corte ha sottolineato, nel confermare il principio dell'interpretazione conforme, l'obbligo – fondato sugli ex artt. 10 e 249 Tr.CE, (oggi art. 4, n. 3 TUE – degli Stati membri e di tutti gli organi statali, compreso quello giudiziario, di conseguire il risultato contemplato da una direttiva.

#### 1.4. Il limite della compatibilità e l'effetto orizzontale indiretto

Con la decisione assunta nel caso *Pfeiffer*<sup>63</sup> si fa un ulteriore passo avanti verso la minore incidenza del limite della compatibilità e, pertanto, verso un'ulteriore estensione dell'interpretazione conforme, con conseguente riconoscimento di un più ampio effetto orizzontale indiretto delle direttive.

In tale pronuncia, nell'affermare l'imperatività delle norme poste a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, la Corte conferma che una direttiva non può

---

<sup>57</sup> Corte Giust. 4 febbraio 1988, causa 157/86, *Murphy*, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 287.

<sup>58</sup> Corte Giust., 13 dicembre 1989, causa 322/88, *Grimaldi*, in *Riv. dir. internaz.*, 1990, 395, nonché in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1991, 509.

<sup>59</sup> G. BETLEM, *The principle of in direct effect of Community law*, in *European Review of private law*, 1995, 4-6.

<sup>60</sup> Corte Giust. 13 dicembre 1989 causa 322/88 cit..

<sup>61</sup> V., sul punto, P. PERLINGIERI, *Diritto Comunitario*, cit..

<sup>62</sup> Fra le tante, Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/97; Corte Giust. 18 dicembre 1997, C-129/96.

<sup>63</sup> Corte Giust., 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01.

creare obblighi a carico di un privato singolo, richiamando però subito dopo la propria giurisprudenza sull'interpretazione conforme e sull'obbligo degli Stati membri e di tutti gli organi statali, compresi quelli giurisdizionali, di conseguire, ex artt. 10 e 249 Tr., il risultato perseguito dalle direttive.

Sul punto i Giudici di Lussemburgo, consapevoli delle perplessità espresse nella giurisprudenza precedente circa l'applicabilità dell'interpretazione conforme ai casi di totale incompatibilità tra norma interna e diritto comunitario, affermano che il giudice, chiamato ad assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme di diritto comunitario e a garantirne la piena efficacia, deve *“presumere che lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù di tale norma, abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata”*. La Corte fa, quindi, seguire le proprie generali affermazioni in tema di interpretazione conforme nonostante la rilevata incompatibilità fra norma comunitaria e norma interna, ritenendo, di fatto, possibile un'attività interpretativa anche in presenza di un palese contrasto.

Essa afferma che l'obbligo di interpretazione conforme è “inerente al sistema del Trattato” ed investe l'ordinamento nazionale nel suo complesso, dunque anche i contratti collettivi.

L'ampiezza della formulazione dell'obbligo medesimo ha indotto a ritenere che sia stato introdotto un criterio molto simile a quello della responsabilità dello Stato inadempiente nella trasposizione delle direttive<sup>64</sup>.

Il giudice comunitario ha utilizzato quindi questa “presunzione” come espediente diretto ad elidere a monte il problema della incompatibilità fra norma comunitaria e norma interna onde poter fare comunque ricorso al canone dell'interpretazione conforme per risolvere il contrasto fra le due norme.

Per la sentenza *Pfeiffer* allora, *“ il principio dell'interpretazione conforme esige quindi che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia della direttiva”*.

Il principio scaturente da *Pfeiffer* esige pertanto che il giudice interno non guardi solo alle norme del recepimento, dovendo, invece, prendere in considerazione tutto il diritto nazionale<sup>65</sup>.

Con la successiva sentenza *Pupino*<sup>66</sup>, si va ancora un po' oltre estendendo il principio dell'interpretazione conforme al terzo pilastro e ribadendo, altresì, che quel principio richiede *“che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare un che misura quest'ul-*

<sup>64</sup> S. PRECHAL, nota a *Pfeiffer*, *Common market law review*, 2005, 144, cit..

<sup>65</sup> Fra le più recenti conferme del principio, *Schulte*, Corte Giust. 25 ottobre 2005, C-350/03.

<sup>66</sup> Corte Giust. 16 maggio 2005, C-105/03, punti 47, 48, 60 e 61, in Racc. 2005, 1323.

timo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro”.

Nella elaborazione giurisprudenziale comunitaria, molta strada è stata fatta da quando la Corte, nel 1963<sup>67</sup>, proclamava il principio degli effetti diretti del Trattato, quale fonte di diritti per singoli azionabili dinanzi alle Corti degli Stati membri; passando per l'affermazione dell'obbligo di interpretazione della normativa interna in conformità alle direttive comunitarie come operante “*as far as possibile*”<sup>68</sup> la Corte ha di recente confermato, nella discussa *Mangold*<sup>69</sup>, il proprio ruolo di *law maker*<sup>70</sup> nella elaborazione del sistema comunitario di diritti fondamentali<sup>71</sup>, giungendo a statuire che i principi generali del diritto comunitario – per ora il solo metaprinzipio di uguaglianza e non discriminazione, che sembrerebbe, come vedremo, avere una portata del tutto particolare – impongono la disapplicazione della normativa interna confliggente, a prescindere dalla vincolatività della norma comunitaria.

È opinione diffusa quella secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme si traduca in un rimedio all'indirizzo della Corte di Giustizia volto ad escludere l'efficacia diretta, orizzontale, delle direttive: imponendo al giudice di interpretare la normativa interna in modo da raggiungere un risultato il più possibile vicino a quello previsto dalla direttiva non attuata si raggiunge un risultato assai vicino a quello che si otterrebbe ammettendo l'efficacia diretta nei rapporti tra i privati<sup>72</sup>.

Altra questione è poi quella del momento in cui sorge per il giudice nazionale l'obbligo di interpretazione conforme. Per lungo tempo si è ritenuto in dottrina che l'obbligo di interpretazione adeguatrice potesse dirsi operante solo dopo scaduto il termine assegnato per l'attuazione della direttiva<sup>73</sup>.

La Corte, dai cui *considerando* sembrava emergere da sempre l'esclusiva rilevanza del momento genetico, ha oggi chiarito in modo netto e, almeno ap-

---

<sup>67</sup> Corte Giust. Causa 26/62, *Van Gend en Loos*, cit..

<sup>68</sup> Corte Giust. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, cit..

<sup>69</sup> Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit..

<sup>70</sup> “Comparable with the role of the Supreme Court” of United States of America secondo Schermes e Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, V ed., Deventer, 1992.

<sup>71</sup> V., per una ricostruzione del processo della c.d. *incorporation* quale strumento da cui è derivata la prevalenza statunitense del Bill of rights federale sulle affermazioni dei diritti contenuti nelle Costituzioni statali, L. AZZENA *Ai Confini del favor rei*, in *Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, Roberto Bin, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi (a cura di), Giappichelli, 2005.

<sup>72</sup> V., sul punto, A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro It.*, 1995, IV, 13.

<sup>73</sup> G. Betlem, *op. cit.*, 11; si veda, altresì, in ordine alla necessità di una rilettura in chiave comunitaria dell'art. 12 delle preleggi, P. Perlingieri, *op. cit.*, 134.

parentemente, assoluto, che quel termine non assume alcun rilievo in ordine all'individuazione del momento in cui sorge per il giudice nazionale l'obbligo di interpretazione conforme.

L'obbligo di interpretazione conforme dilata il potere dell'interprete fino ad indurlo ad offrire della norma una interpretazione diversa da quella originaria e fino a porre il problema dell'adozione di una interpretazione *contra legem* del diritto interno.

In definitiva, la funzione del giudice nazionale come giudice comunitario di diritto comune implica che ad esso sia demandata la delicata funzione di garantire la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno: “...una corretta applicazione del principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno così come l'esigenza di garantire una uniforme applicazione delle norme comunitarie comportano che le direttive non recepite, una volta scaduto il termine per la loro attuazione nel diritto interno possano produrre l'effetto di escludere l'applicazione della regola nazionale difforme anche qualora, per mancanza di precisione o perché non direttamente efficaci nei rapporti «orizzontali», non attribuiscono ai singoli diritti invocabili in giudizio<sup>74</sup>”.

La necessità di evitare che l'azione di armonizzazione propria delle direttive sia compromessa da comportamenti unilaterali degli Stati membri, comporta che venga comunque esclusa l'applicazione di disposizioni legislative difformi.

Tecnicamente, in un primo momento, si sottolineava che, perché potesse aversi l'effetto di “sostituzione” della norma interna contrastante, era necessario che la disposizione comunitaria fosse dotata di effetti diretti; in assenza di effetti diretti avrebbe potuto applicarsi esclusivamente la normativa nazionale interpretata conformemente a quella comunitaria.

### 1.5. L'interpretazione conforme e la direttiva il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto

In *Mangold* l'interpretazione conforme è *consistent interpretation*: si chiede, infatti, all'interprete di accantonare la norma interna speciale incompatibile a vantaggio della regola generale<sup>75</sup> in forza dell'obbligo per il giudice nazionale di

<sup>74</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Saggio presentate il 16 dicembre 1999 nelle cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA contro Rocío Marciano Quinterno e al.*

<sup>75</sup> L'art. 14, n. 3 del TzBfG, oggetto di indagine, non richiede l'esistenza di una ragione obiettiva per l'apposizione di un termine al contratto di lavoro qualora il lavoratore, all'inizio del rapporto, abbia compiuto 58 anni; la c.d. legge Hartz (23 dicembre 2002) ha stabilito che, sino al 31 dicembre 2006, l'età di 58 anni è sostituita da quella di 52 anni.

offrire “un’interpretazione ed un’applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario”<sup>76</sup> pur in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto.

Con tale pronunzia la Corte pur occasionalmente passando attraverso la normativa “quadro” di cui alla direttiva 2000/78, che vieta, tra l’altro, le discriminazioni in ragione dell’età, giunge ad affermare un principio comunitario di non discriminazione sovraordinato, incondizionato ed immediatamente applicabile.

Non è, tuttavia, la direttiva inattuata a trovare un’impossibile applicazione in luogo della norma interna incompatibile; nella interpretazione *ad excludendum* fornita dai giudici di Lussemburgo, venuta meno la norma discriminatoria, l’opera di uniformazione giudiziale consente il rispetto del principio di uguaglianza per effetto della riespansione della norma generale.

L’effetto finale è senza dubbio quello di imporre la disapplicazione rispetto ad una norma non dotata di efficacia diretta e, tuttavia, l’approdo è “ammorbidito” dal passaggio attraverso il principio generale di uguaglianza.

In *Mangold*, quindi, si impone una ancora più incisiva declinazione del principio di collaborazione sancito dall’art. 10 del Trattato (oggi art. 4, n. 3, TUE): diventa obbligatorio per l’interprete disapplicare la legge nazionale contrastante con un principio generale anche in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto.

In un neonato ruolo “normativo” il giudice nazionale viene chiamato a scandagliare le potenzialità di efficacia diretta di un principio generale comunitario ed a provocare, in presenza di esso, l’effetto formidabile della non applicazione della legge nazionale contrastante.

La Corte amplia, tramite il raggio di azione dei principi fondamentali, il ruolo del giudice, cui è richiesta una operazione ermeneutica dagli incerti confini pur se oggi sostenuta dall’efficacia vincolante della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, nonché, come vedremo, dal ricorso ai principi generali del diritto comunitario.

È sembrato<sup>77</sup> che non potessero trarsi conclusioni di carattere generale da un singolo caso che ruota intorno ad un *metapprincipio*, quello di uguaglianza e non discriminazione, che appare dotato di “forza comunitaria” singolare, e che non pare idoneo, tuttavia, a consentire una disapplicazione *praeter legem*, oltre l’ambito in cui essa è stata concepita.

Certo il ruolo del giudice viene rafforzato e, ancora una volta, la Corte gli riconosce un rilievo determinante sulla base dell’obbligo discendente dalla nor-

---

<sup>76</sup> Così Pfeiffer, cit..

<sup>77</sup> Mi permetto di rinviare a V. PICCONE e S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, cit..



mativa comunitaria quale corollario della produttività di effetti delle direttive sin dalla data della loro entrata in vigore.

Nel sistema di rimedi giurisdizionali comunitario si staglia il principio di collaborazione sancito dal nuovo art. 4, n. 3 del TUE, in termini di non applicazione della legge nazionale contrastante con un principio generale anche in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto.

Nella più recente *Kucukdeveci*<sup>78</sup> (di cui si è già parlato nella prima parte del presente volume) la Corte non lascia adito a dubbi: il giudice nazionale rappresenta l'anello centrale della catena interpretativa qualora sia investito di una controversia tra privati: l'obbligo di garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età – quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78 ma come estrinsecazione di un principio generale del diritto comunitario, sovraordinato, orizzontale ed immediatamente applicabile – gli imporrà di disapplicare, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dalla facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio<sup>79</sup>.

Ancor più chiara la recentissima *Association Belge de Consommateurs*<sup>80</sup>, Grande Sezione del 1 marzo 2011, ove la Corte, pronunziandosi in tema di parità di trattamento tra uomini e donne e giungendo fino ad annullare una direttiva (per contrasto con gli artt. 21 e 23 della Carta), richiama l'incorporazione dei diritti fondamentali nella stessa e ne ribadisce l'assunzione del medesimo valore giuridico dei Trattati: la Carta esce dalla nebulosa della *soft law* per entrare a pieno titolo fra le fonti di diritto primario dell'UE.

D'altro canto, è ormai evidente come l'interpretazione conforme funzioni da strumento di chiusura: essa è un imprescindibile obbligo per l'interprete ma

<sup>78</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, cit..

<sup>79</sup> Interessante notare, come, lungo i binari delle interpretazioni in tema di diritti fondamentali e, segnatamente, di questioni concernenti l'abusivo ricorso ai contratti a termine, si sia dipanata la più significativa evoluzione della integrazione comunitaria che passa attraverso l'interpretazione conforme e il principio di uguaglianza come meta principio del diritto dell'unione, sovraordinato, orizzontale, immediatamente applicabile. Sulla strada dell'integrazione che ormai pervade lo scenario giuridico europeo, un ruolo assolutamente determinante ha avuto la giurisprudenza della Corte di Giustizia soprattutto mediante l'elaborazione dei principi di non discriminazione, di libertà di circolazione, della supremazia e dell'effetto diretto: possiamo anzi dire, in ultima istanza, che nel processo di "costruzione giudiziale" dell'Europa un ruolo di assoluto rilievo ha avuto il principio di non discriminazione che, utilizzato pervasivamente dalla Corte di Giustizia, ha modificato gli assetti europei sociali consentendo l'emersione di un nuovo ordine giuridico che ha penetrato profondamente gli ordinamenti nazionali.

<sup>80</sup> Corte Giust. 1 marzo 2011, causa C-236/09, *Associazione belga dei consumatori v. Belgio*, in *Racc.*

è anche strumento conservativo perché ogni qualvolta non possa farsi ricorso all'interpretazione conforme e sussista una normativa configgente, scatterà l'obbligo di disapplicazione della normativa interna – illuminanti, sul punto, le conclusioni rese il 29 ottobre 2009 da Juliane Kokott nella causa *Uniplex* – per applicare quella comunitaria nella sua interezza e tutelare i diritti che questa riconosce ai singoli.

Certo è che i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare le norme prodotte dal proprio ordinamento in base ai principi del diritto comunitario e non solo in base alle norme nazionali: l'affermazione della Corte è che l'obbligo di interpretazione conforme delle disposizioni concernenti una materia in cui sia intervenuta una normativa comunitaria riguarda non solo le norme emanate in applicazione della stessa ma anche quelle di origine interna, anteriori o posteriori all'adozione dell'atto comunitario.

La successiva pronuncia *Dominguez*<sup>81</sup> può ritenersi la *summa* del pensiero della Corte in materia di interpretazione conforme.

Il giudice del rinvio chiedeva, fra le altre cose, se l'articolo 7 della direttiva 2003/88 dovesse essere interpretato nel senso che, in una controversia tra privati, una disposizione nazionale ai sensi della quale il diritto alle ferie annuali retribuite è subordinato ad un periodo di lavoro effettivo minimo durante il periodo di riferimento, contraria a detto articolo 7, andasse disapplicata.

È interessante notare che, sin dal principio, la Corte evidenzia che la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione. La centralità dell'interpretazione conforme emerge, sin dall'inizio, in tutta la sua intensità.

Ribadisce la Corte che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE. L'immanenza nel Trattato è chiaramente espressa “*L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte*”<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Corte Giust. 24 gennaio 2012, C-282/10, non ancora in rassegna.

<sup>82</sup> Il riferimento è a *Pfeiffer*, Corte Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, cit., Racc. pag. I-8835, punto 114; *Angelidaki e a.*, Corte Giust. 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, cit., Racc. pag. I-3071, punti 197 e 198, nonché Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Kücükdıvecı*, C-555/07, cit., Racc. pag. I-365, punto 48.

È significativo, a questo punto, il riferimento ai limiti che, tuttavia, incontra l'interpretazione conforme, non solo nell'impossibilità di fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, ma anche e diremmo soprattutto, nei principi generali del diritto<sup>83</sup>.

Orbene, nel procedimento principale, il giudice del rinvio ritiene di essere in presenza di un siffatto limite. A suo giudizio, l'articolo L. 223-2, primo comma, del codice del lavoro, che prevede che il diritto alle ferie annuali retribuite sia subordinato ad un lavoro effettivo minimo di un mese durante il periodo di riferimento, non ammette alcuna interpretazione conforme all'articolo 7 della direttiva 2003/88.

I giudici di Lussemburgo rammentano che il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima<sup>84</sup>.

Nell'affermare che l'articolo 7 della direttiva 2003/88 non introduce alcuna distinzione tra i lavoratori assenti durante il periodo di riferimento a causa di un congedo per malattia e coloro che hanno effettivamente lavorato nel corso di tale periodo, la Corte, tornando su un punto cruciale<sup>85</sup> e nella necessità di garantire l'attuazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione senza compromettere l'autonomia decisionale degli Stati nazionali su materie sensibili, afferma che il diritto alle ferie annuali retribuite di un lavoratore assente per motivi di salute durante il periodo di riferimento non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di aver compiuto un lavoro effettivo durante lo stesso periodo di riferimento<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Si vedrà, nell'ultimo paragrafo del presente contributo, l'assoluto rilievo che hanno i principi generali nel diritto dell'Unione Europea.

<sup>84</sup> Così Corte Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04 *Adeneler*, cit..

<sup>85</sup> Si veda, sul punto, Corte Giust. 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu*, nonché le sempre illuminanti conclusioni dell'allora Avvocato Generale Antonio Tizzano nella medesima causa, presentate in data 8 febbraio 2001.

<sup>86</sup> In tal senso, secondo l'articolo 7 della direttiva 2003/88, non dev'essere leso il diritto di alcun lavoratore – indipendentemente dal fatto che si trovi in congedo di malattia durante tale periodo di riferimento per infortunio sopravvenuto sul posto di lavoro o altrove, o per malattia di qualunque natura o origine – alle ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane.

Ancora una volta giunge in ausilio l'obbligo del giudice di verificare, prendendo in considerazione il complesso del diritto interno<sup>87</sup>, se si possa pervenire ad un'interpretazione di tale diritto che consenta di equiparare l'assenza del lavoratore per incidente in itinere ad una delle fattispecie menzionate in tale articolo del codice del lavoro.

Soltanto qualora tale interpretazione non sia possibile occorrerà verificare se l'articolo 7, par. 1, della direttiva 2003/88 abbia effetto diretto e se, in tal caso, la ricorrente potesse avvalersene nei confronti dei convenuti nel procedimento principale e in particolare del suo datore di lavoro.

A ben guardare, allora, la Corte suggerisce un percorso inverso rispetto a quello usualmente praticato e, cioè, pone la ricerca dell'esistenza nella normativa considerata di disposizioni atte ad essere direttamente invocate, in una fase successiva rispetto all'infruttuoso esperimento del tentativo di interpretazione conforme precedentemente attuato.

E infatti, soltanto qualora sia davvero impossibile percorrere la via interpretativa per raggiungere il risultato sperato di conformazione dell'ordinamento interno a quello dell'Unione si farà ricorso alla verifica della sussistenza di disposizioni in grado di produrre un effetto diretto.

È sufficiente, a questo punto, richiamare la costante giurisprudenza secondo cui, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato membro, vuoi qualora esso abbia ommesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, vuoi qualora l'abbia recepita in modo non corretto<sup>88</sup>.

Da una indagine *ictu oculi* emerge, allora, secondo la Corte, che l'articolo 7 della direttiva 2003/88 risponde a tali criteri, giacché pone a carico degli Stati membri, in termini non equivoci, un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato quanto all'applicazione della regola da esso enunciata, che consiste nella previsione per ogni lavoratore di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> “In particolare l'articolo L. 223-4 del codice del lavoro, e applicando i metodi di interpretazione da tale diritto riconosciuti, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva 2003/88 e di giungere ad una soluzione conforme alla finalità da essa perseguita”, Dominguez *cit.*, punto 31.

<sup>88</sup> Pfeiffer *cit.*, punto 103.

<sup>89</sup> “Sebbene l'articolo 7 della direttiva 2003/88 lasci agli Stati membri un certo margine di discrezionalità allorché adottano le condizioni di ottenimento e di concessione del diritto alle ferie annuali retribuite che esso sancisce, tale circostanza tuttavia non incide sul carattere preciso e incondizionato dell'obbligo previsto da tale articolo. A tale proposito, occorre rilevare che l'articolo 7 della direttiva 2003/88 non rientra tra le disposizioni di detta direttiva a cui il suo articolo 17 consente di

È certamente vero, dice la Corte, che, ai sensi di una costante giurisprudenza, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti<sup>90</sup> ma – e qui la Corte richiama il noto e sempre valido insegnamento *Marshall*<sup>91</sup> – gli amministratori, qualora siano in grado di far valere una direttiva non nei confronti di un singolo, ma di uno Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce, come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi è opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto dell'Unione<sup>92</sup>.

È quindi ancora una volta compito del giudice nazionale verificare se l'art. 7 par. 1 della direttiva 2003/88 possa essere invocato da parte della ricorrente nei confronti del proprio datore di lavoro: in caso affermativo, l'articolo 7 della direttiva 2003/88, che soddisfa le condizioni richieste per produrre un effetto diretto, comporterebbe che il giudice nazionale debba disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria.

In caso negativo, resterebbe il limite invalicabile determinato dall'impossibilità di applicare in una controversia fra singoli una disposizione, pur chiara, precisa ed incondizionata derivante da una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai singoli.

Resta alla parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione la possibilità di invocare la giurisprudenza scaturita da *Francovich*<sup>93</sup> per ottenere eventualmente il risarcimento del danno subito.

---

derogare. È quindi possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere apprestata dagli Stati membri in forza di detto articolo 7 (v., per analogia, sentenza *Pfeiffer e a.*, cit., punto 105)

<sup>90</sup> V., in particolare, sentenze del 14 luglio 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Racc. pag. I-3325, punto 20; del 7 marzo 1996, *El Corte Inglés*, C-192/94, Racc. pag. I-1281, punto 15; *Pfeiffer e a.*, cit., punto 108, nonché del 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, cit., C-555/07, Racc. pag. I-365, punto 46.

<sup>91</sup> Corte Giust. 26 febbraio 1986, 152/84, Racc. pag. 723, punto 49; nonché, Corte Giust. 12 luglio 1990, *Foster e a.*, C-188/89, Racc. pag. I-3313, punto 17, e Corte Giust. 14 settembre 2000, *Collino e Chiappero*, C-343/98, Racc. pag. I-6659, punto 22.

<sup>92</sup> "...Così, 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" (v., in particolare, sentenze *Foster e a.*, cit., punto 20; *Collino e Chiappero*, cit., punto 23, nonché del 19 aprile 2007, *Farrell*, C-356/05, Racc. pag. I-3067, punto 40).

<sup>93</sup> Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Foro.it.*, 1992, IV, p. 145, con nota di A. BARONE, R. PARDOLESI.

## 1.6. I dettami della Consulta

L'attività interpretativa del giudice interno deve, d'altro canto, fare in modo di conformarsi al complesso sistema di relazioni fra ordinamenti come delineato dalla Consulta: già nel 1975<sup>94</sup>, fin dalla prima occasione in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a definire il complesso rapporto fra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, essa ne ha rinvenuto un "sicuro fondamento" nell'art. 11 della Costituzione, parametro significativamente posto fra i principi generali della nostra Carta, alla luce del quale si è demandato alla Comunità, oggi all'Unione Europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie nel rispetto del principio di attribuzione.

È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che la Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e, prima ancora, dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa (Corte Cost. 170/84 cit. e da ultimo Corte cost. 227/2010 cit.).

Quanto all'art. 117, primo comma, Cost., nella formulazione novellata dalla riforma del titolo quinto, seconda parte della Costituzione, la Corte, nelle pronunzie nn. 348 e 349 del 2007, nn. 311, 317 del 2009, n. 93 del 2010, ma soprattutto nelle ben otto sentenze emesse nel 2011<sup>95</sup>, ne ha precisato la portata, affermando che tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, escluse dalla previsione dell'art. 10 ponendo, per questa via, significativi profili di delimitazione<sup>96</sup>.

Mentre allora continuerà ad esercitarsi compiutamente l'obbligo di "non applicazione" (Corte Cost. 170/84 cit.) del diritto interno contrastante con quello dell'Unione, almeno finché non vi sarà l'adesione dell'UE alla CEDU, il giudice sarà comunque tenuto all'interpretazione in conformità alla CEDU, ma non gli sarà consentito, come invece gli è imposto per il diritto dell'Unione, disapplicare la norma interna con essa confliggente: interpretare conformemente alla CEDU significa applicare la CEDU anche se non è ammesso quel controllo diffuso di costituzionalità che deriverebbe dalla disapplicazione della norma convenzionale fintantoché essa non sia diventata in senso tecnico diritto dell'Unione<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Corte Cost. 22 ottobre 1975, n. 232.

<sup>95</sup> La n. 80 dell'11 marzo, la n. 113 del 7 aprile, la n. 181 del 10 giugno, la n. 236 del 22 luglio, la n. 245 del 25 luglio, la n. 257 del 30 settembre, la n. 303 del 16 novembre e la n. 338 del 12 dicembre.

<sup>96</sup> Sul punto, si veda, *infra*, il capitolo a cura di Roberto Conti.

<sup>97</sup> Si vedano, sui rapporti fra CEDU e ordinamento interno, le belle pagine di R.CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne ed., 2010.

Il ruolo del giudice comune resta comunque fondamentale: soltanto in casi eccezionali, qualora il contrasto fra norma interna e norma convenzionale risulti insanabile, sarà necessario far ricorso alla Corte costituzionale.

Nella pronunzia n. 80 del 2011, che può essere definita la *summa* del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali, si conferma la costruzione risalente alle due decisioni del 2007 e, in particolare, viene spazzato via ogni dubbio circa il ventaglio di possibilità che si apre all'interprete di fronte al contrasto fra norma interna e norma CEDU.

In primo luogo, egli sarà tenuto a sperimentare il canone esegetico dell'interpretazione convenzionalmente orientata, nei limiti in cui ciò sia possibile, avendo immediato ed obbligato riferimento al diritto vivente di Strasburgo, e, soltanto in caso di irrimediabile difformità, dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta per far dichiarare l'incostituzionalità della norma interna per contrasto con quella della Convenzione che opera da parametro interposto rispetto all'art. 117, I co., Cost..

Un aspetto segna il corso della giurisprudenza costituzionale su quello che ormai, a ragione, può essere definito l'ordinamento integrato, a partire dalla pronunzia n. 80: l'esclusione della c.d. "trattatizzazione" della CEDU e, cioè, l'affermazione che la strada dell'applicazione diretta della Convenzione non può direttamente trovare sponda, almeno fino all'effettiva adesione dell'Unione europea, nel combinato disposto degli artt. 11 e 117 Cost., nemmeno attraverso il richiamo alla Carta di Nizza, che pure contempla, al suo interno, una disposizione volta ad attribuire alle disposizioni sue proprie analoga portata rispetto alle previsioni di identico tenore contenute nella CEDU. D'altro canto, la "comunitarizzazione" della CEDU, ancora di là da venire, sarà comunque limitata ad operare nei rapporti regolati dal diritto dell'Unione europea.

## 2. L'obbligo di adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione Europea: il ruolo della *primauté*

Se passiamo a verificare cosa è successo nell'ambito del diritto dell'Unione e quale sia il percorso che ha portato ad accendere i riflettori sul sistema di responsabilità civile sancito dal diritto italiano, non possiamo non prendere le mosse da due aspetti nodali.

Il primo, sul quale torneremo approfonditamente in prosieguo, è quello attinente al ruolo della *primauté* e dell'effetto diretto<sup>98</sup> e della peculiare relazione di complementarità fra diritto interno e diritto dell'Unione.

<sup>98</sup> Sull'effetto diretto come "a social ordering", P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization in EEC Law*, 1992, OJLS p. 458; nonché, sul rilievo "precostituzionale" e



L'altro si estrinseca essenzialmente nella constatazione di un dato fattuale: partendo dal silenzio dei Trattati istitutivi in materia di diritti fondamentali e passando, attraverso la storica pronuncia *Stauder*<sup>99</sup>, ancora vaga ma che disegnò la rotta, alla sigla, sulle rive della Mosa, del Trattato di Maastricht, si è giunti all'attuale formulazione dell'art. 6, co. III Tr. UE, che sancisce il rispetto dei «*diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*». La centralità dell'individuo che l'immaginaria visione di Durkheim riconduceva all'Europa emergente fra le due guerre, trova allora oggi la sua più compiuta espressione nel nuovo art. 6 del Trattato<sup>100</sup>.

Dopo il significativo insegnamento di *Francoovich*<sup>101</sup> e *Brasserie du Pecheur e Factortame*<sup>102</sup> circa la centralità del ruolo del singolo nel sistema di tutela dei diritti della Comunità ed il conseguente obbligo per lo Stato di risarcire i danni ad esso derivanti da violazione del diritto comunitario – in presenza di una preordinazione della norma violata a conferire diritti ai singoli medesimi, nonché del nesso di causalità – in *Kobler*<sup>103</sup> per la prima volta viene sancito espressamente il principio della responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli per effetto di atto imputabile ad organo giurisdizionale di ultima istanza.

*«Il principio in forza del quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili trova*

---

“pre-federale” della Courts co-operation, S. SCIARRA, *Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001; B. DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG E G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1996

<sup>99</sup> Corte Giust., 12 novembre 1969, causa C-297/9, *Stauder*, in *Foro.it*, 1970, IV, p. 204.

<sup>100</sup> Già in *Les Vertes v. Parliament* (causa C-294/83) la Corte esprimeva l'idea della realizzazione da parte del Trattato di un sistema completo di rimedi e procedure volto ad assicurare la revisione giudiziale della legalità degli atti delle istituzioni; cfr., sul punto e sull'affermazione, contenuta in *Les Verts*, della costruzione di una Comunità “based on the rule of law”, FRANCIS J. JACOBS, *Effective judicial protection of individuals in the European Union, now and in the future*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 203.

<sup>101</sup> Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francoovich*, cit., in *Foro.it.*, 1992, IV, p. 145, con nota di A. BARONE, R. PARDOLESI.

<sup>102</sup> Corte Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA*, in *Foro It.*, 1996, IV, p. 321.

<sup>103</sup> Corte Giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, in *Foro it.*, 2004, IV, p. 4, con nota di E. SCODITTI, “*Francoovich*” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale; si veda anche, fra i numerosi commenti, R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 2004, 1, p. 30.

*applicazione anche nell'ipotesi in cui la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempre che il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente, e sussistano le ulteriori condizioni della preordinazione della norma violata a conferire diritti ai singoli e dell'esistenza di un nesso causale diretto fra la violazione e il danno».* Già in *Brasserie* c'era la violazione grave e manifesta della norma alla luce della chiarezza di essa e della discrezionalità nell'applicarla.

La Corte fa ricorso alle argomentazioni utilizzate in *Francovich e Brasserie* per sedare le preoccupazioni inerenti al temuto *vulnus* alla separazione dei poteri, all'indipendenza del giudice ed all'intangibilità del giudicato; lo Stato, infatti, risponde nel suo complesso, non ha alcun rilievo per il giudice comunitario la diretta responsabilità del magistrato che abbia disatteso od erroneamente applicato il diritto comunitario, perché è sempre e soltanto lo Stato ad essere tenuto al risarcimento. La novità, come è evidente, è proprio nell'estensione della responsabilità dello Stato anche alle ipotesi di decisione giurisdizionale di ultimo grado.

### 2.1. Traghetti del Mediterraneo S.p.a.

Il caso *Traghetti del Mediterraneo S.p.a.* rappresenta l'anello mancante alla configurazione da parte della Corte di Giustizia di una responsabilità dello Stato per violazione derivante da decisione di ultima istanza: la Corte chiarisce subito – e vedremo alla fine di questo intervento con quali implicazioni – come superare il limite del giudicato: la diversità di oggetto e di parti fra i due processi ne garantisce l'intangibilità in quanto proprio la perdurante vigenza del giudicato depone per la sussistenza di un diritto al risarcimento.

La L. n. 117 veniva rinviata in via pregiudiziale alla Corte da parte del Tribunale di Genova essendo richiesto che se ne vagliasse la compatibilità con il principio di responsabilità comunitaria dello Stato nella parte in cui si nega formarne oggetto l'attività d'interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove, nonché nella parte in cui limita la detta responsabilità ai casi di dolo o colpa grave del magistrato (art. 2).

Il fulcro della decisione è nel riferimento alla nozione di violazione manifesta del diritto comunitario: le attività proprie della funzione giudiziaria ed i limiti che il legislatore nazionale introduca alla responsabilità civile dei magistrati non hanno rilievo se conducono ad una violazione manifesta del diritto comunitario.

L'Avv. Generale Leger, attestandosi sull'interpretazione della normativa offerta dal giudice remittente – a mente della quale la responsabilità dello Stato derivante dall'attività giurisdizionale è esclusa quando il comportamento addebitato ad un organo giurisdizionale è connesso ad un'operazione di interpretazione delle norme di diritto, anche laddove tale operazione abbia condotto

a commettere una violazione grave della legge risultante da una negligenza inescusabile – non aveva abbracciato la tesi del governo italiano, secondo cui il principio derogatorio della responsabilità di cui al n. 2 dell'art. 2 con specifico riguardo all'attività di interpretazione del diritto non poteva valere laddove il giudice, nella sua attività interpretativa, avesse dato luogo ad una violazione di legge determinata da negligenza inescusabile (art. 2 n. 3). Il rilievo costituzionale della cosa giudicata e dell'indipendenza dei giudici non consentono, secondo l'Avv. Leger, di reputare ammissibile l'esclusione della responsabilità di uno Stato nell'ipotesi in cui la violazione del diritto comunitario ad opera di un organo giurisdizionale supremo sia connessa all'interpretazione di norme di diritto.

Ed è proprio per motivare tale enunciato che l'Avvocato generale elenca una serie di esempi concernenti ipotesi di responsabilità comunitariamente rilevanti che scaturiscono dall'attività interpretativa delle Corti supreme: in primo luogo, la violazione dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario che grava sul giudice nazionale, con un richiamo alla nota sentenza *Pfeiffer*<sup>104</sup>, che, facendo tesoro dell'insegnamento di *Von Colson & Kamann*<sup>105</sup>, affermava che l'interpretazione conforme è immanente al sistema del Trattato<sup>106</sup>; ma poi anche la mancata disapplicazione della norma interna contrastante, sul presupposto di una utilizzazione dell'interpretazione conforme in maniera erronea – e qui è evidente che l'*actio finium regundorum* è assai più sottile e delicata – ed infine l'inosservanza dell'obbligo del rinvio pregiudiziale cagionata da una errata interpretazione del diritto comunitario o della giurisprudenza della Corte di giustizia.

L'ulteriore elemento qualificante rappresentato dalla condizione attinente alla nozione di dolo o colpa grave rende l'interpretazione giurisdizionale non conforme al diritto comunitario, *ma solo se «va oltre la violazione manifesta del diritto applicabile»*.

Fino a che punto, allora, la violazione manifesta si discosta dalla negligenza inescusabile di cui all'art. 2 n. 3 della legge 117/1988, che rappresenta l'*ubi consistam* della colpa grave? Il *quid pluris* rappresentato dalla inescusabilità della violazione può collimare con il carattere manifesto della stessa?

---

<sup>104</sup> Corte Giust., 5 ottobre 2004, cause C-397/01 e altre, *Pfeiffer ed altri*, in *Foro it.*, 2005, IV, p. 23.

<sup>105</sup> Corte Giust., 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson et Kamann*, in *Foro it.*, 1985, IV, p. 59, con nota di DE LUCA.

<sup>106</sup> Sul punto mi sia consentito rinviare, da ultimo, a V. PICCONE, *Il giudice comune come organo di base dello spazio giudiziario europeo. L'interpretazione conforme*, in A.A. V.V. "Vademecum per il giudice europeo", VALERIA PICCONE (a cura di), Roma, 2011, p. 15 ss.

Ciò che mi preme sottolineare a questo punto è come il giudice rappresenti l'anello centrale nella catena interpretativa su cui si fondano i diritti dei singoli nell'Unione: è sulla centralità della sua attività a garanzia del cittadino che si costruisce il sistema di responsabilità di cui a *Traghetti*.

Soltanto in casi eccezionali, allora, avverte la Corte, può incidere sulla specificità della funzione giurisdizionale e sulle esigenze di certezza del diritto: quando l'organo giurisdizionale di ultimo grado abbia manifestamente violato il diritto vigente. Gli strumenti per testare tale carattere saranno il grado di chiarezza della norma violata, l'intenzionalità della violazione, la scusabilità ovvero l'inescusabilità dell'errore di diritto, la mancata osservanza da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.

Tale violazione, per la Corte, non può essere esclusa dall'esercizio di un'attività interpretativa soprattutto in presenza di una interpretazione manifestamente erronea. Al punto 36 della decisione la Corte chiarisce come nelle ipotesi di erronea attività interpretativa escludere ogni responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza *Köbler*.”

## 2.2. Il giudicato interno e la *consistency*

Si pone qui allora quello che è stato acutamente definito il “flebile ostacolo del giudicato”<sup>107</sup>.

In linea di teoria generale, come osserva autorevole dottrina processual-civilistica<sup>108</sup>, l'autorità del giudicato ha sempre conosciuto delle eccezioni, attraverso i mezzi di impugnazione straordinari: la stabilità della decisione giurisdizionale della controversia è chiamata a misurarsi con gli eventi sopravvenuti.

Tradizionale è l'idea del giudicato come definitiva manifestazione della volontà concreta della legge statale. Il sovrapporsi a quello nazionale dei piani di normatività internazionale e sovranazionale, affidati al controllo di corti giudiziali

<sup>107</sup> Sui rapporti fra giudicato e diritto dell'Unione si leggano le pagine di A. TIZZANO e R. ADAM, “*Lineamenti di diritto dell'UE*”, 2010, Giappichelli, p. 381 ss., nonché C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1189 ss.; F. TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 2008, p. 1029 ss.

<sup>108</sup> R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Corti europee e giudici nazionali* (Verona, 25-26 Settembre 2009), Bologna, 2011, p. 239 ss.

rie, impone di inserire il giudicato in questa nuova dimensione, «...ma la tensione si compone entro linee che vengono dal passato e individuano una prospettiva anche per il futuro...»<sup>109</sup>.

Se approfondiamo l'indagine, tuttavia, ci rendiamo conto che non ci sono sconvolgimenti rispetto al passato, almeno rispetto a quel passato recente che ha visto l'ingresso della dimensione costituzionale del giudicato, ma certamente un diverso approccio oggi si impone.

Tuttavia, *nihil novi sub sole*.

Non è nuova, nemmeno nell'ordinamento italiano, l'esigenza di proteggere la sfera di diritti e di attribuzioni degli individui e degli organi costituzionali dagli effetti lesivi di un giudicato illegittimo (nel caso che ci interessa la illegittimità deriva dalla violazione del diritto comunitario), attraverso l'impugnazione di quest'ultimo da proporre entro un termine perentorio ragionevolmente breve (*Lucchini*<sup>110</sup>).

Non è nuova l'idea che il giudicato ceda quando sopravvengano effetti retroattivi più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato nei confronti di un organismo di diritto pubblico (*Kühne & Heitz*<sup>111</sup>).

In tutti gli altri casi diversi da quelli appena elencati vale il principio della intangibilità del giudicato, che è confermato dagli orientamenti della Corte di giustizia, pur con la restrizione della proiezione temporale del giudicato nei rapporti di durata (caso *Olimpiclub*<sup>112</sup>).

In estrema sintesi, le nuove prospettive sul giudicato non ce lo svelano come debole, ma solo riproporzionato, dimensionato dalla realtà che gli sta accanto.

La *Lucchini* non fa che ricondurre sui binari comunitari la questione del giudicato: in essa, infatti, non si fa più questione degli effetti di un atto amministrativo sui quali è consentito tornare a cagione di una rilevata discrasia con il diritto comunitario, bensì della possibilità di rimozione di una sentenza su cui è sceso il giudicato, per mezzo della disapplicazione dell'art. 2909 c.c..

Reazioni controverse ha suscitato tale pronuncia: in essa, come noto, la Corte ha stabilito che l'obbligo di restituzione di aiuti di Stato contrari al diritto comunitario, accertato con decisione definitiva della Commissione, non viene meno

---

<sup>109</sup> In questi termini, R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. loc. cit..

<sup>110</sup> Corte Giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero del commercio, dell'industria e dell'artigianato v. Lucchini s.p.a.*, in *Giur. It.*, 2008, p. 201 ss., su cui si veda, fra gli altri, R. BARATTA, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté...peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione Europea*, in *Giust. Civ.*, 2007, p. 2659.

<sup>111</sup> Corte Giust., 13 gennaio 2004, causa C-453-00, *Hassle AB v. Ratiopharm*, in *Racc.*

<sup>112</sup> Corte Giust., 3 settembre 2009, Causa C-2-08, *Fallimento Olimpiclub*, in *Racc.*

neanche in presenza di una sentenza civile definitiva che accerti la titolarità del credito del privato nei confronti dello Stato. In realtà, il *dictum* della Corte di Giustizia non ha posto fine alla vertenza, tuttora pendente. E, secondo alcuni, ciò potrà rivelarsi un bene, se sospingerà a un intervento legislativo adeguatore, con introduzione di un nuovo motivo di revocazione straordinaria *ad hoc*. Ebbene, la *Lucchini* domanda appunto l'accertamento del suo diritto a ritenere le somme percepite dallo Stato, ormai non più ripetibili dalla p.a. in forza del previo giudicato. La Cassazione afferma che il giudicato dovrà cedere «*ove si ritenga prevalente il dovere di rispettare gli obblighi derivanti dall'adesione alla Comunità europea, con conseguente disapplicazione necessaria di eventuali norme interne in contrasto con detti obblighi*».<sup>113</sup>

Purtroppo non fa tesoro di questo significativo insegnamento la recente sentenza del Tribunale di Roma post *Lucchini*<sup>114</sup> a seguito del rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato sul quesito se il diritto comunitario prevalga anche sul giudicato.

Sappiamo come la *Lucchini* motivi circa le caducatorie conseguenze derivanti dalla contrarietà al diritto comunitario della pronunzia passata in cosa giudicata in base al principio della *primauté*; impugnata in ogni caso la questione dinanzi alle SU queste hanno deciso per la competenza del giudice ordinario e la questione è tornata dinanzi al Tribunale di Roma.

Ne è scaturita una discutibile pronunzia del Tribunale<sup>115</sup>, con la quale, cancellando cinquant'anni di storia dell'Unione Europea e pagine e pagine di diritti scritti in sede giurisdizionale con l'inchiostro dei principi di primazia ed effetto diretto, si è affermato: «*dalla cosiddetta preminenza del diritto comunitario discende che il diritto interno debba adeguarsi a quello comunitario nella fase di creazione delle norme ma non che in base ad essa può essere messo in discussione il giudicato: quello della primazia è un rapporto fra fonti non riguarda il principio per cui un accertamento va prima o poi dichiarato definitivo anche se sbagliato*». Ma la storia deve ancora concludersi vedremo come andrà a finire nelle sedi ulteriori...

Resta da ribadire che i rapporti fra i due ordinamenti non sono improntati ad una relazione gerarchica, né l'ordinamento comunitario risulta in qualche modo sovrapponibile nella sua struttura a quello nazionale: il famoso ordinamento *sui generis* di *Van gend en Loos* trova in una preminenza e non certo nelle categorie dell'invalidità, della nullità e dell'annullabilità – ce lo insegna la stessa Corte Costituzionale a partire da *Granital* – il proprio fondamento.

<sup>113</sup> Sez. Un. 28 novembre 2007, n. 24664.

<sup>114</sup> Tribunale Roma, 23 marzo 2011.

<sup>115</sup> Si tratta di Tribunale di Roma, 23 marzo 2011, n. 6039.

Non v'è modo di approfondire il tema in questa sede, ma sappiamo come soprattutto con le note *Somogyi*<sup>116</sup> e *Dorigo*<sup>117</sup> si sia posta la pressante questione della necessità per il giudicato interno in materia penale di recedere rispetto alla decisione contrastante con la CEDU, esigenza che ha poi condotto la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 113/2011<sup>118</sup>, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un caso di revisione *ad hoc* ed a ribadire, in ogni caso, l'obbligo di interpretazione "convenzionalmente orientata" che grava sul giudice nazionale.

Le tensioni temporali fra i due sistemi d'altro canto potrebbero ricomporsi nell'ordinamento integrato europeo non solo attraverso l'intervento legislativo, ma anche mediante l'incremento di pratiche di dialogo fra le giurisdizioni.

Tornando all'aspetto nodale del giudicato come fonte di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, giova evidenziare che la centralità dell'attività interpretativa e del ruolo del giudice nell'adempimento dell'obbligo di adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione, il riconoscimento di una sorta di *responsabilità presunta* dello Stato per i casi di mancato rinvio pregiudiziale e di manifesta violazione dei principi espressi dal giudice comunitario lasciano intendere fino a che punto debba estendersi l'obbligo di leale collaborazione sancito dall'art. 4 del TUE (ex art. 10 CE), che impone a tutti gli organi statali, ivi compresi quelli giurisdizionali, di «adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario», tra i quali si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario che si estende fino alla rimozione. La leale collaborazione, in uno con la primazia, rappresenta allora il nucleo centrale di una responsabilità dello Stato che trova nella manifestamente erronea interpretazione dell'organo giurisdizionale di ultima istanza, il proprio *ubi consistam*.

Lungi dal costituire un possibile vulnus per la autonomia e l'indipendenza della magistratura la sentenza *Traghetti*, allora, nel riaffermare la centralità del giudice come organo di base dello spazio giudiziario europeo e nell'intensificare

---

<sup>116</sup> Cass. pen., 12 luglio 2006, n. 32678, in *Racc.*

<sup>117</sup> Cass. pen. 1 dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*.

<sup>118</sup> Su cui si vedano, fra gli altri, R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nell'ordinamento interno*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 9, nonché cfr. G. CANZIO, *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte Costituzionale*; R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere alla certezza dei diritti*, tutti in <http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi—ric/Canzio-Kostoris-Ruggeri.pdf>.



il rilievo comunitario delle decisioni di ultima istanza, valorizza l'attività interpretativa e l'obbligo dell'organo decidente di applicare il diritto dell'Unione – valido addirittura qualora il termine per la trasposizione di una direttiva non sia ancora scaduto, (v. *Mangold*<sup>119</sup> nonché, sempre in materia di divieto di discriminazione per età, la più recente *Kucukdeveci*<sup>120</sup>) – in un sistema che, ce lo dice la recentissima *Association belge des Consommateurs*<sup>121</sup> già citata e ce lo conferma, con la vicenda *ATA*, la *Scattolon*<sup>122</sup> del 6 settembre, non è più quello interno più quello comunitario<sup>123</sup>, ma è quello interno, in quanto compatibile con l'ordinamento dell'Unione<sup>124</sup>.

### 2.3. L'“indifferenza soggettiva” nelle ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea

Per comprendere quanto in realtà il rapporto fra giudice ed ordinamento interno sia recessivo per il giudice di Lussemburgo, non può non sottolinearsi, allora, come l'*indifferenza soggettiva* – essendo irrilevante che la violazione delle norme comunitarie dipenda da un organo legislativo, esecutivo o giurisdizionale – rappresenti il nucleo centrale sia di *Kobler* che di *Traghetti*.

È evidente che l'affermazione secondo cui il risarcimento dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è “inerente al principio del Trattato” (che non lo esplicita formalmente) è il tratto qualificante di una valorizzazione della tutela dei diritti dei singoli dinanzi ai giudici nazionali che spesso decidono di una responsabilità in tal senso in capo allo Stato potendo, altresì, sollevare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

Orbene, i Giudici di Lussemburgo sono stati sempre chiarissimi nell'affermare che lo Stato viene considerato nella sua unità, talché la sua responsabilità opera

<sup>119</sup> Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold v. Rudiger Helm*, su cui fra i tanti commenti mi sia consentito rinviare a V. PICCONE e S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme*, in *Foro. It.*, 2006, IV, p. 342.

<sup>120</sup> Corte Giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, in *Racc.*

<sup>121</sup> Corte Giust. I marzo 2011, causa C-236/09, *Associazione belga dei consumatori v. Belgio*, cit..

<sup>122</sup> Corte Giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10.

<sup>123</sup> Così, A. TIZZANO, *Postilla a Barone, A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via*, cit..

<sup>124</sup> Si vedano, sulla centralità dell'obbligo del giudice nazionale di non applicazione di una norma interna contrastante con un principio generale del diritto dell'Unione, le conclusioni presentate dall'Avv. Gen., Verica Trstenjak l'8 settembre scorso nella causa C-282/10, *Maribel Dominguez*, non ancora in rassegna, cit..

rispetto a qualsiasi ipotesi di violazione e quale che sia l'organo la cui azione od omissione vi abbia dato origine<sup>125</sup>.

Tutti gli organi statali, ivi comprese le autorità amministrative e gli enti locali, sono tenuti a disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione fornito di efficacia diretta<sup>126</sup> ovvero, ove possibile, ad interpretare la prima conformemente al secondo, adottando i provvedimenti necessari ad assicurare ed agevolare la piena efficacia di tale diritto, proprio al fine di non determinare una responsabilità dello Stato in tal senso ed, infine, in caso di dubbio interpretativo persistente, ad operare il rinvio pregiudiziale alla Corte.

È per tale ragione che, qualora vi sia una violazione del diritto dell'Unione, lo Stato non potrà addurre, a proprio scarico, la peculiarità della funzione esercitata da chi abbia, in fatto, generato la violazione, proprio alla luce dell'irrelevanza del soggetto che abbia causato il danno.

La Corte<sup>127</sup>, come accennato, aveva da tempo chiaramente affermato il principio dell'imputabilità allo Stato dei danni commessi dagli organi del potere legislativo ed amministrativo, cosicché, con le due citate pronunzie si è limitata ad estendere alle decisioni – soltanto di ultimo grado, essendo per gli altri gradi utilizzabile l'impugnazione quale mezzo ristoratore – degli organi giurisdizionali nazionali i principi già espressi per gli altri esponenti delle istituzioni nazionali.

Il punto qualificante di *Traghetti del Mediterraneo* è la statuizione circa una responsabilità dello Stato giudice non più strettamente collegata alla responsabilità del magistrato<sup>128</sup>; è alla responsabilità dello Stato e soltanto dello Stato che, secondo i Giudici di Lussemburgo, non possono estendersi i limiti che trovano la propria origine e la propria giustificazione nella tutela dell'indipendenza del magistrato persona fisica: siamo, insomma, in presenza di una responsabilità “paraoggettiva” dello Stato piuttosto che dinanzi ad una responsabilità dello Stato medesimo per l'operato dei suoi dipendenti.

Nessun contrasto, allora, fra le previsioni della L. 117/88 e le statuizioni della Corte di Giustizia: anche nell'ottica delle esemplificazioni dell'Avvocato Generale Lèger di ipotesi di violazione *manifesta* del diritto comunitario – fatte proprie dalla Corte – l'assoluta irrilevanza dell'elemento psicologico del giudicante conferma il disinteresse di Lussemburgo per le vicende interne che hanno condotto,

---

<sup>125</sup> Corte Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA*, in *Racc.*, I, p. 1029.

<sup>126</sup> Corte Giust., 5 febbraio 1993, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Foro it.*, 1964, IV, p. 98; Corte Giust., 9 marzo 1978, causa C-224/01, *Simmenthal*, in *Foro.it.*, 1978, IV, p. 201.

<sup>127</sup> Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, cit..

<sup>128</sup> In questi termini, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice. La storia continua*, op. cit., p. 305.

in fatto, alla violazione del diritto comunitario, che si traduce in un obbligo di risarcimento per lo Stato responsabile *ex se*.

Il principio, peraltro, è pienamente conforme a quello vigente nell'ambito del diritto internazionale<sup>129</sup> e nel sistema della Convenzione Europea per i Diritti Umani, laddove si afferma con chiarezza che lo Stato, in quanto entità unitaria, è responsabile per la violazione degli impegni assunti senza che rilevi la circostanza che l'atto o il comportamento da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere giudiziario.

Ciò che rappresenta l'*ubi consistam* del sistema risarcitorio vigente nel diritto dell'Unione è la circostanza che il risarcimento del danno a carico dello Stato inadempiente si realizzi sul piano nazionale direttamente in favore del singolo danneggiato, persona fisica o giuridica.

Il principio dell'indifferenza dell'organo o funzionario che abbia causato il danno risponde anche ad una esigenza di effettività del sistema.

È soltanto sulla base di questi principi che la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto che il principio della responsabilità degli Stati membri di risarcire i danni trova applicazione persino qualora la violazione del diritto dell'Unione derivi dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado<sup>130</sup>.

La Corte ha, tuttavia, affermato con assoluta certezza che il principio del risarcimento dei danni per violazione del diritto comunitario non investe la responsabilità personale del giudice, ma soltanto quella dello Stato: ne consegue che il principio medesimo non mette in discussione i valori fondamentali dell'autonomia e dell'indipendenza del potere giudiziario<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Il principio risulta espressamente dall'art. 4 n. 1 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. Elaborato dalla Commissione di diritto internazionale e sottoposto all'attenzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, esso afferma che: "il comportamento di qualsiasi organo dello Stato è considerato come un atto dello Stato secondo il Diritto Internazionale, indipendentemente dalle funzioni (legislative, esecutive o giudiziarie).

<sup>130</sup> In *KOBLEK*, come detto, si afferma che la tutela dei diritti derivanti dal diritto comunitario: "sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro".

<sup>131</sup> In tal senso, si veda, altresì, la cit. Cass. civ. 27 novembre n. 25123 in *Giust. Civ.* 2007, p. 360 secondo la quale: «la clausola di salvaguardia non tollera riduttive letture perché giustificata dal carattere fortemente valutativo della attività giudiziaria e, come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 19 gennaio 1989 n. 18, attuativa della garanzia costituzionale della indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio». Anche la pronuncia n. 7272 del 18 marzo 2008 richiamava il consolidato orientamento della giurisprudenza sulla configurabilità dell'errore interpretativo e/o valutativo di cui all'art. 2, comma 2, della legge 117/1988, escludendo la responsabilità del magistrato per violazione di legge.

Anzi, il giudice nazionale riveste un ruolo di così assoluto rilievo nella tutela dei diritti dei singoli derivanti dall'attuazione del diritto dell'Unione, che esso è stato qualificato dalla Corte stessa, a partire da *Simmenthal*<sup>132</sup> “giudice comunitario di diritto comune”.

#### 2.4. L'interpretazione conforme e il “triangle magique”.

L'interpretazione conforme, è estrinsecazione del principio del primato del diritto dell'unione e si pone perfettamente in quel Triangle magique del sistema giudiziario comunitario – effetto diretto, primato e rinvio pregiudiziale – come lo “zoccolo duro” di una “théorie judiciaire de l'intégration” come delineato dal quarto Presidente della Corte di giustizia, Robert Lecourt, che poneva (e pone tuttora) la Corte di giustizia al centro del modello politico europeo.

E allora fino ad un certo punto, qualsiasi questione afferente un ipotetico o reale contrasto normativo fra ordinamenti sembrava poter essere risolta mediante il percorso descritto nella decisione assunta dalla Corte nel noto caso *Simmenthal*, secondo cui, “...qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria”.

Il panorama è andato, poi, come abbiamo visto, arricchendosi di sfumature ed infine ulteriormente complicandosi quando l'interpretazione giurisprudenziale è diventata materia di responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario come ben sappiamo con *Kobler* e passando per *Traghetti del Mediterraneo*, là dove la Corte di Giustizia ha precisato ampliandoli, i confini della responsabilità dello Stato membro, attribuendo rilievo per i danni arrecati ai singoli alla violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Optando per una analisi dei rapporti fra ordinamenti nella loro dimensione diachronica emerge, allora, *ictu oculi*, la progressiva insufficienza degli originari concetti di primazia e disapplicazione in quanto le relazioni appaiono estremamente più complesse ed implicano un coordinamento che va al di là delle competenze: si impone, soprattutto, uno sforzo ermeneutico peculiare in capo all'interprete per pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei singoli, contemperino le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale, onde evitare conflitti.

Evitando allora ulteriori indugi vediamo quale deve ad avviso di chi scrive deve essere l'approccio del giudice nazionale, completamente capovolto in favore dell'interpretazione conforme ed a discapito della ricerca dell'effetto diretto, nelle vive parole della Corte di giustizia.

---

<sup>132</sup> Corte Giust. 9 marzo 1978, causa C-224/01, cit..

Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 24 gennaio 2012 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de cassation – Francia) – Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre, (Case C-282/10) che ha segnato una “rivoluzione” sul tema degli obblighi interpretativi del giudice nazionale esattamente capovolgendo l'impostazione precedentemente in auge e dando la stura a tutta l'interpretazione successiva come confermato dalla più recente sentenza *Poplawsky II*.

La questione verteva sulla pretesa di Maribel Dominguez di godere delle ferie retribuite spettanti, relative al periodo di riferimento considerato, pur essendo stata assente per effetto di un infortunio occorso, possibilità che sembrava negata dalla normativa interna, in apparente contrasto con la Direttiva 2003/88: Secondo la Corte, in base all'articolo 7 della direttiva 2003/88, non dev'essere leso il diritto di alcun lavoratore – indipendentemente dal fatto che si trovi in congedo di malattia durante tale periodo di riferimento per infortunio sopravvenuto sul posto di lavoro o altrove, o per malattia di qualunque natura o origine – alle ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane.

Da quanto precede dice la Corte risulta che è compito del giudice del rinvio verificare, prendendo in considerazione il complesso del diritto interno, in particolare l'articolo L. 223-4 del codice del lavoro, e applicando i metodi di interpretazione da tale diritto riconosciuti, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva 2003/88 e di giungere ad una soluzione conforme alla finalità da essa perseguita, se si possa pervenire ad un'interpretazione di tale diritto che consenta di equiparare l'assenza del lavoratore per incidente in itinere ad una delle fattispecie menzionate in tale articolo del codice del lavoro.

Ecco qui la rivoluzione: Soltanto nel caso in cui tale interpretazione non fosse possibile, occorrerà esaminare se l'articolo 7, par. 1, della direttiva 2003/88 abbia effetto diretto e se, in tal caso, la sig.ra Dominguez possa avvalersene nei confronti dei convenuti nel procedimento principale e in particolare del suo datore di lavoro, il CICOA, in considerazione della loro natura giuridica.

E arriviamo agli approdi più recenti

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019 (request for a preliminary ruling from the Rechtbank Amsterdam – Netherlands) – Mandato di arresto europeo contro Execution of the European arrest warrant issued against Daniel Adam Popławski

(Case C-573/17)

«Il principio del primato del diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non *obbliga un giudice nazionale a disapplicare* una disposizione di

diritto nazionale incompatibile con le disposizioni di una decisione quadro, come le decisioni quadro di cui trattasi nella causa principale, poiché tali disposizioni non hanno efficacia diretta. Le autorità degli Stati membri, comprese le autorità giurisdizionali, sono tuttavia tenute a interpretare il loro diritto nazionale, per quanto possibile, in conformità con il diritto dell'Unione, che consente loro di garantire un esito compatibile con l'obiettivo perseguito dalla decisione quadro».

È questo il punto nodale che a noi interessa.. se anche come nel caso di specie le decisioni quadro non possono avere effetto diretto, il loro carattere vincolante comporta tuttavia in capo alle autorità nazionali un obbligo di interpretazione conforme del loro diritto interno a partire dalla data di scadenza del termine di recepimento di tali decisioni quadro (sentenza dell'8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, punti 58 e 61).

Quindi, in conclusione, anche secondo l'interpretazione offerta nella causa *Poplawsky II*, l'interpretazione delle norme nazionali il più possibile conforme al diritto comunitario è la vera chiave di volta del sistema, il principio che obbliga il giudice a porre una questione pregiudiziale (e torniamo allora al triangolo magico – primato/effett diretto/ interpretazione conforme) ogni volta che sia impossibile pervenire autonomamente ad una applicazione del diritto interno coerente con il diritto dell'Unione.

Nella sentenza *Poplawski II*, la Corte ha affermato che, al fine di garantire l'effettività di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione, il principio del primato richiede, in particolare, che i giudici nazionali interpretino, per quanto possibile, il loro diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione.

È sempre in base al principio del primato che, se non può interpretare la normativa nazionale secondo le prescrizioni del diritto dell'Unione, il giudice nazionale competente per l'applicazione delle disposizioni di tale diritto è tenuto a garantirne la piena efficacia, disapplicando, se necessario, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la sua preventiva rimozione per via legislativa o altra procedura costituzionale.

La sentenza ha posto una delicata questione circa i rapporti tra effetto diretto e primato; ciò che qui interessa, tuttavia, è che l'interpretazione conforme, secondo la "rivoluzione *Dominguez*" diventa preliminare e pregiudiziale e viene estesa fino alle sue estreme conseguenze potendo condurre, ove necessario fino alla disapplicazione.

Quindi l'ordine non è ricerca dell'effetto diretto (con conseguente disapplicazione) ed eventuale successiva interpretazione conforme qualora la norma non sia dotata di effetto diretto;

L'ordine è esattamente l'opposto: di fronte ad una potenziale incongruità del sistema si impone al giudice la previa ricerca dell'interpretazione compatibile fra

diritto interno e diritto dell'Unione nell'ottica della consistency; solo qualora tale interpretazione risulti impossibile ci si muoverà alla ricerca della norma dotata di effetto diretto;

Nel nostro percorso le parole sono importanti, E allora, se le parole sono importanti, due sono, senza dubbio, in base ad un sommario studio statistico, le più ricorrenti affermazioni contenute nelle sentenze della Corte di giustizia che involgono il giudice nazionale, quelle, insomma di cui noi giudici non ci possiamo dimenticare: la prima, *“spetta al giudice nazionale”*; la seconda – che ritroviamo, solo per fare un esempio, nella Grande Sezione del 14 maggio 2018 in tema di orario di lavoro su rinvio pregiudiziale dell'Audencia Nacional, la Corte centrale spagnola – *“nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo, per quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo del diritto dell'Unione”* – : due richiami costanti all'impegno del giudice nazionale.

La sentenza *Poplawsky II*, vedete, non ci ha certo tirato fuori dal guado sul punto della disapplicazione: anzi, essa riapre ogni querelle lasciando l'interprete solo di fronte ad ostacoli non certo di facile soluzione nell'affermare a chiare lettere che soltanto in caso di norme dotate di effetto diretto la disapplicazione è possibile.

Eppure una strada ad avviso di chi scrive c'è. E questa strada è proprio segnata dall'interpretazione conforme.

L'interpretazione conforme, ci ricorda la Corte in *Poplawsky*, si pone come una estrinsecazione della primazia, da cui discende direttamente, e della leale collaborazione (secondo il disposto dell'art. 4.3 TUE); essa è “effetto strutturale” della norma comunitaria (per utilizzare le parole dell'allora Avvocato Generale Tizzano, nella causa *Mangold*), in quanto diretta ad assicurare il continuo adeguamento del diritto interno al contenuto ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Più in generale si è distinto fra *direct effect*, *indirect effect* e *Grimaldi effect* per affermare, muovendo da una nota sentenza della CGUE, che anche in ordine alle stesse raccomandazioni si impone il ricorso all'interpretazione conforme.

L'interpretazione conforme è inerente al sistema del Trattato e si estende all'ordinamento nazionale nel suo complesso (anche ai contratti collettivi come affermato dalla Corte di Giustizia in *Pfeiffer*).

Già nel 1984 con l'enucleazione del noto principio *Von Colson* la Corte sanzionava l'impegno per tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali*, di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, come pure l'obbligo imposto dall'art. 5 del Trattato (poi 10, ore 4 TUE) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale impegno.



Nella elaborazione giurisprudenziale comunitaria, molta strada è stata fatta da quando la Corte, nel 1963, proclamava il principio degli effetti diretti del Trattato, quale fonte di diritti per singoli azionabili dinanzi alle Corti degli Stati membri. Passando per l'affermazione dell'obbligo di interpretazione della normativa interna in conformità alle direttive comunitarie come operante "*as far as possibile*" per quanto possibile, secondo il principio *Marleasing*, la Corte ha poi confermato, (prima nella discussa *Mangold* ma poi, in *Küçükdeveci*, *Dominguez*, *Dansk Industri* e oggi *Poplawsky II*) il ruolo centrale dell'interpretazione conforme quale strumento di soluzione delle antinomie.

In *Dansk Industri* la Corte stabiliva che né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possano incidere sull'obbligo per il giudice nazionale di assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva.

Ma già prima, proprio in *Dominguez* l'ordine dei fattori era stato significativamente mutato: per la prima volta, a chiare lettere, la Corte di giustizia disegna la disapplicazione come *extrema ratio*, insistendo in quella che sarà poi la summa dei suoi dettami in tema di interpretazione conforme, sulla assoluta centralità dell'impegno del giudice nazionale di fare tutto ciò che rientra nelle proprie competenze per addivenire ad un risultato conforme a quello del diritto dell'Unione.

Che cosa cambia in *Poplawsky*, Grande Sezione del 24 giugno 2019?

*Nil novi sub sole* potrebbe dirsi, eppure qualcosa di nuovo c'è ed è nel basso continuo della Corte proprio sulla centralità dell'interpretazione conforme in quanto estrinsecazione del principio del primato e, soprattutto, quale imprescindibile strumento di chiusura del sistema.

Per passare ad un esame concreto e ancora più da vicino della questione che qui ci occupa perché poi la vita lavorativa dell'interprete è fatta di casi concreti a mio avviso il rapporto osmotico fra interpretazione conforme e disapplicazione quale *extrema ratio* appare di grande evidenza in molte pronunzie della Corte di cassazione, fra le quali vorrei richiamare brevissimamente le sentenze n. 6679 e la 6680 del 2018 in tema di contratti di lavoro a termine alle dipendenze del Teatro dell'opera là dove abbiamo ritenuto, con riguardo al blocco delle assunzioni riconducibile alle finanziarie 2006 e 2007 nell'ambito delle Fondazioni Liriche, che si imponeva l'interpretazione conforme della normativa considerata all'ultima parte della decisione resa dalla Corte di giustizia nella causa Sciotto, (Corte di giust. 25 ottobre 2018, causa C-331/17) ed alla necessità di evitare gravi disparità di trattamento anche alla luce della dottrina Milkova (V. Corte Giust. 9 marzo

2017, Causa C-406/15, Milkova) dovendo scongiurarsi il rischio che la distinzione operata da una normativa nazionale come quella italiana tra i lavoratori subordinati a tempo determinato alle dipendenze di un qualsiasi datore di lavoro privato e quelli che svolgano le medesime mansioni alle dipendenze di una Fondazione lirica, non risulti adeguata al fine perseguito da tale normativa.

L'interpretazione conforme, che involge significativamente le pronunzie della Corte di giustizia che rappresentano, per usare la felice espressione del Presidente della Corte di giustizia Lenaerts "il glossario delle norme interpretate" è nodale nella nostra quotidiana attività e declina emblematicamente l'obbligo di leale collaborazione che grava imprescindibilmente sui giudici nazionali ai sensi dell'art. 4 del Trattato in quanto organi di base dello spazio giudiziario europeo.

Secondo l'avvocato generale Bobek, da diversi anni, l'obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, le eccezioni a tale obbligo, e soprattutto la sua attuazione, sono stati il metaforico "can che dorme" del diritto dell'Unione. Siamo tutti consapevoli del fatto che esistono. Siamo tutti in grado di discutere o addirittura di scrivere trattati accademici su tale argomento. Tuttavia, nella vita reale, è meglio che il cane sia lasciato indisturbato.

Per varie ragioni, esposte nelle conclusioni, Bobek ha proposto alla Corte di considerare che è giunto il momento di riesaminare la questione CILFIT. E in che modo? Adeguare l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, comma 3, TFUE, al pari delle eccezioni a tale obbligo, in modo tale che riflettano le esigenze dell'attuale sistema giudiziario del diritto dell'Unione.

La logica alla base di tale obbligo di rinvio è chiaramente *strutturale* e imperniata su un'*interpretazione* uniforme in tutta l'Unione europea.

Si discute e si discuterà ancora molto sul se la successiva sentenza, del 6 ottobre scorso, esattamente dopo 39 anni abbia modificato la giurisprudenza Cilfit: Cilfit revisited or Cilfit again?

Ciò che qui val la pena sottolineare è che la Corte ivi ripercorre la propria giurisprudenza sull'*acte clair* e sull'*act éclairé* e nel tratteggiare il contenuto dell'obbligo di rinvio che grava sul giudice di ultima istanza pone l'accento sulla centralità di una interpretazione il più possibile uniforme fra i Paesi membri.

Non vi è modo né sarebbe questa la sede per soffermarsi su una pronunzia di particolare rilievo ed ampio respiro, ma essa consente di tornare al nostro monito iniziale: attraverso il ricorso all'interpretazione conforme, il Collegio della Corte di cassazione ha potuto assicurare l'uniformità del sistema evitando il rinvio pregiudiziale: attraverso l'interpretazione conforme altro Collegio della stessa Corte, nella nota vicenda Abercrombie e Fitch, ha potuto evitare quel secondo rinvio richiestole che pur nella sentenza Consorzio Italian Management la Corte chiarisce esser talora possibile oltre che necessario.

È allora evidente che l'interpretazione conforme stessa contribuisce in modo significativo al sistema di rimedi giudiziali europeo partecipando del sostrato della giurisprudenza Cifit nell'escludere l'obbligo per l'interprete di far ricorso alla Corte di giustizia ogni qualvolta lui stesso, quale organo di base dello spazio giudiziario europeo, riesca autonomamente a garantire la conformità del diritto interno a quello dell'Unione.

## Effetti e portata delle decisioni pregiudiziali della Corte di giustizia nel giudizio *a quo* e negli altri giudizi nazionali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sul procedimento di rinvio pregiudiziale. – 3. Gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia. – 3.1. Gli effetti delle sentenze interpretative. – 3.2. Gli effetti delle sentenze relative a questioni di validità. – 3.3. Gli effetti delle sentenze nel tempo.

### 1. Introduzione

Il tema del dialogo tra Corti nazionali e Corte di giustizia dell'Unione europea riveste grandissima attualità, in particolare alla luce delle vicende processuali, italiane e di altri Stati membri, che hanno messo a nudo possibili punti di frizione tra gli ordinamenti costituzionali nazionali e la normativa dell'Unione. Ciò è avvenuto, per quanto concerne l'Italia, nel noto caso Taricco<sup>2</sup> e, in modo ancor

---

<sup>1</sup> Igor Tacconi è referendario presso il *Cabinet* dell'avvocato generale Giovanni Pitruzzella alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Giovanni Petroni è giudice del Tribunale di Tivoli e ha svolto nel 2021 uno *stage* di lunga durata, organizzato dall'*European Judicial Training Network*, presso il medesimo *Cabinet*.

<sup>2</sup> La Corte di giustizia, con sentenza dell'8 settembre 2015, *Taricco* (C-105/14) ha stabilito che, nei processi penali relativi ai reati in materia di IVA, un certo regime legale della prescrizione avrebbe dovuto essere disapplicato dal giudice italiano. È sembrato che tale regola non fosse rispettosa del principio supremo dell'ordine costituzionale italiano di determinatezza e irretroattività del diritto penale sostanziale, al quale l'istituto della prescrizione per costante giurisprudenza appartiene. Per tale ragione è stata sollevata questione di costituzionalità dinanzi alla Consulta, che con ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 ha effettuato un rinvio pregiudiziale ponendo alla Corte di giustizia una questione interpretativa sul punto. Con la sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.* (C-42/17), la Corte di Lussemburgo ha permesso al giudice nazionale di sottrarsi alla "regola Taricco", qualora l'avesse ritenuta in contrasto con il principio di legalità enunciato anche dall'art. 49 della Carta di Nizza. Come rilevato da G. LATTANZI, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco, contributo per Liber Amicorum in onore del Presidente della Corte europea dei diritti dell'Uomo Guido Raimondi*, 2019, la sentenza M.A.S. non tradisce l'impostazione originaria della decisione Taricco, ma la rilegge alla luce dei nuovi dati concernenti l'ordinamento nazionale, che le sono stati presentati dalla Corte costituzionale per mezzo del rinvio pregiudiziale, in un'ottica di costruttivo dialogo tra i due livelli giurisdizionali.

più evidente, nel filone giurisprudenziale riguardante l'indipendenza dei giudici polacchi e rumeni<sup>3</sup>.

In questo contesto, il tema relativo agli effetti delle sentenze della Corte lussemburghese assume un rilievo centrale, costituendo esso un necessario presupposto conoscitivo per comprendere appieno il rapporto dialettico tra le Corti nazionali e quella sovranazionale e le sue variegate dinamiche.

## 2. Cenni generali sul procedimento di rinvio pregiudiziale

Prima di soffermarsi sugli effetti delle decisioni, è opportuno fornire alcune sintetiche e generali nozioni sui procedimenti pregiudiziali<sup>4</sup>, che costituiscono “la

---

<sup>3</sup> Per quanto riguarda le frizioni tra il diritto costituzionale polacco ed il diritto dell'Unione europea, ci si riferisce: (i) da un lato, ai procedimenti per infrazione attivati dalla Commissione contro la Polonia (cause C-192/18, C-619/18 e C-204/21), ed al procedimento pregiudiziale originato dall'iniziativa dell'autorità giudiziaria di quel Paese (C-585/18, C-624/18 e C-625/18), tutti riguardanti l'incompatibilità tra il diritto dell'Unione ed una serie di norme polacche che portano l'autorità giudiziaria sotto l'influenza del potere esecutivo; (ii) dall'altro, alla presa di posizione della Corte costituzionale polacca, che con sentenza del 7 ottobre 2021 ha affermato che alcune disposizioni del TUE sono illegittime perché incompatibili con la Costituzione nazionale e che gli organi dell'Unione europea non dispongono del potere di stabilire come debba essere organizzato il potere giudiziario negli Stati membri e le sue condizioni di indipendenza, compito che spetterebbe alle Costituzioni nazionali e non ai Trattati europei. Sul tema, si vedano G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle Corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, R. PIOTROWSKI, *L'indipendenza della magistratura e la democrazia costituzionale. Rivisitazione dell'esperienza attuale della Polonia*, entrambi in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019. Per quanto poi concerne l'ordinamento rumeno, il riferimento è alle sentenze della Corte di giustizia del 18 maggio 2021, Asociația «Forumul Judecătorelor din România» (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19) e del 22 febbraio 2022, RS (C-430/21). Anch'esse, in estrema sintesi, hanno sindacato la compatibilità tra il diritto dell'Unione europea e la normativa di ordinamento giudiziario rumena che ha posto i giudici di tale Paese sotto la sfera di influenza del potere esecutivo, ed hanno creato delle frizioni con la Corte costituzionale rumena, la quale, con sentenza n. 390 dell'8 giugno 2021, ha affermato che un giudice ordinario non è competente a esaminare la conformità al diritto dell'Unione di una disposizione nazionale dichiarata conforme alla Costituzione rumena, attesa la supremazia di tale suprema fonte giuridica interna rispetto al diritto dell'Unione.

<sup>4</sup> Sul rinvio pregiudiziale in generale, si v. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, 417 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, 417 ss.; L. DANIELE, *Trattati dell'Unione europea, sub art. 267 TFUE*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014; L. FUMAGALLI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea, sub art. 267 TFUE*, a cura di F. POCAR, M.C. BARUFFI, L. FUMAGALLI, Padova, 2014; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*,

chiave di volta” del sistema giurisdizionale dell’Unione<sup>5</sup> oltre che la porzione numericamente più rilevante dei giudizi di cui la Corte di Lussemburgo è investita<sup>6</sup>.

Il rinvio pregiudiziale, che trova la propria disciplina fondamentale negli artt. 13, par. 3, lett. b), TUE e 267 TFUE<sup>7</sup>, si sostanzia in uno strumento a disposizione del giudice nazionale per deferire alla Corte di giustizia questioni riguardanti: (a) l’interpretazione dei trattati e degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi o organismi dell’Unione (c.d. questioni interpretative); (b) la validità degli atti emessi dalle istituzioni, dagli organi o organismi dell’Unione (c.d. questioni di validità). Rispondendo ai quesiti posti dal giudice nazionale, la Corte esercita il compito attribuitole dai Trattati di “assicurare il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati dell’Unione”<sup>8</sup>.

Si tratta di una competenza giurisdizionale di tipo indiretto, in quanto attivata su iniziativa del giudice nazionale e non delle parti del giudizio *a quo*, e non contenziosa, dovendo la Corte unicamente rispondere alle questioni di diritto poste dal predetto giudice, che resta l’unica autorità competente a pronunciarsi su tutti gli altri profili della controversia<sup>9</sup>. Il sistema del rinvio pregiudiziale di

---

Torino, 2020, 335 ss. P. DOMENICUCCI, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, Roma, 2011.

<sup>5</sup> Sono parole che si leggono nel parere della Corte di giustizia n. 2 del 18 dicembre 2014, al paragrafo 176: «la chiave di volta del sistema giurisdizionale (...) è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall’articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l’unità di interpretazione del diritto dell’Unione (v., in tal senso, sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell’ordinamento istituito dai Trattati (v., in tal senso, parere 1/09, EU:C:2011:123, punti 67 e 83)».

<sup>6</sup> Nel 2020, le cause pregiudiziali rappresentavano più del 75% dei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia. Per approfondimenti statistici sulla sua attività, si veda la relativa *Relazione annuale*, disponibile sul sito [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7000/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/).

<sup>7</sup> Sul versante procedurale, la regolamentazione è posta dagli artt. 23 e 23 *bis* dello Statuto della Corte di giustizia e dagli artt. 93 e seguenti del Regolamento di procedura della Corte stessa. Vanno segnalate, in proposito, anche le *Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* dell’8 novembre 2019 (2019/C 380/1). Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *Le regole del processo dinanzi al giudice dell’Unione europea*, Napoli, 2017.

<sup>8</sup> Così recita l’art. 19 TUE.

<sup>9</sup> Normalmente il giudice nazionale ha la facoltà, e non l’obbligo, di sollevare la questione pregiudiziale. Quando tuttavia essa si pone in un giudizio pendente davanti ad un’autorità giudiziaria avverso le cui decisioni non è possibile proporre impugnazione, tale autorità è obbligata a rivolgersi alla Corte. In ogni caso, se il giudice nazionale, anche non di ultima istanza, dubita della validità dell’atto dell’Unione, esso non può, *motu proprio*, dichiararlo invalido ma deve effettuare un rinvio

cui all'articolo 267 TFUE, infatti, ripartisce nettamente i compiti delle autorità, conferendo alla Corte il compito di interpretare e sindacare la validità degli atti dell'Unione, senza attribuzioni nella risoluzione del caso, ed al giudice nazionale il ruolo di decisione della controversia in virtù delle emergenze processuali e del diritto interno<sup>10</sup>.

### 3. Gli effetti delle sentenze

Gli effetti delle sentenze che la Corte di giustizia emette nell'ambito dei giudizi pregiudiziali vanno distinti a seconda che si tratti di una questione interpretativa o di una questione di validità.

#### 3.1. Gli effetti delle sentenze interpretative

Le decisioni con cui la Corte interpreta il diritto dell'Unione hanno natura dichiarativa: esse chiariscono il significato e la portata di una norma dell'Unione, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata fin dal momento della sua entrata in vigore.

Gli effetti di tali decisioni sono duplici. Essi, infatti, possono essere categorizzati come "effetti endoprocessuali", ossia effetti che si esplicano all'interno del procedimento nel corso del quale la questione è stata posta, ovvero come "effetti extraprocessuali", ossia effetti che trascendono l'ambito della controversia e che

---

pregiudiziale alla Corte di giustizia. Di questa tematica i giudici di Lussemburgo sono tornati anche recentemente ad occuparsi, con la sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management* (C-561/19). In tale occasione, si è precisato che l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno: (i) deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi; (ii) non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale; (iii) può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. La sentenza in questione è stata commentata da F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, disponibile sul sito <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-ue/1996-corte-di-giustizia-e-obbligo-di-rinvio-pregiudiziale-del-giudice-di-ultima-istanza-nihil-sub-sole-novum-di-fabio-ferraro>.

<sup>10</sup> Cfr. i punti 8 e 11 delle citate *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*.



hanno portata generale, esplicandosi nell'ambito di tutti gli altri processi nazionali in cui trovi applicazione la normativa dell'Unione esaminata dalla Corte<sup>11</sup>.

Quanto agli effetti endoprocessuali, la decisione è obbligatoria per il giudice *a quo*: quest'ultimo è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione fornita dalla Corte<sup>12</sup>. A tale decisione devono attenersi anche i giudici di pari o di diverso grado eventualmente chiamati ad occuparsi della stessa causa, in sede di impugnazione, a seguito di *traslatio iudicii* o di annullamento della sentenza da parte del giudice nazionale di superiore istanza.

Quanto agli effetti extraprocessuali, va osservato che – coerentemente con la funzione nomofilattica attribuita alla Corte di giustizia – il principio di diritto contenuto nella sentenza non vincola solo il giudice *a quo* ma si impone con effetti *erga omnes*. La disposizione in questione deve, infatti, essere da chiunque interpretata ed applicata così come indicato dalla Corte, almeno fino a quando questa, eventualmente chiamata di nuovo in causa, non ne fornisca una diversa interpretazione<sup>13</sup>. L'interpretazione della norma dell'Unione fornita dalla sentenza della Corte di giustizia prevale sulla diversa interpretazione eventualmente fornita dal giudice nazionale di grado superiore, finanche di rango costituzionale<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sul tema specifico degli effetti delle decisioni interpretative della Corte di giustizia, va richiamata E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia, Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012.

<sup>12</sup> In questo senso, si v. sentenze della Corte di giustizia 11 dicembre 2018, *Heinrich Weiss* (C-493/17), punto 19; del 16 giugno 2015, *Gauweiler e a.* (C-62/14), punti 14 e 16. Può richiamarsi anche l'ordinanza del 5 marzo 1986, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH* (causa C-69/85), punto 13, ove si legge che «[l]a sentenza con la quale la Corte si pronuncia in via pregiudiziale sull'interpretazione o sulla validità di un atto adottato da un'istituzione della Comunità risolve, con la forza del giudicato, una o più questioni di diritto comunitario e vincola il giudice nazionale per la definizione della lite principale».

<sup>13</sup> V. sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczyk* (C-184/1999), nonché la risalente sentenza del 27 marzo 1963, *Da Costa* (C-28/62 e C-30/62).

<sup>14</sup> In proposito, può richiamarsi la già citata sentenza del 22 febbraio 2022, *RS* (C-430/21), punti 52 e 75, ove si legge che poiché la Corte di giustizia «detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva del diritto dell'Unione (...), spetta alla Corte stessa, nell'esercizio di tale competenza, precisare la portata del principio del primato del diritto dell'Unione alla luce delle disposizioni pertinenti di tale diritto, cosicché tale portata non può dipendere dall'interpretazione di disposizioni del diritto nazionale né dall'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione seguita da un giudice nazionale che non corrisponda a quella della Corte (...); «[i]l giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'articolo 267, secondo comma, TFUE, deve quindi eventualmente discostarsi dalle valutazioni di un organo giurisdizionale nazionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione dell'interpretazione fornita dalla Corte, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione, disapplicando all'occorrenza la norma nazionale che gli impone di rispettare le decisioni di tale organo giurisdizionale di grado superiore

Strettamente connessa alla portata *erga omnes* della sentenza, del resto, è la possibilità degli Stati membri e delle Istituzioni dell'Unione di presentare osservazioni nel corso del giudizio, pur non essendo parti del giudizio principale. Da tale portata deriva poi un preciso obbligo del giudice nazionale di conoscere la giurisprudenza della Corte di giustizia, non solo con limitato riferimento al contenzioso originato da pronunzie pregiudiziali provenienti dalle giurisdizioni del Paese di origine, ma anche di tutte le decisioni che, sebbene sollecitate da organi giurisdizionali appartenenti a diversi Paesi dell'Unione, abbiano comunque riguardato l'interpretazione della norma unionale<sup>15</sup>.

I giudici nazionali restano tuttavia liberi di stabilire se la pronuncia abbia fornito loro lumi sufficienti o se sia necessario interpellare nuovamente la Corte. Dunque, l'efficacia vincolante delle sentenze pregiudiziali non osta a che il giudice nazionale destinatario della sentenza della Corte di giustizia si rivolga nuovamente ad essa qualora lo ritenga necessario per la decisione della causa

---

(v., in tal senso, sentenza del 5 ottobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punti 30 e 31)». È stato anche affermato che «[l']esigenza di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto interno incompatibile con il diritto dell'Unione» (sentenza del 5 luglio 2016, *Ognyanov*, C-614/14, p. 35). Inoltre, secondo la sentenza del 15 gennaio 2013, *Križan* (C-416/10), la norma nazionale non può impedire al giudice di rinvio di sottoporre alla Corte domanda di pronuncia pregiudiziale in qualsiasi fase del procedimento che esso ritenga appropriata ed eventualmente di lasciare disapplicati gli apprezzamenti della Corte costituzionale che si rivelassero in contrasto con il diritto dell'Unione. Si tratta di principi che, come si è visto nella precedente nota 3, sono stati posti in discussione da parte delle Corti costituzionali polacca e rumena.

<sup>15</sup> Così R. G. CONTI, *I rapporti fra diritto interno e diritto dell'Unione europea, Corso Corte costituzionale "Istanze costituzionali e sovranazionali nel diritto tributario*, Roma, Corte costituzionale, 6-7 giugno 2016, disponibile sul sito: [https://www.giustizia-tributaria.it/allegati/Relazione\\_Cons.\\_Roberto\\_Giovanni\\_Conti.pdf](https://www.giustizia-tributaria.it/allegati/Relazione_Cons._Roberto_Giovanni_Conti.pdf). Dalla portata *erga omnes* della decisione della Corte taluni hanno ricavato che l'autorità ad essa riconosciuta si avvicina al principio dello *stare decisis*, o del precedente obbligatorio con efficacia generale proprio del diritto anglosassone, nel senso che l'interpretazione fornita integra il contenuto della norma dell'Unione e condiziona la sua applicazione da parte di qualsiasi giudice interno, oltre a far venire meno l'obbligo del rinvio per i giudici di ultima istanza. Si è tuttavia osservato, in senso contrario, da un lato, che i giudizi nazionali diversi da quello che ha operato il rinvio non sono obbligati ad attenersi all'interpretazione già fornita dalla Corte, mantenendo la facoltà di introdurre a loro volta un ricorso pregiudiziale anche quando verta su questione identica già definita in analoga fattispecie, allo scopo di convincere la Corte a modificare la precedente giurisprudenza; dall'altro che la stessa Corte di giustizia può operare un *revirement*, non essendo vincolata dal proprio precedente. Si vedano, in proposito, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 447; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2017, p. 250 e ss.; E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 300 ss.

principale. Il nuovo rinvio può essere giustificato se il giudice nazionale si trovi di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, ovvero sottoponga alla Corte una nuova questione di diritto o, ancora, le prospetti nuovi elementi di valutazione che possano indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata<sup>16</sup>.

Naturalmente anche gli altri giudici nazionali, diversi dall'autorità destinataria della decisione, mantengono la più ampia facoltà di adire la Corte di giustizia qualora lo ritengano opportuno, senza che il fatto che le disposizioni in questione siano già state interpretate dalla Corte abbia l'effetto di ostacolare una nuova pronuncia da parte della stessa.

Ed infatti, i casi in cui la Corte di giustizia è stata chiamata nuovamente a fornire chiarimenti in relazione ad una questione già risolta nell'ambito di un precedente giudizio pregiudiziale sono molteplici<sup>17</sup>. In proposito va osservato che se, da un lato, non sono esclusi i *revirement* della Corte, dall'altro essa, laddove ritenga che la risposta ai quesiti possa essere agevolmente desunta dalla sua pregressa giurisprudenza, potrà pronunciarsi, con più sintetica motivazione, adottando un'ordinanza ai sensi dell'articolo 99 del Regolamento di procedura.

Il giudice nazionale diverso dal giudice a *quo* mantiene comunque il potere di interpretare – nel rispetto dei normali canoni ermeneutici – la sentenza della Corte di giustizia e, qualora il caso ad esso sottoposto diverga da quello oggetto di tale sentenza, può ovviamente escluderne l'applicabilità. Questa operazione – il cui effetto è di contenere la portata della decisione con riferimento ad una determinata categoria di fattispecie – è nella prassi denominata *distinguishing*<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Così le sentenze della Corte di giustizia dell'11 giugno 1987, Pretore di Salò (C-14/86), punti 12 e 13, e del 6 ottobre 2021 (C-561/19) *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA*, punto 38.

<sup>17</sup> A titolo meramente esemplificativo possono richiamarsi, oltre al già menzionato caso Taricco: (i) la sentenza *Kaba* (C-466/00), in cui il giudice destinatario di una prima decisione pregiudiziale ne ha sollevata una nuova, nell'ambito dello stesso procedimento, per aggiungere taluni elementi di fatto che avrebbero potuto diversamente orientare la decisione della Corte di giustizia; (ii) la causa FNV (C-237/20), nell'ambito della quale l'Hoge Raad dei Paesi Bassi ha chiesto nuovamente alla Corte di stabilire se nell'ambito di una procedura olandese di "pre-pack" debbano trovare applicazione o meno le tutele dei diritti dei lavoratori previste dalla direttiva 2001/23, prospettando taluni elementi che potrebbero condurre ad un *revirement* della precedente decisione che si era espressa in senso affermativo.

<sup>18</sup> Così R. G. CONTI, *op. cit.*, 14. Di interesse, sotto questo profilo, la recente vicenda scaturita dalla sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2021 (C-746/18) *Prokuratuur* (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche), in relazione alla quale sia consentito richiamare G. PETRONI, *Il caso Prokuratuur: il difficile dialogo tra le Corti e le conseguenze della sentenza della Corte di giustizia nell'ordinamento nazionale*, disponibile sul sito <https://www.giustiziainsieme.it/>

Il mancato rispetto, da parte di un giudice nazionale, di una sentenza della Corte può formare oggetto di impugnativa interna o, al limite, configurare gli estremi di una violazione del Trattato rispetto alla quale la Corte potrebbe essere ulteriormente adita con un ricorso per infrazione *ex* articolo 258 TFUE<sup>19</sup>. Inoltre, non è escluso che la violazione della sentenza possa provocare danni patrimoniali, per il cui ristoro gli interessati possono dar luogo ad un'azione di responsabilità dello Stato dinanzi ai giudici interni<sup>20</sup>.

Le sentenze interpretative della Corte, seppure in via incidentale, giungono spesso a sindacare la compatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione. In relazione a tali casi – e, in particolare, ove venga accertata l'incompatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione – si ritiene che la sentenza della Corte, oltre ad avere efficacia interpretativa del diritto dell'Unione, produca un effetto particolare sulla disposizione interna. In tal caso, infatti – in virtù del principio di leale cooperazione (articolo 4, par. 3, TUE) – gli Stati membri hanno l'obbligo di eliminare le conseguenze di una violazione del diritto dell'Unione, analogamente a quanto avviene laddove sia accertato un inadempimento in esito ad una procedura di infrazione.

Pertanto, a seguito di una sentenza emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale da cui risulti l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, è compito delle autorità dello Stato membro interessato adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto dell'Unione sul loro territorio. Così, per le locali autorità legislative, sorge l'obbligo di abrogare o modificare la norma nazionale incompatibile, al fine di elimina-

---

it/diritto-ue/2026-il-caso-prokuratuur-il-difficile-dialogo-tra-le-corti-e-le-conseguenze-della-sentenza-della-corte-di-justizia-nell-ordinamento-nazionale-di-giovanni-petroni.

<sup>19</sup> Per un esempio di procedimento per infrazione sorto in ragione del comportamento tenuto dai giudici nazionali in seguito all'emanazione di una sentenza della Corte di giustizia, si veda la sentenza del 4 ottobre 2018, *Commissione/Francia* (C-416/17). Nell'ambito di tale controversia, poiché il *Conseil d'État* francese aveva ommesso di sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia ed aveva fornito un'interpretazione dei principi di diritto da essa enunciati che “non si imponevano con evidenza”, si è ritenuto che la Repubblica francese fosse venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 267, terzo comma, TFUE.

<sup>20</sup> In proposito va ricordato che, nel diritto dell'Unione, un diritto al risarcimento è riconosciuto qualora siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che la violazione sia sufficientemente qualificata e, infine, che esista un nesso diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi. Da ultimo in questo senso si è espressa la sentenza del 25 gennaio 2022, *Vysočina Wind*, (C-181/20), punto 69; si vedano anche le sentenze del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, (C-46/93 e C-48/93), punto 51, e dell'8 luglio 2021, *Koleje Mazowieckie* (C-120/20), punto 61).

re lo stato di incertezza giuridica<sup>21</sup>. I giudici e le autorità amministrative nazionali, d'altra parte, hanno immediatamente l'obbligo di disapplicare la norma nazionale ritenuta incompatibile con una norma dell'Unione dotata di efficacia diretta<sup>22</sup>.

I sovraesposti effetti delle sentenze emesse dalla Corte di giustizia sono stati riconosciuti anche dai supremi organi giurisdizionali italiani, i quali hanno ribadito sia la loro efficacia extraprocessuale, sia l'esigenza che lo Stato italiano apporti le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme di diritto dell'Unione<sup>23</sup>.

A questa "fisiologica" ricostruzione dei rapporti tra autorità giudiziarie e tra diritto interno e diritto dell'Unione, deve infine aggiungersi l'ipotesi, eccezionale in un sistema tendenzialmente improntato al primato del diritto dell'Unione e alla condivisione dei valori tra i vari Paesi che la compongono, di attivazione dei c.d. controlimiti. In relazione a tale argomento – venuto in rilievo nel già citato caso Taricco – basti ricordare che i controlimiti costituiscono le clausole di salvaguardia a protezione dei valori fondamentali che definiscono le singole identità costituzionali nazionali. Laddove vi sia un contrasto tra il diritto dell'Unione, per come interpretato dalla Corte di giustizia, e tali valori fondamentali, è possibile sottoporre al vaglio di legittimità costituzionale l'ordine di

<sup>21</sup> Sentenza del 24 marzo 1988, *Commissione/Italia* (C-104/86), p. 12. Qualora l'autorità legislativa non dovesse ottemperare a tale obbligo possono configurarsi i presupposti per una procedura di infrazione, come recentemente avvenuto con riguardo al già menzionato filone giurisprudenziale riguardante l'indipendenza dei giudici polacchi, che ha dato luogo alla procedura di infrazione di cui alla causa C-204/21.

<sup>22</sup> Si veda, tra le altre, la sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2016, *Dansk Industri* (C-441/14).

<sup>23</sup> Corte Cost., sentenza del 23 aprile 1985, n. 113; Corte Cost., sentenza dell'11 luglio 1989, n. 389. Anche la Corte di cassazione, da parte sua, ha affermato che: (i) «[l]e statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia (...) pronunciate in via pregiudiziale (...) hanno diretta e immediata applicazione nel nostro ordinamento interno e determinano l'effetto della non applicazione della legge nazionale dichiarata incompatibile con l'ordinamento [dell'Unione]» (Cass., 3 ottobre 1997, n. 9653); (ii) «[l]e sentenze della Corte di Giustizia Europea di Lussemburgo hanno, al pari dei regolamenti del Consiglio CE, diretta efficacia nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 189 del Trattato CEE [ora art. 288 TFUE] e, se pronunciate in sede di rinvio pregiudiziale, vincolano espressamente il giudice rimettente» (Cass., 11 settembre 2015, n. 17994); (iii) «[l]'interpretazione del diritto [dell'Unione] adottata dalla Corte di giustizia ha efficacia "ultra partes", sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto [dell'Unione], non nel senso che esse creino "ex novo" norme [dell'Unione], bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia "erga omnes" nell'ambito dell'Unione» (Cass., 20 ottobre 2021, n. 29258).

esecuzione del Trattato, nella parte in cui consente l'ingresso nell'ordinamento nazionale di quella specifica norma europea incompatibile con i principi della Costituzione<sup>24</sup>.

La Corte di giustizia ha ammesso che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, del TUE, essa possa essere chiamata a verificare che un obbligo del diritto dell'Unione non attenti all'identità nazionale di uno Stato membro. Tuttavia, ha anche precisato che tale disposizione non autorizza la Corte costituzionale di uno Stato membro a disapplicare una norma del diritto dell'Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale dello Stato membro interessato. In tal caso, la Corte costituzionale dovrebbe sospendere il giudizio e investire la Corte di giustizia di una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, al fine di valutare la validità di tale disposizione alla luce dell'art. 4, par. 2, del TUE, essendo la Corte di Lussemburgo la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione<sup>25</sup>.

### 3.2. Gli effetti delle sentenze relative a questioni di validità

Si è detto che la domanda pregiudiziale può anche riguardare il sindacato di validità di un atto dell'Unione. In tale contesto, occorre distinguere il caso in cui si concluda per la validità dell'atto da quello in cui si affermi la sua invalidità.

Nella prima ipotesi, la sentenza della Corte di giustizia ha un'efficacia limitata alla controversia *a quo*. Resta ferma, dunque, la possibilità di riproporre la medesima questione di validità, così come, anche in tal caso, la possibilità che la Corte di giustizia si pronunci con ordinanza ai sensi dell'articolo 99 del Regolamento di procedura, qualora la risposta ai quesiti sia facilmente desumibile dalla giurisprudenza esistente.

Se, al contrario, la Corte dovesse concludere nel senso dell'invalidità dell'atto, la sua pronuncia avrà effetti *erga omnes*, comparabili a quelli di una sentenza di annullamento dell'atto in questione. Infatti, sebbene formalmente la sentenza sia indirizzata al giudice *a quo*, essa costituisce per qualsiasi altro giudice "motivo

---

<sup>24</sup> In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che «il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordinamento costituzionale» (ordinanza della Corte Cost. n. 24 del 26 gennaio 2017 sul noto caso Taricco, con cui è stata sollevata questione pregiudiziale). Tra i tanti contributi sul tema, va richiamato R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

<sup>25</sup> Si veda la citata sentenza del 22 febbraio 2022, RS (C-430/21), punti 68-71.

sufficiente per considerare non valido tale atto ai fini della decisione che esso debba emettere<sup>26</sup>.

Inoltre, le autorità nazionali sono chiamate a non applicare l'atto dichiarato invalido e le istituzioni dell'Unione, da parte loro, sono tenute ad adottare tutti i provvedimenti che la statuizione contenuta nella sentenza comporta, come avviene in seguito ad una sentenza di annullamento<sup>27</sup>.

### 3.3. Gli effetti delle sentenze nel tempo

In linea di principio, le sentenze pregiudiziali, di interpretazione o dichiarative di invalidità – proprio per la loro natura dichiarativa – hanno effetto retroattivo e si applicano anche a situazioni pregresse sorte anteriormente alla sentenza, purché non esaurite.

Infatti, come si è detto, la decisione interpretativa della Corte chiarisce il senso e la portata della norma dell'Unione come avrebbe dovuto essere applicata fin dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e sviluppatasi prima della sentenza interpretativa<sup>28</sup>.

La Corte di giustizia ha tuttavia affermato che – in applicazione del principio generale della certezza del diritto e in considerazione dei gravi turbamenti che la sua decisione potrebbe arrecare a rapporti giuridici anteriormente sorti in buona fede – essa può decidere di limitare la possibilità per gli interessati di far valere

<sup>26</sup> Così si è espressa la sentenza del 13 maggio 1981 (C-66/80), *International Chemical Corporation*, punto 13; più di recente, ordinanza 8 novembre 2007, *Fratelli Martini e Cargill* (C-421/06). Si osservi che, per la consolidata giurisprudenza della Corte, il soggetto legittimato ad impugnare un atto dell'Unione con ricorso per annullamento che abbia lasciato inutilmente decorrere il relativo termine perentorio, non può poi contestare incidentalmente la validità della decisione davanti ai giudici nazionali (v. sentenza del 9 marzo 1994, *TWD*, C-188/92; da ultimo in questo senso si è pronunciata la sentenza del 19 settembre 2019, *Trace Sports*, C-251/18, punto 29).

<sup>27</sup> In questo senso: sentenza 30 ottobre 1975, C-23/75, *Rey Soda*; sentenza del 19 ottobre 1977, C-117/76 e C-16/77, *Rukdeschel e a*; C-124/76 e 20/77, *Moulin et Huileries de Pont-Mousson e Providence agricole de la Champagne*.

<sup>28</sup> Così da ultimo sentenza del 20 dicembre 2017, *Erzeugerorganisation* (C-516/16), punto 88. Un esempio è costituito dalla sentenza del 6 luglio 1995, *BP Soupergaz* (C-62/93), nell'ambito della quale il giudice greco chiedeva se un soggetto d'imposta potesse richiedere il rimborso dell'IVA indebitamente pagata con effetto retroattivo, dal giorno dell'entrata in vigore della normativa nazionale contraria alla (sesta) direttiva IVA. In tale occasione la Corte ha risposto affermativamente, nel senso che il soggetto d'imposta può richiedere il rimborso dell'IVA indebitamente pagata con effetto retroattivo, conformemente alle modalità procedurali previste dall'ordinamento giuridico dello Stato membro, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.



una disposizione come da essa interpretata<sup>29</sup>. In questi casi, dunque, alle pronunzie della Corte di giustizia è espressamente attribuita efficacia *ex nunc*. Si tratta in ogni caso di una delimitazione eccezionale, che può trovare origine solo nella decisione stessa della Corte, non potendo i giudici nazionali autonomamente limitare la portata temporale di essa.

Questa giurisprudenza è stata più volte confermata, con l'ulteriore precisazione che la portata retroattiva della sentenza può essere limitata quando il comportamento non conforme all'atto normativo derivato sia causato da una obiettiva situazione di incertezza e di ambiguità circa la corretta applicazione del diritto dell'Unione<sup>30</sup>.

La limitazione, comunque sia, non può pregiudicare coloro che prima della data della pronuncia abbiano avviato azione giurisdizionale ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione<sup>31</sup>.

Anche nell'ambito dei rinvii pregiudiziali ove la Corte di giustizia dichiara l'invalidità di un atto, la regola è quella dell'effetto retroattivo della decisione. Tuttavia, pur non essendovi una disposizione specifica che consenta la limitazione degli effetti nel tempo della pronuncia, la Corte ha ritenuto di poter applicare in via analogica l'articolo 264, par. 2, del TFUE – che, con specifico riguardo al ricorso in annullamento, le attribuisce il potere di precisare “gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”. Tale soluzione è stata giustificata, oltre che in base a preminenti motivi di certezza del diritto, anche da ragioni di coerenza sistematica tra il ricorso in annullamento ed il rinvio pregiudiziale.

In questo contesto, così come avvenuto anche nei rinvii pregiudiziali interpretativi, è risultato problematico bilanciare il potere della Corte di limitare gli effetti retroattivi della dichiarazione di invalidità con il diritto di difesa di coloro che avevano già agito in giudizio al momento dell'intervento della sentenza. In un primo momento, la Corte di giustizia è giunta addirittura ad escludere che la

---

<sup>29</sup> Con la storica sentenza del 8 aprile 1976, *Defrenne* (C-43/75), ad esempio, la Corte ha riconosciuto effetto diretto all'articolo 119 TCEE (oggi art. 153 del TFUE), – che sancisce il principio di eguaglianza della remunerazione tra uomini e donne. L'effetto retroattivo di tale interpretazione avrebbe potuto portare a rivendicazioni anche rispetto a vicende pregresse, con possibile rischio di fallimento per le imprese. Per tale ragione, nell'ottica di tutelare interessi sia pubblici che privati e per rispetto del principio di certezza del diritto, la Corte ha escluso che l'interpretazione fornita potesse applicarsi a retribuzioni relative a periodi passati.

<sup>30</sup> In questi termini G.STROZZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, 450, ove viene richiamata la giurisprudenza in questione.

<sup>31</sup> Sentenza del 4 maggio 1999, *Sürül* (C-262/96).

declaratoria di invalidità di un atto potesse essere fatta valere nel giudizio nazionale nel quale la questione era stata sollevata<sup>32</sup>. Tale soluzione è stata oggetto di forti critiche, anche da parte della Corte costituzionale italiana<sup>33</sup>, prospettandosi una potenziale incompatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale.

Successivamente, la Corte di giustizia sembra aver mutato orientamento. Essa, infatti, ha ammesso la possibilità di escludere la limitazione degli effetti nel tempo delle proprie sentenze, a favore delle parti che abbiano introdotto la causa dinanzi al giudice interno, o di ogni altra persona che abbia proposto un ricorso equivalente prima della sentenza di accertamento dell'invalidità dell'atto, in modo che tali soggetti non siano privati di una tutela giurisdizionale effettiva in caso di violazione del diritto dell'Unione da parte di un'Istituzione<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Sentenza del 29 ottobre 1980, *Roquette Frères* (C-145/79).

<sup>33</sup> Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Foro it.*, 1990, I, 1855. La Corte costituzionale, in quella occasione investita di una questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato di Roma, per contrasto, in particolare, con l'art. 24 Cost., pur manifestando le sopraesposte perplessità, ebbe comunque a dichiarare infondata la questione sollevata di fronte a lei.

<sup>34</sup> Sentenza del 26 aprile 1994, *Roquette Frères* (C-228/92).



---

# I QUADERNI DELLA SSM

*nella stessa collana*

- Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto
- Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura
- Quaderno 3 – Comunione e condominio
- Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID
- Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario
- Quaderno 6 – Storia della magistratura
- Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:  
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione  
giudiziale
- Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati
- Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario
- Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile







Finito di stampare nel mese di maggio 2022  
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.



