



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

**LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
DELL'UNIONE EUROPEA
NEL SISTEMA INTEGRATO DI TUTELA**

*Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano
a venti anni dalla sua proclamazione*

a cura di

CHIARA AMALFITANO, MARILISA D'AMICO e STEFANIA LEONE



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
DELL'UNIONE EUROPEA
NEL SISTEMA INTEGRATO DI TUTELA

*Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano
a venti anni dalla sua proclamazione*

a cura di

CHIARA AMALFITANO, MARILISA D'AMICO e STEFANIA LEONE



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2198-0
ISBN/EAN 978-88-921-8723-8 (ebook - pdf)

Il volume è stato pubblicato con i contributi del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
Nota delle curatrici	XIII
Gli autori	XV
Prefazione, <i>Vito Velluzzi</i>	XVII

INTRODUZIONE GENERALE

<i>Nicolò Zanon</i>	1
---------------------	---

PARTE I

INTERPRETAZIONE, EFFETTI E APPLICAZIONE DELLA CARTA

CAPITOLO 1

LA CONVENZIONE SUL FUTURO DELL'EUROPA E LA CARTA DEI DIRITTI	13
---	----

Giuliano Amato

CAPITOLO 2

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA COMPIE VENTI ANNI	19
--	----

Chiara Amalfitano

1. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: dalla proclama- zione all'acquisizione di carattere vincolante	19
--	----

	<i>pag.</i>
2. Carta ed emergenza sanitaria da Covid-19	25
3. Carta e più rilevanti problematiche ad essa connesse	27
4. Carta: problemi ancora aperti e prospettive future	29

CAPITOLO 3

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, APPLICABILITÀ E RAPPORTI FRA GIUDICI. LA NECESSITÀ DI UNA TUTELA INTEGRATA	37
--	----

Bruno Nascimbene

1. La Carta, le sue origini	37
2. Un “catalogo” di diritti fondamentali. Le ragioni di una sua necessità	40
3. La tutela di tali diritti, la giurisprudenza della Corte di giustizia e l’ambito di applicabilità	41
4. La distinzione fra diritti (da rispettare) e principi (da osservare). Profili critici	43
5. L’applicabilità della Carta nei rapporti orizzontali. La diretta applicabilità	48
6. I rapporti fra le Corti e il ruolo del giudice comune	52
7. La Carta, il rinvio alla Corte costituzionale e la questione pregiudiziale. La non applicazione della norma nazionale contrastante con la Carta	55
8. Le recenti questioni pregiudiziali poste dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione. La necessità di una costruttiva e leale cooperazione	59

CAPITOLO 4

COSA È E COSA RIMANE DELLA DISTINZIONE TRA PRINCIPI E DIRITTI?	67
---	----

Lorenza Violini, Maria Elena Gennusa

1. Nota introduttiva	67
2. Il dibattito dottrinale	75
3. Un po’ di ordine nel caos: la giurisprudenza	87

	<i>pag.</i>
3.1. Primo scenario. il divieto di discriminazione (art. 21) e il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo (art. 47): da “principi generali del diritto dell’Unione europea” a “diritti” della Carta, ma la loro efficacia non cambia	89
3.2. Secondo scenario. Il diritto alle ferie (art. 31): un “principio particolarmente importante del diritto sociale dell’Unione” che diventa “diritto” direttamente invocabile anche fra soggetti privati grazie alla Carta	98
3.3. Terzo scenario. “Principi”, “diritti”, ma cosa cambia con la Carta in concreto? Il caso degli artt. 26 e 27	104
3.4. Riepilogando. “Diritti” e “principi” nella giurisprudenza della Corte di giustizia: è davvero questa la “summa divisio”?	111
4. Qualche nota conclusiva	119

CAPITOLO 5

L’INVOCABILITÀ DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA NEI RAPPORTI ORIZZONTALI	125
--	-----

Massimo Condinanzi

1. L’evoluzione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: da <i>soft law</i> a strumento dotato di effetto diretto (anche orizzontale)	125
2. L’invocabilità della Carta nei rapporti orizzontali, tra limiti e prospettive	132
3. Il ruolo della Carta nella valorizzazione della dimensione sociale dell’Unione europea	138

CAPITOLO 6

SINDACATO ACCENTRATO DI COSTITUZIONALITÀ E DIRETTA APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA	147
--	-----

Gino Scaccia

1. Prologo	147
------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Il rapporto fra Carta di Nizza e Costituzione nazionale nella dogmatica delle fonti	153
3. La tensione irrisolta fra applicazione diretta della Carta e controllo accentratore di legittimità costituzionale	160
4. Granital rivisitato o interpretato autenticamente?	169
5. Epilogo. Le ragioni del sindacato accentratore: l'ineliminabile politicità dei diritti e il paradosso della neutralità delle Corti costituzionali nazionali	174

CAPITOLO 7

IL RAPPORTO TRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE GIURISDIZIONI NAZIONALI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA	183
--	-----

Paola Mori

1. L' <i>obiter dictum</i> della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 e la giurisprudenza successiva	183
2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla c.d. doppia pregiudizialità	192
3. L'autonomia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	199
4. La competenza della Corte di giustizia a interpretarne le disposizioni	201
5. ... e a definirne l'efficacia diretta alla luce del principio del primato	204

CAPITOLO 8

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 269/2017, ED I SUOI SEGUITI, NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE COMUNE	213
--	-----

Antonello Cosentino

1. Il superamento della "regola Granital"	213
2. La reazione del giudice comune	218
3. Un tentativo di conclusione	227

PARTE II

LA CARTA E I SUOI DIRITTI

CAPITOLO 9

LA “RESILIENZA”

DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UE 243

Marilisa D’Amico

1. La crisi dell’Europa e la tenuta dei diritti 243
2. Il complesso spazio giudiziario europeo: una pluralità di Carte, una pluralità di Giudici 247
3. La Carta di Nizza nel rapporto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia 250
4. La Carta di Nizza nel rapporto tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell’uomo 256
5. Una conclusione: la Carta di Nizza come nuovo punto di partenza 258

CAPITOLO 10

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE 265

Stefano Catalano

1. Introduzione: individuazione dell’ambito di analisi 265
2. Passaggi fondamentali nella progressiva estensione della portata del principio di non discriminazione 268
3. Considerazioni complessive sulla giurisprudenza europea in materia di non discriminazione 275
4. Quando sussiste una discriminazione e come occorre rimuoverla 281
5. Ruolo dei giudici (e della Corte di giustizia) 285
6. Conclusione 290

	<i>pag.</i>
CAPITOLO 11	
IL DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA NELL'ART. 47 DELLA CARTA DI NIZZA	297
<i>Grazia Vitale</i>	
1. Breve premessa	297
2. L'eventuale incidenza della positivizzazione del principio sul suo contenuto. La prospettiva del diritto dell'Unione e quella del diritto interno	299
3. Il rapporto tra l'art. 47 della Carta e l'art. 19 TUE: il ruolo "integrativo" dell'art. 47	306
4. Conclusioni	310
CAPITOLO 12	
IL PRINCIPIO DI <i>NE BIS IN IDEM</i> E I MODELLI PUNITIVI "A DOPPIO BINARIO"	315
<i>Marco Scoletta</i>	
1. Introduzione: breve inquadramento del principio di <i>ne bis in idem</i> nel sistema dei diritti fondamentali	315
2. La legittimità dei "procedimenti misti" nella originaria prospettiva efficientista/funzionalista della Corte di giustizia	318
3. La versione "forte" del <i>ne bis in idem</i> nella giurisprudenza convenzionale e la messa in crisi dei sistemi punitivi a doppio binario	321
4. La presa di posizione della Grande Camera (<i>A e B contro Norvegia</i>) e la legittimità dei sistemi sanzionatori a "doppio binario integrato": il ridimensionamento della garanzia	324
5. La valutazione dei doppi binari sanzionatori nella giurisprudenza convenzionale più recente: casi di insufficiente connessione temporale e sostanziale	325
6. La ricezione della giurisprudenza convenzionale da parte della Corte di giustizia e l'(apparente) assimilazione del contenuto della garanzia	327
7. L'impatto nell'ordinamento interno: la riconosciuta legittimità dei vigenti meccanismi di doppio binario punitivo	332

	<i>pag.</i>
8. Legittimità in astratto e potenziale illegittimità in concreto: la valutazione casistica del giudice ordinario sul rispetto della garanzia	336
9. La valutazione della “connessione temporale” tra procedimenti cumulativi	344
10. L’illegittimità (strutturale) dei vigenti sistemi a doppio binario punitivi delle persone giuridiche	346
11. Persistenti dubbi sul reale contenuto del principio europeo di <i>ne bis in idem</i> (e sui limiti di ammissibilità dei sistemi a doppio binario)	352
12. Il <i>ne bis in idem</i> come argine alla metamorfosi punitiva dei sistemi di doppio binario sanzionatorio	355

CAPITOLO 13

I DIRITTI SOCIALI

NEL SISTEMA DELLA CARTA DI NIZZA

363

Stefania Leone

1. Delimitazione del campo di indagine: diritti sociali, principio di uguaglianza sostanziale e doveri di solidarietà	363
2. Catalogo e natura dei diritti sociali proclamati nella CDFUE	367
3. La giurisprudenza della Corte di giustizia	374
4. Diritti sociali e ragioni di spesa: opportunità e limiti del rimedio giurisdizionale	380

CAPITOLO 14

I DIRITTI DIGITALI: IL CASO DELL’ENFORCEMENT DELLA *DIGITAL PRIVACY*

387

Oreste Pollicino

1. Introduzione	387
2. L’evoluzione della tutela della privacy nella dimensione europea	389
3. Il peculiare esempio della <i>privacy</i> digitale	393
3.1. <i>Digital Rights Ireland</i>	395

	<i>pag.</i>
3.2. <i>Google Spain</i>	398
3.3. <i>Schrems</i>	400
4. Una visione di carattere costituzionale	406
5. Conclusioni	409
CONCLUSIONI GENERALI	413
<i>Antonio Tizzano</i>	

NOTA DELLE CURATRICI

Questo volume raccoglie le riflessioni del convegno che si è svolto nell'Università degli Studi di Milano l'11 dicembre 2020, dedicato al ventennale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Un periodo di “vita” sufficientemente lungo da suggerire l'opportunità di fermare il momento e di tentare un bilancio sulla sua effettiva resa. Non una celebrazione fine a se stessa, ma la volontà di ragionare a fondo dell'impatto che la Carta di Nizza ha realmente avuto sul processo di integrazione europea.

Per farlo abbiamo ritenuto importante che a ragionarne fossero studiosi afferenti a diversi ambiti disciplinari – a testimonianza della complessità della materia e della necessità di approcciarvisi con una visuale più ampia possibile – così come coloro che si interfacciano con la Carta nella pratica giudiziaria. Il confronto si è inoltre arricchito del contributo autorevolissimo di Giudici della Corte costituzionale (il Presidente Amato e il Vice Presidente Zanon) e della Corte di Giustizia (il Vice Presidente emerito Tizzano), ai quali sentiamo di rivolgere un particolare ringraziamento.

I saggi raccolti in questo volume cercano di rispondere, senza certo pretesa di esaurire il discorso, a domande cruciali, che attengono alla natura, agli effetti, ai confini di applicabilità e al “destino” stesso della Carta; non isolatamente intesa, naturalmente, ma nelle interazioni che questo catalogo di diritti intrattiene, per il tramite degli operatori che ne applicano ed interpretano le previsioni, con le costituzioni nazionali e con la Convenzione per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Si tratta di questioni che, sin dall'atto della sua proclamazione e tanto più dopo l'equiparazione dei suoi effetti giuridici a quelli dei Trattati, hanno impegnato notevolmente la dottrina, in particolare gli studiosi del

diritto dell'Unione europea e del diritto costituzionale, ma che di recente hanno guadagnato rinnovata attualità.

Da qualche tempo, infatti, ha preso avvio una “nuova” stagione nelle dinamiche che connotano i rapporti tra giurisdizioni nazionali, Corte di giustizia e Corte costituzionale, proprio quando a venire in rilievo siano diritti protetti anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Novità importanti che attengono alle modalità attraverso cui si articola quel concorso di rimedi giurisdizionali dato dalla possibilità/dovere del giudice di attivare, da una parte, il rinvio pregiudiziale, dall'altra parte, il sindacato di costituzionalità.

A tali questioni di portata generale, il libro accosta riflessioni su singoli principi e diritti presidiati dalla Carta, che consentono di fare il punto tanto sulle acquisizioni giurisprudenziali più recenti quanto sui nodi ancora irrisolti.

Come detto, l'intento che ha animato questa iniziativa scientifica non è squisitamente celebrativo. È proprio in questa prospettiva che, soprattutto sulle questioni più controverse, abbiamo voluto mettere a confronto sensibilità e punti di vista anche molto distanti tra loro. Nella convinzione che un dialogo tra voci non all'unisono possa costituire un'occasione unica di reciproco arricchimento.

Marilisa D'Amico, Chiara Amalfitano, Stefania Leone

Si ringrazia per la preziosa collaborazione la dott.ssa Agnese Ciprandi

GLI AUTORI

CHIARA AMALFITANO, *Ordinaria di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano*

GIULIANO AMATO, *Presidente della Corte costituzionale*

STEFANO CATALANO, *Associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Verona*

MASSIMO CONDINANZI, *Ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano*

ANTONELLO COSENTINO, *Consigliere della Corte di cassazione*

MARILISA D'AMICO, *Ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

MARIA ELENA GENNUSA, *Associata di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pavia*

STEFANIA LEONE, *Associata di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

PAOLA MORI, *Ordinaria di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro*

BRUNO NASCIMBENE, *Emerito di diritto dell'Unione europea*

ORESTE POLLICINO, *Ordinario di diritto costituzionale nell'Università Bocconi*

GINO SCACCIA, *Ordinario di diritto pubblico nell'Università di Teramo*

MARCO SCOLETTA, *Associato di diritto penale nell'Università degli Studi di Milano*

ANTONIO TIZZANO, *Vice Presidente emerito della Corte di Giustizia dell'Unione europea*

VITO VELLUZZI, *Ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Milano*

LORENZA VIOLINI, *Ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

GRAZIA VITALE, *Ordinaria di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Messina*

NICOLÒ ZANON, *Vice Presidente della Corte costituzionale*

PREFAZIONE

Vito Velluzzi

A nome della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, che ha ospitato il convegno i cui atti sono qui raccolti, ringrazio tutti coloro che hanno contribuito alla realizzazione di questo volume. Trovo particolarmente interessante, pure dalla prospettiva (a me familiare) della filosofia del diritto, questa iniziativa scientifica, per molteplici ragioni. Innanzi tutto per l'oggetto: i diritti visti dalla prospettiva specifica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In secondo luogo per la partecipazione di autorevoli studiosi e studiosi. In terzo luogo, per il modo in cui l'oggetto è indagato: una struttura, quella del volume, molto lineare, che mette in evidenza due profili essenziali.

Il primo profilo è quello che i diritti vanno proclamati, ovviamente, ma proclamarli non basta. Per così dire, la vita e l'affermazione dei diritti passa attraverso la loro gestione e la gestione dei diritti è soprattutto opera degli interpreti. Da qui l'importanza della struttura del volume, che guarda alla natura e agli effetti della Carta, e che guarda poi ai tipi di diritti coinvolti, all'interpretazione e all'applicazione di quanto affermato nella Carta stessa. In secondo luogo, il volume è di sicuro rilievo per l'attenzione accordata ai vari interpreti coinvolti nella gestione dei diritti fondamentali. Il discorso degli interpreti con i diritti e sui diritti diventa il discorso principale di cui occuparsi riguardo alla configurazione del contenuto dei diritti stessi, alle relazioni tra i vari diritti e al loro eventuale conflitto. Sullo sfondo c'è, dunque, il rapporto tra i vari interpreti istituzionalmente chiamati a gestire i diritti fondamentali all'interno di un sistema integrato di tutela.

La questione del rapporto tra i diversi interpreti passa, com'è noto, attraverso la metafora del dialogo tra le Corti, metafora che ai miei occhi appare sovente edulcorata. Si tratta, in molte occasioni, di un dialogo acceso, se non addirittura di uno scontro, che si riflette inevitabilmente sui diritti coinvolti. L'età dei diritti è, dunque, non più semplicemente l'età della proclamazione, ma è l'età dell'affermazione attraverso l'interpretazione e applicazione dei diritti, con tutto ciò che questo comporta.

È sicuramente importante e opportuno proseguire una riflessione in questa direzione soprattutto affinché il diritto contemporaneo, inteso come diritto dei diritti, non si trasformi esclusivamente nel diritto dei diritti così come affermato da taluni interpreti. Soltanto attraverso un confronto costante, un'analisi e una critica attenta alla gestione dei diritti fondamentali, è possibile e forse necessario vigilare sull'operato degli interpreti al fine di valorizzare i diritti fondamentali e non semplicemente il ruolo degli stessi interpreti.

INTRODUZIONE GENERALE

Nicolò Zanon

SOMMARIO: 1. Il contributo innovativo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le differenze rispetto ad un "catalogo costituzionale" di diritti. – 2. L'iniziale portata non precettiva della Carta e il rilievo assunto nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. La svolta di Lisbona e la più recente giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità.

1. Il contributo innovativo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le differenze rispetto ad un "catalogo costituzionale" di diritti.

A più di vent'anni dalla sua proclamazione, è utile riflettere seriamente della portata e dell'effettiva resa della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce delle giurisprudenze che – ciascuna nei limiti del proprio ruolo – ne hanno nel corso del tempo dettagliato direttamente o indirettamente i contorni. Ed è oltremodo importante che a farlo, ascoltandosi reciprocamente, siano studiosi di diverse discipline, in particolar modo del diritto costituzionale e del diritto dell'Unione europea; oltre che gli operatori giuridici chiamati ormai quotidianamente a confrontarsi con fonti e materiale giurisprudenziale di livello nazionale e sovranazionale che richiedono di essere sistemati e coordinati.

Certamente, il riconoscimento dei diritti fondamentali a livello europeo non ha dovuto attendere la Carta di Nizza. La Corte di giustizia ne aveva infatti già individuato il fondamento nei principi giuridici generali dell'Unione europea, a loro volta ricostruiti a partire dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle statuizioni di altre Carte di diritti (su tutte,

evidentemente, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Un riconoscimento formale di notevole importanza si deve al Trattato di Maastricht firmato nel 1992, che, traducendo in norma le acquisizioni giurisprudenziali della Corte di giustizia, richiamava proprio le previsioni della CEDU e i diritti per come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, «in quanto principi generali del diritto comunitario».

Mancava, tuttavia, la codificazione di un vero e proprio catalogo di diritti, voluta dal Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999.

I diritti che si decise di introdurre nella CDFUE non costituiscono però una novità in senso proprio, trattandosi nella sostanza proprio della traduzione in norma scritta degli esiti interpretativi offerti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ciò si evince dallo stesso Preambolo della Carta, secondo cui essa «riafferma» «i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

A dispetto del carattere prevalentemente ricognitivo, la sua approvazione ha comunque costituito un passaggio chiave nella costruzione dell'identità europea, essendosi evidentemente ben colte le implicazioni della scelta stessa di «elaborare una Carta dei diritti al fine di sancirne in modo *visibile* l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione»¹. Concetto esplicitato e ribadito nel Preambolo, in cui si afferma la necessità di «rafforzare» la tutela dei diritti fondamentali «rendendoli più visibili»².

¹ V. Decisione del Consiglio europeo relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

² All'indomani della sua proclamazione, si soffermava su questo aspetto A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 1/2001, p. 193 ss. Dopo aver affermato che la Carta assomiglia a un «testo unico, a mezza strada tra il «compilativo» e l'«innovativo»», l'A. aggiungeva, forse un poco ottimisticamente, come nell'intenzione dei suoi fondatori, la scelta di costruire un *Bill of rights*,

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha certamente contribuito a questo obiettivo. Così come a superare (almeno parzialmente) l'idea che il cittadino sia solo un «protagonista economico» dell'UE³. Si è insomma presa coscienza che «l'integrazione europea richiede una maggiore e più chiara attenzione ai valori personalistici»⁴.

Allo stesso tempo, però, il costituzionalista non può non segnalare le differenze tra la CDFUE e un autentico «catalogo costituzionale» di diritti⁵. È vero che, nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, ai contenuti della Carta di Nizza è stato riconosciuto un «contenuto di impronta tipicamente costituzionale»; ciò per la circostanza che i suoi principi e diritti «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana» (sentenza n. 269/2017).

Ma se si guarda al dato storico-politico, le differenze naturalmente esistono. Le Costituzioni del secondo dopoguerra, nate per superare quell'esperienza drammatica, hanno alla base un condensato di fattori storici, sociali, culturali e politici. Quel contesto è ciò che ha animato l'Assemblea costituente, organo eletto dal popolo e che, sulla base di un confronto anche molto aspro e diretto tra visioni diverse, ha consegnato alla Costituzione italiana principi e diritti che da quel condensato di fattori risultano innervati.

Mortati rappresentò perfettamente questo legame tra diritti, la loro storia, e la storia dei popoli che si danno una costituzione. Rievocando ciò che proprio per questo continua a risultare un momento irripetibile, sottolineò che l'Assemblea costituente «che per la prima volta nella storia d'Italia ha riunito i rappresentanti di tutto il popolo, raccolto in una stessa ansia di civile rinnovamento, quale si era maturata nella tragica espe-

rendendo appunto «visibili» i diritti, avrebbe comunque creato nei cittadini dell'UE la «consapevolezza della loro comune identità e del loro comune destino europeo».

³ Secondo l'espressione di G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 130.

⁴ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 3/2000.

⁵ Segnala la notevole differenza tra diritti proclamati in una dichiarazione e diritti proclamati in una costituzionale A. PACE, *A cosa serve*, cit., il quale soprattutto insiste sulla circostanza che le costituzioni attengono essenzialmente all'organizzazione dei poteri. Dunque, in esse, i diritti fondamentali si trovano in «posizione di reciproca interdipendenza (e condizionamento) con le strutture organizzative pubbliche» altrettanto disciplinate.

rienza della dittatura e della sconfitta, si apre con una solenne dichiarazione di “principi fondamentali”»⁶.

La scrittura della Carta di Nizza, momento di importantissimo rilievo per il processo di integrazione europea, non è cosa da meno, ma è altro.

La Convenzione incaricata di redigerla (la c.d. prima Convenzione) aveva un compito di altro tipo, dovendo appunto per lo più condensare principi di derivazione nazionale e già delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Si trattava poi di un organo ben diverso da una “assemblea costituente”, facendone parte, secondo quanto stabilito dal Consiglio di Tampere del 1999, una pluralità di soggetti, rappresentanti di una pluralità di istituzioni: quindici rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati, trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ogni Parlamento), un rappresentante del Presidente della Commissione, sedici membri del Parlamento europeo. Inoltre, furono individuati come osservatori due rappresentanti della Corte di giustizia e due del Consiglio d'Europa (uno dei quali proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo).

Il peso non decisivo del Parlamento europeo e la complessa articolazione dell'organo, si è detto, avrebbero potuto mettere in discussione «trasparenza e [...] chiarezza del processo di riforma, i cui significati, una volta di più, restano difficilmente accessibili per i cittadini dell'Unione»⁷. Ancora, ci si può domandare se tali criteri di composizione non rivelassero la natura ibrida del mandato ricevuto dalla Convenzione: non schiettamente politico, ma tecnico/politico.

Lo si ribadisce. Non si vogliono tracciare “graduazioni assiologiche” tra Carte, né si intende sminuire il valore di quella di Nizza, ma esprimere ciò che è ovvio, almeno a chi guarda con occhi che vedono: i diritti fondamentali sanciti da un'assemblea costituente nata dal voto popolare dopo le tragedie della guerra non equivalgono ai diritti di un catalogo formato, con sapienza e dedizione, e sulla base di acquisizioni giurisprudenziali, da un organo composito, espressivo di plurime istituzioni, in cui sedevano anche giuristi illuminati.

⁶ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, par. 49.

⁷ M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., p. 388.

2. *L'iniziale portata non precettiva della Carta e il rilievo assunto nella giurisprudenza della Corte costituzionale.*

Come assai noto, la Carta di Nizza è rimasta inizialmente in una sorta di «limbo»⁸.

Il Consiglio europeo di Laeken del 14, 15 dicembre 2001 dette in realtà mandato a una seconda Convenzione – la Convenzione per il futuro dell'Europa, di cui è stato tra i Vice Presidenti il Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato – di elaborare un progetto di Costituzione in cui inserire la Carta dei diritti fondamentali. Se tale operazione fosse riuscita, la Carta ne avrebbe ovviamente guadagnato in forza giuridica e istituzionale.

Il processo di ratifica della Costituzione, a causa di una molteplicità di ragioni qui certo non sintetizzabili e che culminarono negli esiti referendari di Francia e Olanda, tuttavia naufragò; la Carta rimase fuori dai Trattati e solo con Lisbona poté vedersi finalmente riconosciuto lo statuto di vera e propria fonte del diritto.

È però qui importante ricordare che la giurisprudenza costituzionale italiana, ben prima di questo momento, ne aveva valorizzato in qualche misura il rilievo, sia pur in funzione integrativa/interpretativa dei parametri costituzionali.

Ciò, del resto, non dovrebbe sorprendere, se ci si ricollega ancora una volta alla circostanza che la Carta si era proposta di “riaffermare” i diritti tratti dal tessuto delle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Con la sentenza n. 135/2002, ad esempio, la Corte aveva fatto ricorso anche alla CDFUE per confermare la lettura ritenuta più convincente dell'art. 14 Cost. In particolare, essa aveva affermato che «l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza

⁸ «nata, ma non [...] “battezzata” alla fonte della efficacia giuridica». Così A. CELLOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2005.

nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei».

Ancora, si pensi alla sentenza n. 445/2002, riguardante le disposizioni che prevedevano il requisito del celibato per essere reclutati nel Corpo della Guardia di Finanza. La disciplina in questione era patentemente lesiva dell'art. 51 Cost., norma certamente autosufficiente nel negare legittimità alla previsione di condizioni discriminatorie; così come degli artt. 2 e 29 Cost., la legge oggetto indirettamente incidendo sulla libertà di contrarre matrimonio. La Corte volle però utilizzare *ad adiuvandum* anche gli analoghi principi di conio sovranazionale, tra i quali, appunto, «l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000».

Tuttavia, particolarmente significative, rispetto alla scelta di richiamare la Carta di Nizza, sono soprattutto le sentenze nn. 393 e 394/2006, nell'ambito delle quali la Corte costituzionale ha “ricostruito” il principio di retroattività delle leggi penali più favorevoli.

In questo caso la CDFUE ha svolto una funzione tutt'altro che ornamentale. Il principio di retroattività della *lex mitior* non poteva infatti trovare ancoraggio nell'art. 25 Cost., e la Corte dovette infatti ricorrere all'art. 3 Cost. Un percorso deduttivo più complesso, dunque. Forse proprio per questo il Giudice costituzionale scelse di irrobustire il percorso argomentativo attraverso un richiamo all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. E ciò ancora una volta a dispetto dell'incapacità di questa di produrre effetti giuridici, ma per il suo essere espressiva «di principi comuni agli ordinamenti europei»⁹.

⁹V., in particolare, sent. n. 393/2006: «Il medesimo principio, sancito nell'art. 15 del già citato Patto di New York, è stato esplicitamente confermato dall'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 – la quale viene qui richiamata, ancorché priva tuttora di efficacia giuridica, per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei». E ancora: «[d]a questi dati normativi e giurisprudenziali si ricava che per le leggi in esame l'applicazione retroattiva è la regola e che tale regola è derogabile in presenza di esigenze tali da prevalere su un principio il cui rilievo (...) non si fonda soltanto su una norma, sia pure generale e di principio, del codice penale. Il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* – quale emerge

Queste aperture della Corte costituzionale non vanno eccessivamente enfatizzate, proprio perché alla CDFUE non ci si poteva che appoggiare in funzione “accessoria”¹⁰. Allo stesso tempo, però, esse attestano, da una parte, come il Giudice costituzionale italiano non avesse di certo relegato la Carta ad un destino di irrilevanza, dall’altra come la giurisprudenza costituzionale stesse (già) consapevolmente contribuendo, per la propria parte, ad alimentare il materiale interpretativo utile alla definizione delle tradizioni costituzionali comuni.

3. La svolta di Lisbona e la più recente giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità.

Il momento in cui la Carta di Nizza ha ottenuto piena forza giuridica ha segnato un importante passaggio verso la costruzione di un patrimonio europeo dei diritti fondamentali. Da quello stesso momento, si sono esponenzialmente accresciute le occasioni in cui la CDFUE ha avuto un peso decisivo, non solo e forse non tanto nella giurisprudenza costituzionale, quanto soprattutto nei giudizi comuni.

Come è stato osservato, il «fascino» di per sé esercitato dalla Carta ha infatti giocato di sponda con «la possibilità che si apre al giudice comune di disapplicare la norma nazionale contrastante con la Carta di Nizza anziché sollevare una questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale per violazione di norme della Costituzione italiana»¹¹.

Muove da una serie di constatazioni del genere la svolta della giurisprudenza costituzionale sulle ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità, che si

dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario – impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo».

¹⁰ Sulle «oscillazioni» riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale in cui è venuta in rilievo la Carta di Nizza, in particolare sul suo ambito di applicazione, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’unione europea*, in *Riv. AIC*, 3/2017.

¹¹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Riv. AIC*, n. 4/2017.

prospettano laddove la previsione legislativa nazionale si ponga in tensione, sia con un diritto tutelato dalla Costituzione italiana, sia con la “corrispondente” disposizione della CDFUE. Assumendo il «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» della Carta, i cui principi e diritti, come si è già visto, «intersecano in larga misura i principi e diritti garantiti dalla Costituzione italiana», la Corte costituzionale ha tentato di ridurre l’evenienza che attraverso il potere/dovere di mettere semplicemente da parte la legge, i giudici finissero e finiscano per svolgere un sindacato diffuso di costituzionalità¹²; in quanto tale, inidoneo a concludersi con un annullamento *erga omnes* della legge stessa.

Si tratta di una giurisprudenza che ha aperto in dottrina un vivace dibattito, ed è altresì noto come da una parte degli osservatori si sia avanzata la preoccupazione che la stessa potesse far presagire una fase di chiusura rispetto al dialogo con la Corte di giustizia¹³.

A questo proposito, mi limito a ricordare che la Corte costituzionale ha esercitato già diverse volte, dopo quella “svolta”, il potere di rinvio, testimoniando così di non volersi affatto sottrarre, quando e se necessario, dal farsi parte attiva nella ricerca di un confronto con il Giudice europeo sul terreno dei diritti fondamentali.

Ciò che dal mio punto di vista risulta del tutto coerente con l’impostazione assunta proprio con il nuovo corso giurisprudenziale. Con le pronunce di questi ultimi anni la Corte ha infatti chiarito che «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali» (sentenza n. 269/2017); il quale «arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione» (sentenza n. 20/2019).

¹² Si vedano in particolare sent. nn. 269/2017, 20, 63, 117/2019.

¹³ Con iniziali osservazioni critiche su questa giurisprudenza A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019.

Contributi e punti di vista differenti sulla tematica, tanto di costituzionalisti quanto di studiosi dell’Unione europea, sono presenti in questo volume. V. anche AA.VV., *Granital Revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso, F. Medico, A. Morrone, Bologna, 2020.

Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte costituzionale ha certamente rivendicato la possibilità di esprimere, sulle questioni che implicano un possibile impatto su diritti fondamentali, e che richiedono non di rado complesse valutazioni di bilanciamento, la «prima parola»; una prima parola per l'appunto «giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco» (sentenza n. 20/2019). E di avere così l'occasione anche 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, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti».

Quest'ultima prospettiva, come noto, ha suscitato, a sua volta, critiche e preoccupazioni, che riterrei infondate. Infatti, esprimere la “prima parola” non significa necessariamente pretendere di chiudere il discorso; solo volervi prendere parte.

Bibliografia

- A.A., *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso, F. Medico, A. Morrone, Bologna, 2020.
- BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Riv. AIC*, n. 4/2017.
- CARTABIA M., *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in *Riv. AIC*, n. 3/2017.
- CELOTTO A., PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2005.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, n. 3/2000.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019.
- MORTATI C., *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962.
- PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Apunti preliminari*, in *Giur. cost.*, n. 1/2001.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 130.

PARTE I

INTERPRETAZIONE, EFFETTI
E APPLICAZIONE DELLA CARTA

CAPITOLO 1

LA CONVENZIONE SUL FUTURO DELL'EUROPA
E LA CARTA DEI DIRITTI¹

Giuliano Amato

La Carta dei diritti che dobbiamo alla Convenzione guidata da Roman Herzog era stata proclamata nel dicembre del 2000 dal Consiglio europeo di Nizza con una dichiarazione dotata di indubbia solennità, ma del tutto (e volutamente) inadeguata ad attribuirle la forza di cui essa aveva bisogno. L'anno dopo, lo stesso Consiglio, riunito a Laeken, conferì un analitico mandato alla Convenzione per il futuro dell'Europa – di cui sono stato Vice Presidente – nel quale il destino della Carta veniva sì messo in campo, ma in modo molto laconico e cauto. Si chiedeva infatti alla Convenzione di valutare l'opportunità dell'inserimento della Carta nel Trattato di base. Ciò nondimeno, secondo la assoluta maggioranza dei componenti della stessa Convenzione, non appena deciso che si sarebbe scritto un vero e proprio testo di Costituzione per l'Europa, il mandato era assai semplice da eseguire: la Carta sarebbe entrata in quel testo e l'unico problema sarebbe stato la sua collocazione, vale a dire all'inizio, come in genere accade per l'enunciazione dei diritti nelle Costituzioni, o, vista la lunghezza della Carta, come parte seconda. Ma le cose non furono così semplici ed accadde invece che sulla Carta venisse combattuta la battaglia giuridica forse più estenuante, prima nel secondo gruppo di lavoro a cui la questione era affidata, poi nella stessa plenaria. Dietro la battaglia c'erano i sei Stati ostili alla Carta: Danimarca, Irlanda, Lettonia,

¹ Il contributo è già stato pubblicato dalla *Rivista Quaderni costituzionali*, n. 3/2020, nella sezione tematica «Note dall'Europa. 2000-2020: La Carta vent'anni dopo Nizza».

Olanda, Regno Unito e Svezia, forse disposti ad accettarla, ma solo se adeguatamente denervata e ridotta perciò o a un mero e ben delimitato *restatement*, o a un insieme di principi programmatici, che in nessun modo toccassero le competenze degli Stati. Certo si è che nel gruppo di lavoro si aprì un lungo negoziato, ricco di tecnicismi, di cui furono protagoniste due persone, il Presidente dello stesso gruppo Antonio Vitorino, già giudice della Corte costituzionale portoghese e successivamente membro della Commissione europea, e la britannica Patricia Scotland, una formidabile giurista, componente della House of Lords. I duelli fra i due, per chi faceva il mestiere di giurista, furono fra le parti più godibili di quel difficile lavoro. Furono diversi i punti maggiormente discussi. Pregiudizialmente gli oppositori misero in dubbio che per una Unione a competenze limitate avesse senso dotarsi di una Carta, che non era limitata al *restatement* dei diritti europei già emersi attraverso la giurisprudenza (come – si sosteneva – la Convenzione Herzog avrebbe dovuto fare), ma investiva l'intero catalogo di una Carta generale. Non se ne faceva così il cavallo di Troia di successivi allargamenti delle competenze? No, fu la risposta che prevalse, perché anche nell'esercizio di competenze limitate, si può violare qualunque diritto e la Carta doveva valere proprio come garanzia nei confronti dei poteri europei. Ma un pegno i diffidenti lo pretesero, e lo ottennero, lo stesso: sebbene l'art. 51 della Carta già dicesse, nel suo comma 2, che essa non introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai Trattati, si volle che il comma stesso cominciasse con una nuova e ulteriore affermazione, vale a dire che «la presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze di questa». Che cosa davvero aggiungesse ai passaggi precedenti è difficile da capire, ma fu anche di qui che perceppimmo quanto fosse elevata la difesa degli Stati nel momento in cui si scriveva la Costituzione per l'Europa. Lo stesso Leitmotiv si legge nel secondo emendamento introdotto dalla nostra Convenzione, che si ritenne abilitata ad emendare non le parti che definivano i singoli diritti, ma soltanto il capo finale sul loro ambito di applicazione e la loro portata. Ebbene, il secondo emendamento fu ritenuto necessario a proposito dei diritti risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri. Nel testo della Convenzione Herzog questi erano trattati implicitamente, in quanto inclusi fra quelli fondati sui Trattati. Li si volle

scorporare per poter precisare che essi vanno interpretati «in armonia con dette tradizioni» (la richiesta iniziale era stata «in accordo»), richiamando in tal modo le tradizioni interpretative degli stessi Stati membri (così, ora, il comma 4 dell'art. 52 della Carta). Venne a quel punto il nodo più spinoso, che per la verità già era stato affrontato nella Convenzione Herzog: quelli della Carta sono diritti già direttamente giustiziabili, o sono soltanto principi, bisognosi di attuazione legislativa, e utilizzabili in giudizio solo ai fini dell'interpretazione degli atti attuativi? Nella Convenzione Herzog il britannico Lord Goldsmith (personale rappresentante del Primo Ministro Blair) aveva proposto di dividere la Carta in due parti, una prima che spiegasse per filo e per segno che cosa si trovava nella seconda, e una seconda in cui si enunciassero i diritti, tali però solo in quanto accompagnati dalla menzione delle preesistenti norme su cui erano fondati. La bipartizione di Goldsmith venne evitata e ci si limitò a predisporre delle "Spiegazioni", che chiarivano, a latere, principi e diritti. Inizialmente sembrò che, nella nostra Convenzione, non si intendesse arrivare fino a questo punto. E l'intesa venne trovata su un nuovo comma, il 5, dell'art. 52, secondo il quale le disposizioni della Carta che contengono principi possono essere attuate con atti legislativi ed esecutivi e possono essere invocate davanti a un giudice solo ai fini dell'interpretazione del controllo della legalità di detti atti. Quali contenessero principi e quali diritti rimaneva con ciò affidato agli interpreti successivi. Poi, alla fine, il Regno Unito tirò fuori le "Spiegazioni" e pretese che si desse loro la stessa forza giuridica che stavamo per dare alla Carta. Davvero masticcammo male a quel punto e capimmo che quello che veniva chiesto a Vittorio, scrivere un testo al riguardo, era un vero sacrificio: per il giurista, prima ancora che per l'uropeista. Ma lo fece e nacque il comma 7 dell'art. 52 (che non fece a tempo ad essere approvato dal nostro Plenum e passò poi nella Conferenza intergovernativa), successivamente ribadito dal comma 3 dell'attuale art. 6 del Trattato dell'Unione (anch'esso approvato da quella Conferenza). In entrambi si dice che nell'interpretazione e applicazione dei diritti e dei principi della Carta si tengono "in debito conto" quelle Spiegazioni. Fu davvero un boccone giuridicamente amaro da digerire; che divenne del tutto indigesto, quando alla fine della Conferenza intergovernativa il Regno Unito annunciò il proprio *opt out*, insieme alla Polonia, dalla Carta. Devo confessare che questa, dopo tanto

lavoro, la vissi un po' come una beffa. Potrei fermarmi qui, perché qui finisce la saga, ma il mio racconto sarebbe incompleto se non facessi menzione dei pochi, residui problemi che dovemmo superare, al di là delle pretese, e in parte ottenute, potature della Carta e, soprattutto, dell'efficacia delle sue disposizioni. Il primo fu quello che in gergo chiamammo della *replication*, vale a dire della presenza, sia nel testo da noi elaborato, sia nella Carta, di diversi diritti: i diritti connessi alla cittadinanza europea, la libertà di circolazione, il principio di non discriminazione (peraltro molto più analitico nella Carta), l'accesso ai documenti, sino alla protezione dei dati personali. Nella prospettiva che i due documenti confluissero in un unico testo, la cosa più ovvia sarebbe stata collocare i doppioni o di qua o di là. Ma non fu ovvia per noi. Da un lato non si voleva rompere l'armonia concettuale del testo che avevamo scritto, i cui singoli articoli esprimevano una sequenza che avevamo convintamente costruito e che ci parve irrinunciabile. Dall'altro non si voleva mutilare una Carta, che ci ritenevamo per di più autorizzati a toccare soltanto nelle disposizioni attinenti all'efficacia giuridica, l'unico profilo affidatoci dal mandato di Laeken. E così la *replication* rimase tale. Il secondo problema, per certi versi simile, riguardò i preamboli, perché la Carta aveva già il suo e noi scrivemmo il nostro. Sempre sulla premessa, per noi pacifica, che avremmo messo insieme alla fine un unico testo, aveva senso che esso avesse due preamboli, uno all'inizio e uno al punto, comunque successivo, in cui sarebbe apparsa la Carta? Tanto più che anche qui c'erano inevitabilmente delle parziali sovrapposizioni. La più vistosa aveva ad oggetto la *vexatissima quaestio* della menzione delle religioni nel patrimonio ereditario europeo. La Convenzione Herzog aveva avuto al riguardo la fermissima opposizione francese e aveva scritto di una Unione «consapevole del suo patrimonio spirituale e morale», non scavando ulteriormente nei due aggettivi. Noi avevamo scritto qualcosa di più («ispirandosi alle radici culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, sempre presenti nel suo patrimonio»), che era tuttavia qualcosa di meno a fronte della richiesta di menzionare esplicitamente le radici cristiane. Per il resto, certo, il preambolo della Carta andava di più sulla sola tematica dei diritti. Ma prima di arrivarci, esso diceva che l'Unione si basa, fra l'altro, «sul principio della democrazia e sul principio dello stato di diritto», che nel nostro testo erano definiti invece «valori» e comparivano, non nel preambo-

lo, ma nell'art. 2. Ce n'era abbastanza per dar ragione a chi sosteneva che la convivenza dei due preamboli in uno stesso testo era da evitare. Ma privare la Carta del suo parve ai più arbitrario e metterci le mani lo era ancora di più. Alla fine facemmo nostra la proposta di Vitorino – lasciamoli entrambi e lasciamoli entrambi come sono – in una con la sua spiegazione della scelta, che fu davvero singolare: se la Cina ha adottato il principio *un paese, due sistemi di governo*, noi potevamo adottare una Costituzione con due preamboli. E così fu, almeno per quanto ci riguardava. Alla fine facemmo, su proposta non negoziabile dei governi, quello che fu l'errore più fatale, largamente responsabile della bocciatura nei due referendum in Francia e in Olanda: la collocazione in un unico documento non solo del nostro testo di indole costituzionale e della Carta, ma anche del testo in cui avevamo consolidato i Trattati preesistenti (sostenevano i governi che per loro era già un problema una sola ratifica, figuriamoci due). Ne uscì un malloppo di oltre 400 articoli, del quale fu facile dire che nessun cittadino era in condizione di leggerlo per decidere se votare sì o no. Certo si è che, in quel documento, conclusivamente diviso in tre parti, le disposizioni di indole costituzionale scritte da noi erano la parte I e la Carta era la parte II. Da sole raggiungevano i 115 articoli, meno della Costituzione italiana e di tante altre. La storia, com'è noto, finì lì per noi della Convenzione, ma non per il prodotto del nostro lavoro, che venne poi in buona parte salvato dalla Conferenza intergovernativa di Lisbona del dicembre 2007. Il salvataggio avvenne nella forma più bieca, ma più corrispondente ai moduli di cambiamento dei Trattati: il nostro testo venne tutto spacchettato e quel che si volle salvare (non poco, per la verità) appariva attraverso singoli emendamenti agli articoli che ne erano modificati. Era molto più difficile da decifrare, ma nessuno poteva dire che quella congerie di emendamenti fosse una nuova Costituzione, il che ne facilitava l'approvazione. La Carta, a quel punto, poté salvare sé stessa (e il suo preambolo), divenendo un documento separato a cui un articolo del nuovo Trattato conferiva la sua stessa forza giuridica, ribadita dalla prima fra le tante Dichiarazioni allegata allo stesso Trattato, che pignolamente sottolineava quanto poco gli Stati volessero che in essa si leggesse un qualunque potenziale espansivo. Diceva quella Dichiarazione che la Carta conferma i diritti della CEDU e quelli derivanti dalle tradizioni comuni e ribadiva ciò che ormai era scritto nella stessa Carta, e cioè che

essa non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né introduce competenze o compiti nuovi. Rivivendo questa vicenda, ci si accorge di un tratto della nostra storia comune che troppo spesso viene dimenticato, con l'effetto di farci trovare impreparati davanti a ciò che invece non ci dovrebbe mai sorprendere. Il processo di integrazione, anche nei suoi momenti di maggiore condivisione, non ha mai cancellato la forza delle identità nazionali e quindi la propensione degli Stati a condividere quello stesso processo in quanto frutto della loro volontà, ma a resistergli e a porre degli argini quando esso attiva un potenziale autonomo di ulteriore integrazione. È una propensione che non ha la medesima intensità in tutti i momenti né in tutti gli Stati membri, e questo lo sappiamo bene. Ciò che apparentemente non sappiamo è che comunque c'è, che vi sono circostanze che la eccitano più di altre e che dipende dai modi con cui la si affronta se si riesce a riassorbirla senza danno per l'integrazione. Nel lavoro che facemmo sulla Carta (al netto, certo, del presago *opt out* britannico) c'è una lezione a questo riguardo, da non dimenticare.

CAPITOLO 2

LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA COMPIE VENTI ANNI

Chiara Amalfitano

SOMMARIO: 1. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: dalla proclamazione all'acquisizione di carattere vincolante. – 2. Carta ed emergenza sanitaria da Covid-19. – 3. Carta e più rilevanti problematiche ad essa connesse. – 4. Carta: problemi ancora aperti e prospettive future.

1. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: dalla proclamazione all'acquisizione di carattere vincolante.*

Il seminario di studi dedicato a “*La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*” – i cui atti sono raccolti in questo volume – è stato organizzato con lo scopo precipuo di “festeggiare” i venti anni di tale “nuovo” catalogo scritto di diritti: nuovo, evidentemente, rispetto al catalogo contenuto nella nostra carta costituzionale e nuovo anche rispetto al catalogo delineato nella convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: “CEDU”; e nei protocolli addizionali) di cui, pure, nel 2020, si sono festeggiati i 70 anni.

Il ventennale è quello della proclamazione solenne della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: “CDFUE” o Carta) da parte dei Presidenti di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a margine del Consiglio europeo di Nizza (da qui il nome, “Carta di Nizza”)¹. La Carta, poi, come noto, venne «adat-

¹La ricorrenza è stata celebrata con diversi convegni e incontri di studi (per tutti, v.

tata» a Strasburgo, il 12 dicembre 2007, in vista dell’acquisizione di carattere giuridico pari a quello dei trattati, come sancito dall’art. 6, par. 1, TUE quale modificato dal trattato di Lisbona².

Benché solo nel dicembre 2000 l’Unione europea venga dotata di un catalogo scritto di diritti, seppur all’epoca ancora non giuridicamente vincolante, non va dimenticato, anzi va sottolineato come, a ben vedere l’importanza, *rectius* la necessità di una tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento “comunitario” è tema che si (im)pone (prepotentemente) sin dall’inizio del processo di integrazione e ne ha determinato, in qualche modo, le tappe essenziali di evoluzione. L’esistenza stessa di quell’ordinamento giuridico “di nuovo genere”³ è dipesa, in buona sostanza, dal riconoscimento dei diritti dell’individuo e dalla loro protezione a livello “comunitario”, piegata magari alle specificità di siffatto ordinamento ma altresì spesso anche prevalendo rispetto all’esigenza di tutela del mercato

l’incontro “*Reinforcing the EU Charter: Rights of people in the EU in the next decade*” organizzato dall’Agenzia europea dei diritti fondamentali, in uno con la Commissione, il 7 dicembre 2020 e il convegno “*La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. 20 anni dalla proclamazione*” organizzato il 4 dicembre 2020 dalla Associazione italiana degli Studiosi di Diritto dell’Unione europea), con la pubblicazione di contributi *ad hoc* (v., ad esempio, i tre scritti di R. Adam, F. Picod e E. Cannizzaro, comparsi il 7 dicembre 2020 sulla rivista *Eurojus*, insieme con tre contributi, di G. Raimondi, R. Sabato e P. De Sena, dedicati al 70° anniversario della CEDU) e altresì con la pubblicazione, a cura di Marc Steiert e Nial Coghlan, disponibili sul sito internet dell’Istituto universitario di Fiesole, dei lavori preparatori della Carta (v. <https://cadmus.eui.eu//handle/1814/68959>).

² Un primo adattamento del testo della CDFUE si ebbe già in occasione della stesura del trattato che adotta una Costituzione per l’Europa (in *GUUE*, C 310 del 16 dicembre 2004, p. 1), di cui la Carta avrebbe costituito, come noto, la seconda parte. Come altrettanto noto, tale trattato non è mai entrato in vigore a seguito dei referendum negativi, nella primavera del 2005, in Francia e nei Paesi Bassi. Per un commento articolo per articolo alle previsioni della CDFUE come integrate nella seconda parte del trattato costituzionale v., per tutti, L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (éd.), *Traite établissant une Constitution pour l’Europe. t. 2, La Charte des droits fondamentaux de l’Union*, Bruxelles, 2005.

³ Per riprendere la nota espressione impiegata dalla Corte di giustizia nella sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, ECLI:EU:C:1963:1.

comune, delle libertà di circolazione prima e dei meccanismi di cooperazione poi⁴.

Senza l'attività sapiente e creativa della Corte di giustizia (anche) a tutela di tali diritti⁵, in quanto principi generali di diritto⁶, attività idonea a porre un freno ai controlimiti – invocati dalle corti costituzionali nazionali, specie italiana e tedesca, per contrapporsi ad una evoluzione incontrollata delle esigenze di mercato – il processo di integrazione probabilmente non avrebbe raggiunto lo stadio attuale di evoluzione⁷.

Tale opera del giudice del Kirchberg è stata affiancata da documenti delle istituzioni privi di efficacia vincolante, ma dall'elevato valore simbolico e politico, attestanti l'impegno delle allora ancora Comunità economiche europee di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali nell'elaborazione di atti di diritto derivato: la dichiarazione comune del Parlamen-

⁴ Cfr., per tutte, e rispettivamente Corte giust., 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333 e 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, ECLI:EU:C:2004:614, e Corte giust., 15 ottobre 2019, causa C-128/18, *Dorobantu*, ECLI:EU:C:2019:857.

⁵ Non a caso la Corte di giustizia è stata definita “la fabbrica del diritto UE”: cfr. il volume di P. MBONGO, A. VAUCHEZ (sous la direction de), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, 2009.

⁶ La dottrina in argomento è vastissima. Per tutti, cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 ss.; A. ARNULL, *The General Principles in EEC Law and the Individual*, Leicester, 1990; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 521 ss.; G. GAJA, *Identifying the Status of General Principles in European Community law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, p. 445 ss.; X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.; e, più di recente, i contributi pubblicati nel fascicolo n. 1/2016 dei *Cahiers de droit européen*.

⁷ Nel senso che il controlimite, anziché fattore di potenziale disintegrazione del diritto dell'Unione diviene, attraverso l'opera ermeneutica della Corte di giustizia, strumento di consolidamento della “comunità di diritto” e meccanismo di innalzamento della soglia di tutela dei diritti fondamentali cfr. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 176.

to europeo, del Consiglio e della Commissione del 1977 sul rispetto dei diritti fondamentali e della CEDU⁸ e la risoluzione del Parlamento europeo del 1989 che adotta la dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali⁹, “rafforzate” dalla prima idea di dotare l’Unione di un catalogo scritto vincolante di diritti formalmente esplicitata nel c.d. progetto Spinelli nel 1984¹⁰, idea che si concretizza, come visto, con la proclamazione della CDFUE a fine 2000.

La portata innovativa di tale strumento è immediatamente riconosciuta a livello tanto sovranazionale quanto nazionale (e altresì nel sistema CEDU), seppur siano trascorsi ancora nove anni prima che essa abbia acquisito efficacia giuridica vincolante. A valle della sua proclamazione la Carta, infatti, viene pressoché sistematicamente richiamata nel diritto UE derivato come sostanziale parametro di legittimità (in uno con i corrispondenti principi generali) e dalla giurisprudenza del Tribunale, prima, e della Corte di giustizia, poi, per avvalorare o confermare soluzioni (interpretative o di validità) già assunte alla luce di altri strumenti vincolanti (*in primis*, i testé richiamati principi generali)¹¹. Anche i giudici nazionali

⁸ In *GUUE*, C 103 del 27 aprile 1977, p. 1.

⁹ In *GUUE*, C 120 del 16 maggio 1989, p. 51.

¹⁰ 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’art. 4) in tema di tutela dei diritti fondamentali.

¹¹ 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, come accennato nel testo, 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: cfr., per tutti, conclusioni dell’avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BETCU*, ECLI:EU:C:2001:81, punti 26-27; Trib., 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quééré et Cie SA v Commissione*, ECLI:EU:T:2002:112, punti 42 ss. La prima pronuncia in cui la Corte di giustizia ne fa un uso di questo tipo risale, invece, al 2006 (Corte giust., 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo v Consiglio*,

vi fanno viepiù riferimento e la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo la richiama per affermare nuovi diritti assicurati alla luce della CEDU¹².

L'entrata in vigore del trattato di Lisbona e l'acquisizione di valore vincolante della Carta la ammantano, senza dubbio, di un diverso spessore e di un "impiego" più sistematico da parte, *in primis*, del giudice nazionale, che spesso vi ricorre anche laddove si sia al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE (v. *infra*) e con quell'effetto di "traboccamento" ben evidenziato da un giudice costituzionale nella sua veste accademica¹³.

Traboccamento che sembra aver in qualche modo "sollecitato" il famoso *obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269/2017 in cui la nostra Corte costituzionale, pur riconoscendo, o forse proprio perché ha riconosciuto,

ECLI:EU:C:2006:429, punto 38. Tra gli atti di diritto derivato che vengono adottati (tanto nel primo quanto nell'allora terzo pilastro dell'Unione) dopo la sua proclamazione menzionando la Carta tra i parametri di legittimità cfr., 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*, L 1 del 4 gennaio 2003, 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*, L 190 del 18 luglio 2002, p. 1.

¹²Il riferimento più noto è quello della sentenza dell'11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, dove la Corte di Strasburgo sancisce il diritto dei transessuali di sposarsi. Ivi, nel proprio iter argomentativo, la Corte EDU richiama l'art. 9 CDFUE. In tema, per tutti, cfr. P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte. Ascendenze culturali e mutue implicazioni*, Torino, 2016, p. 121 ss.

¹³Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 6 novembre 2017, secondo cui, per far fronte a quell'effetto di "traboccamento" della Carta dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ovvero di un suo richiamo ed una sua applicazione eccessiva da parte dei giudici comuni, anche al di fuori del suo ambito di operatività e nonostante i tentativi della stessa Consulta di ripetutamente specificare i confini della sua rilevanza (cfr., in proposito, ad esempio, Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80 e 24 marzo 2016, n. 63, ma anche, più di recente, le sentenze nn. 190, 254, 278 del 2020 e la n. 30/2021), la Corte costituzionale dovrebbe essere coinvolta prima della Corte di giustizia ogniqualvolta si sia in presenza di una norma interna confliggente, al contempo, con la Costituzione e con una previsione della CDFUE e, altresì, con la Costituzione e con una norma dell'Unione che sancisce principi e/o obiettivi.

natura sostanzialmente costituzionale alla CDFUE, cerca di riacquisire maggiore centralità nella tutela di tali diritti¹⁴, ritagliandosi un nuovo ruolo anche nel dialogo diretto con la Corte di giustizia in proposito – dialogo che, assai di recente, ha dato buoni, ottimi, frutti¹⁵.

Anche a seguito del menzionato *obiter dictum* e delle “attenuazioni” nella successiva giurisprudenza costituzionale, il tema della tutela “multi-livello”, o in effetti meglio è ormai dire “integrata”, dei diritti fondamentali in Europa è oggi più che mai centrale nel dibattito dottrinario¹⁶.

¹⁴ Sul tema sia consentito rinviare 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*, 18 febbraio 2020, p. 296 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹⁵ Il riferimento è, innanzitutto, alla risposta fornita dalla Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali ad essa sottoposti dalla Consulta con ordinanza n. 117/2019: cfr. sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, dove – in quell’ottica di leale cooperazione in cui la CDFUE viene letta in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, rimarcata nel menzionato *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 e ripreso dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale – la Corte di giustizia riconosce a livello europeo, e quindi per tutti gli Stati membri nell’applicazione del diritto UE – la tutela del diritto al silenzio anche nei procedimenti amministrativi che abbiano natura sostanzialmente penale (secondo la lettura prospettata dalla nostra Consulta). Tra i primi commenti alla sentenza cfr. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 16 febbraio 2021; G. REPETTO, *Dell’utilità per la Corte di giustizia della priorità dell’incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all’irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustiziainsieme.it*, 6 aprile 2021. Analogamente, per proficui risultati di quella «leale e proficua collaborazione» cui fa riferimento la Consulta già nel menzionato *obiter dictum* del 2017 v. ordinanza (di rinvio pregiudiziale) n. 182/2020 della Corte costituzionale e sentenza della Corte di giustizia del 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e a. c. INPS*, ECLI:EU:C:2021:659. In tema, per tutti, v. 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*, n. 4/2020, p. 308 ss.; D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et altri c. INPS*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021.

¹⁶ Cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni cost.*, 2019, p. 418 ss.; A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, 10 luglio 2020.

2. *Carta ed emergenza sanitaria da Covid-19.*

Il tema della tutela “integrata” è, quindi, un tema “caldo” e sottoposto a recenti, forti, sollecitazioni a seguito dell’emergenza sanitaria da Covid-19 dove numerosi provvedimenti governativi adottati per fronteggiare la pandemia sono stati contestati su più fronti in quanto considerati violare diversi diritti fondamentali della persona, assicurati dalla nostra Costituzione, dalla CDFUE e altresì dalla CEDU.

Penso, per tutte, alla contestazione mossa quasi contestualmente dal giudice di pace di Lanciano dinanzi alla Corte di giustizia¹⁷ e alla nostra Corte costituzionale¹⁸ circa la violazione di una serie di diritti, “comunitariamente” assicurati e altresì, evidentemente, garantiti dalla nostra Costituzione, da parte di quegli interventi governativi che hanno prorogato lo stato di emergenza nazionale per Covid-19 e determinato la paralisi della giustizia civile e penale e dell’attività di lavoro amministrativo degli Uffici giudiziari italiani sino (nel momento in cui vennero redatte l’ordinanza di rinvio pregiudiziale e quella di rimessione) al 31 gennaio 2021.

La Consulta non si è ancora pronunciata¹⁹, mentre la Corte di giusti-

¹⁷ Cfr. causa C-220/20, instaurata con ordinanza del 18 maggio 2020, con cui si chiede alla Corte di giustizia «se gli articoli 2, 4, comma 3, 6, comma 1, e 9 del Trattato dell’Unione, gli articoli 67, commi 1 e 4, 81 e 82 del Trattato per il funzionamento dell’Unione europea, in combinato disposto con gli articoli 1, 6, 20, 21, 31, 34, 45 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ostano rispetto a disposizioni interne, quali gli articoli 42, 83 e 87 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, la delibera del 31 gennaio 2020 del Consiglio dei Ministri che ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale sanitaria per sei mesi fino al 31 luglio 2020, gli articoli 14 e 263 del decreto legge 19 maggio 2020 n. 34, che hanno prorogato lo stato di emergenza nazionale per Covid-19 e la paralisi della giustizia civile e penale e dell’attività di lavoro amministrativo degli Uffici giudiziari italiani fino al 31 gennaio 2021, in combinato disposto, violando le predette norme nazionali l’indipendenza del giudice del rinvio e il principio del giusto processo, nonché i diritti ad essi connessi della dignità delle persone, della libertà e della sicurezza, dell’uguaglianza davanti alla legge, della non discriminazione, di condizioni di lavoro eque e giuste, dell’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, della libertà di circolazione e di soggiorno».

¹⁸ Cfr. ordinanza n. 184 del 28 maggio 2020. Il testo dell’ordinanza, particolarmente ricco e dettagliato e che individua una serie nutrita di parametri di legittimità costituzionale, è reperibile online sul sito internet della Corte costituzionale.

¹⁹ L’udienza pubblica è fissata per l’11 gennaio 2022.

zia, come era largamente prevedibile in virtù della formulazione dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, ha adottato una decisione di manifesta irricevibilità²⁰, dove il giudice di Lussemburgo sottolinea, tra l'altro, come il quesito pregiudiziale «non verta su un'interpretazione del diritto dell'Unione che risponde ad una necessità oggettiva per la soluzione [della] controversia [pendente dinanzi al giudice a quo], ma (...) abbia *carattere generale*»²¹; e altresì come, con riguardo alla Carta, non sia dimostrato che le disposizioni di diritto interno rilevanti nella specie secondo il giudice del rinvio siano configurabili come attuative del diritto UE e, dunque, come alla luce dell'art. 51 CDFUE, la Corte non possa pronunciarsi sul rispetto delle norme della Carta, che – non essendo *self-standing* – rileva solo nell'ambito di attuazione del diritto UE²², nel cui “cono d'om-

²⁰ Cfr. ordinanza 10 dicembre 2020, causa C-220/20, *XX c OO*, ECLI:EU:C:2020:1022, su cui cfr. V. SCIARABBA, *Le questioni pregiudiziali (...o di costituzionalità), anche in tempo di COVID, non sono un passe-partout (a commento dell'ordinanza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2020, causa C-220/20)*, in www.giustiziainsieme.it, 1 febbraio 2021, che – mettendo in luce i limiti dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale e analizzando nel dettaglio la pronuncia della Corte di giustizia, anche con lo scopo di fornire ai giudici utili indicazioni su come redigere correttamente un'ordinanza di rinvio – evidenzia come fosse scontata la soluzione della irricevibilità manifesta in considerazione del fatto che il giudice *a quo* aveva presentato «una cornucopia di problemi, informazioni, osservazioni, riflessioni e domande *non configurate come* (e tendenzialmente nemmeno suscettibili di essere “tradotte” in) *quesiti risolvibili, nell'esercizio delle proprie competenze, attraverso i propri poteri d'intervento e nell'ambito del proprio ruolo istituzionale*, dal giudice europeo». R. MASTROIANNI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tra tutela dei diritti e tenuta del sistema*, in *I Post di AISDUE*, 1 febbraio 2021, p. 3, definisce l'ordinanza di rinvio pregiudiziale in parola come «un'iniziativa poco solida, per non dire fantasiosa», giustamente dichiarata irricevibile dalla Corte di giustizia.

²¹ V. ordinanza 10 dicembre 2020, cit., punto 36.

²² V. ordinanza 10 dicembre 2020, cit., punti 39-44, spec. punto 43, dove si afferma che «[l']eventuale applicabilità degli articoli della Carta citati dal giudice del rinvio avrebbe potuto, se del caso, essere constatata solo laddove le altre disposizioni del diritto dell'Unione menzionate nella questione pregiudiziale fossero applicabili nel procedimento principale. Orbene, per le ragioni indicate ai punti da 35 a 39 della presente ordinanza, tale questione è manifestamente irricevibile nella parte in cui riguarda tali altre disposizioni. La domanda di pronuncia pregiudiziale è, di conseguenza, del pari manifestamente irricevibile nei limiti in cui deve essere intesa come vertente su dette disposizioni della Carta».

bra” opera, per utilizzare una nota espressione coniata dall’attuale Presidente della Corte di giustizia, Koen Lenaerts²³.

3. *Carta e più rilevanti problematiche ad essa connesse.*

Quest’ultimo passaggio dell’ordinanza di manifesta irricevibilità della Corte di giustizia conferma come il rinvio pregiudiziale sopra richiamato, benché mal formulato, ben sintetizza (in uno con la quasi contestuale rimessione alla Consulta) molti dei temi e delle problematiche affrontate nel seminario di studi svoltosi l’11 dicembre 2020 e le cui relazioni sono raccolte, come detto, in questo volume.

Penso, evidentemente, e innanzitutto, al tema dell’ambito di operatività della CDFUE, in un ordinamento che non ha competenza generale in tema di tutela dei diritti fondamentali²⁴ e dove essa può, quindi, venire in rilievo come parametro interpretativo e di validità soltanto se ci si trova, come appena ricordato, nell’ambito di applicazione del diritto UE²⁵. Ma penso, altresì, alla portata delle previsioni della Carta (in parti-

²³ Nel senso che la Carta sia «the shadow of substantive EU law» cfr. 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 ss., spec. p. 117; in Italia, tra i molti che hanno ripreso l’espressione cfr., *ex multis*, 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; 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.

²⁴ Quali eccezioni si ricordino gli interventi del legislatore dell’Unione ai sensi degli artt. 19 e 82, par. 2, TFUE.

²⁵ Sul tema cfr., per tutti, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; E. BARTOLONI, *Ambito d’applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2018. Cfr., altresì, il contributo di B. NASCIBENE nel presente volume e lo studio di O. DE SCHUTTER (commissionato dal Parlamento europeo), *L’attuazione della Carta dei diritti fondamentali nel quadro istituzionale dell’Unione europea*, 2016. Non è certo questa la sede per dilungarsi sul punto, ma occorre almeno rilevare che per il tramite

colare, al loro effetto diretto o meno, verticale, ma anche orizzontale, a prescindere da quanto disposto dall'art. 51, par. 1, Carta o, forse, dovrei dire, anche alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia a questa disposizione nella nota giurisprudenza sulle ferie annuali retribuite²⁶) e al tema dei rapporti tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale e a quello della Corte (di Lussemburgo o di Roma) cui il giudice comune è opportuno si rivolga in prima battuta quando la normativa nazionale rischia di violare tanto la nostra Costituzione, quanto la CDFUE. Penso, ancora, in particolare, al tema del diritto al giusto processo e della tutela giurisdizionale effettiva (*ex art. 47 CDFUE*) e a quello della non discriminazione (cfr. art. 21 CDFUE), esaminati – al pari degli altri diritti e principi su cui si è concentrata l'attenzione – anche alla luce

delle procedure di infrazione avviate per censurare la violazione dello Stato di diritto da parte di alcuni Stati membri, in particolare la Polonia (quanto al profilo dell'indipendenza della giurisdizione) – “aggirando” la sostanziale impossibilità di far operare il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 7 TUE – si potrebbe in qualche modo considerare esteso l'ambito di operatività della Carta. Ciò è rilevabile, in particolare, là dove la garanzia di indipendenza ed imparzialità applicata dalla Corte *ex art. 19, par. 1, TUE* non pare differire da quella di cui all'art. 47 Carta, potendo però la prima operare di fatto a tutto tondo, oltre i limiti prescritti dall'art. 51, par. 1, Carta. Si ricordi che, a favore del superamento del limite applicativo di cui alla disposizione da ultimo menzionata mediante soppressione della disposizione stessa (soppressione che richiederebbe una revisione della Carta), si è espresso il Parlamento europeo nella risoluzione del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea, (2014/2248(INI)), punto 45.

²⁶Cfr., in particolare, la sentenza 6 novembre 2018, causa C-619/16, *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:872, punto 76. Sullo stesso diritto cfr. le due coeve sentenze della Corte 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871 e causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, ECLI:EU:C:2018:874 e, successivamente, la sentenza 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco*, ECLI:EU:C:2019:43, nonché le più recenti conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, 15 luglio 2021, causa C-261/20, *Thelen Technopark Berlin*, ECLI:EU:C:2021:620. Sul tema cfr., per tutti, oltre al contributo di M. CONDINANZI in questo volume, 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*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019; L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, *ibidem*.

delle corrispondenti norme CEDU, sulla base della clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, CDFUE²⁷.

4. *Carta: problemi ancora aperti e prospettive future.*

Si è detto che, benché ancora non vincolanti, i cinquantaquattro articoli della Carta hanno cambiato il volto dell'Europa, segnando il passaggio da una comunità coagulata attorno ad un sistema di interessi precipuamente economici ad un'unione fondata su valori comuni riferiti alla persona umana: dignità, libertà, eguaglianza di fronte alla legge di tutti gli individui, come esseri umani, come lavoratori, come cittadini.

Con l'acquisizione di natura vincolante si è avuto un cambio di volto formale della Carta, ma anche sostanziale, fornendo il trattato di Lisbona a quegli articoli maggiore visibilità e divenendo essi uno strumento di impiego "quotidiano", fosse anche esagerato (v. *supra* il riferimento al traboccamento), da parte dei giudici comuni e della Corte di giustizia, a tutela delle prerogative dei singoli, anche indirettamente nella misura in cui la sua violazione è oggetto di censura per il tramite di procedure di infrazione²⁸.

Una delle *ratio* sottese all'attribuzione alla Carta di valore giuridico vincolante è (insieme con quella già menzionata di garantire maggiore visibilità ai diritti/principi ivi sanciti) quella di assicurare maggiore certezza del diritto. Se forse si può ritenere che tale operazione abbia assicurato, per qualche verso, una maggiore certezza dei diritti ivi sanciti, non sono

²⁷ Sull'art. 52 CDFUE cfr., 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*, Milano, 2017, p. 1061 ss. Sulla clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, CDFUE e sulla rilevanza e il valore della CEDU nell'ordinamento giuridico dell'Unione dopo Lisbona, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a C. AMALFITANO, *General Principles of EU law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 57 ss.

²⁸ In tema cfr., da ultimo, P. MORI, *Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 8 dicembre 2020.

certa si possa parlare di una maggior certezza del diritto *tout court*. Si pensi, innanzitutto, al fatto che la Carta, soltanto richiamata dall'art. 6, par. 1, TUE non è integrata nei trattati (come era accaduto nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, di cui costituiva la parte II), né ad essi allegata. E solo con la riedizione dei trattati nel 2016 essa viene pubblicata nella stessa Gazzetta Ufficiale in cui sono pubblicati i testi di questi ultimi, insieme con i relativi protocolli e dichiarazioni²⁹. E si pensi, ancora, al fatto che una qualche deroga alla sua operatività – per quanto di deroga vera e propria non si possa parlare³⁰ e comunque al posto della Carta opererebbero i corrispondenti principi generali del diritto³¹ – parrebbe codificata (invece) in un protocollo allegato ai trattati (il n. 30, sulla posizione di Polonia e Regno Unito rispetto, appunto, alla Carta). E così, la mancata integrazione/allegazione implica questioni di non poco momento quanto alle modalità attraverso cui procedere ad una revisione di tale strumento giuridico³².

Alla luce del suo valore aggiunto, del suo concreto operare nello scenario sovranazionale e in quello nazionale, della capacità dei diritti e

²⁹ Cfr. *GUUE*, C 202 del 7 giugno 2016.

³⁰ Benché pronunciandosi con riguardo al solo art. 1, par. 1, del protocollo n. 30, la stessa Corte di giustizia ha negato che esso costituisca una deroga all'applicazione della Carta per i due Stati membri cui esso si riferisce: cfr. sentenza 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. e a.*, ECLI:EU:C:2011:865, punto 120, dove in particolare si legge che «l'art. 1, n. 1, del Protocollo (n. 30) esplicita l'art. 51 della Carta, relativo all'ambito di applicazione di quest'ultima, e non ha per oggetto di esonerare la Repubblica di Polonia e il Regno Unito dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta, né di impedire ad un giudice di uno di questi Stati membri di vigilare sull'osservanza di tali disposizioni». Analoga conclusione sembra che la Corte potrebbe condividere rispetto all'art. 1, par. 2, e all'art. 2 del medesimo protocollo, riconoscendo ad essi valore meramente esplicativo e ripetitivo di quanto sancito, in particolare, dall'art. 52, par. 5, CDFUE.

³¹ Anche qui sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *General Principles of EU law and the Protection of Fundamental Rights*, cit., spec. p. 156 ss.

³² Sul valore giuridico della Carta a seguito del suo richiamo nell'art. 6 TUE e dell'attribuzione ad essa di valore giuridico pari a quello dei trattati, e proprio con particolare analisi delle problematiche legate alla sua revisione e alla sua mancata ratifica insieme con il trattato di Lisbona, cfr., per tutti, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 655 ss.

principi in essa sanciti di rispondere alle sfide specie dell'evoluzione scientifica e tecnologica grazie ad una loro interpretazione ed applicazione "elastica" ci si potrà anche interrogare, in un prossimo futuro, circa la necessità di procedere ad un suo aggiornamento e, quindi, ad una sua revisione formale.

Per il momento, le sfide più immediate sembrano quelle legate alla crisi sanitaria ed economica che ne è conseguita. Ben consapevoli ne sono le istituzioni UE, *in primis* la Commissione che, nella comunicazione del dicembre 2020, dedicata alla "*Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*"³³, individua una serie di azioni finalizzate a rendere sempre più effettivi i diritti da essa sanciti, responsabilizzando tutti i soggetti che si interfacciano con essa (e, dunque, innanzitutto istituzioni, organi e organismi UE e Stati membri, nelle loro diverse articolazioni³⁴), e con lo scopo di migliorare la consapevolezza dei cittadini, degli individui, circa i diritti che essa riconosce loro³⁵. In questa prospettiva, potrebbero assumere una funzione essenziale i lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa, che sono stati avviati (dopo lo stallo causa Covid-19) il 9 maggio 2021³⁶. E altresì, non è escluso che possa

³³ Cfr. COM(2020) 711 def., su cui cfr. P. MORI, *La Commissione adotta la nuova Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 7 marzo 2021.

³⁴ Tra le varie strategie individuate dalla Commissione si segnala (p. 9 ss.) quella per cui, dal momento che i «finanziamenti dell'UE sono fondamentali per sostenere l'attuazione delle politiche dell'UE negli Stati membri [questi ultimi e] e la Commissione devono garantire che tutti i progetti finanziati dall'UE siano conformi al diritto dell'Unione, inclusa la Carta dei diritti fondamentali, ove applicabile».

³⁵ Dalla citata comunicazione (p. 20) risulta che «[d]a un recente sondaggio Eurobarometro sulla conoscenza della Carta emerge che solo il 42 % degli intervistati ha sentito parlare della Carta e solo il 12 % sa realmente cosa sia. Sei intervistati su dieci desiderano avere maggiori informazioni sui loro diritti e sulle istituzioni cui rivolgersi in caso di violazione dei diritti sanciti dalla Carta».

³⁶ Per la documentazione più rilevante relativa alla Conferenza sul futuro dell'Europa cfr. il seguente link <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=45102>. Si ricordi che, l'idea di una Conferenza sul futuro dell'Europa, aperta alla partecipazione di cittadini ed esponenti della società civile, è stata inserita nel programma della Presidente della Commissione europea come uno degli impegni più rilevanti. Essa avrebbe dovuto essere avviata nella primavera del 2020 (il 9 maggio, in occasione del

acquisire una qualche rilevanza anche la recente riapertura delle negoziazioni con il Consiglio d'Europa circa l'adesione dell'Unione alla CEDU, sempre che – diversamente da quanto accaduto nel 2014³⁷ – l'esito delle stesse sia, questa volta, positivo³⁸.

Bibliografia

ADINOLFI A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, p. 521 ss.

AMALFITANO C., *General Principles of EU law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham-Northampton, 2018.

70° anniversario della Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950) e concludersi entro l'estate del 2022, con la presentazione di un rapporto al Consiglio europeo che indichi misure concrete sui seguiti, anche legislativi, e una apposita tabella di marcia. Una revisione dei trattati non è da escludere, anche se non rappresenta un obiettivo primario dei lavori. Sul tema cfr., in particolare, B. NASCIBENE, *L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea. Dalla "paura" all'"ambizione"*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione*, Torino, 2020, p. 97 ss. e bibliografia ivi richiamata.

³⁷ Il riferimento è al noto parere 2/13 della Corte di giustizia, del 18 dicembre 2014, *Adbésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, che ha individuato una serie di criticità del progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU, sostanzialmente bloccando i negoziati sino a tempi recenti (v. *infra*). Sul processo di adesione e le sue difficoltà, cfr. I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Per una recente analisi delle prospettive dell'adesione cfr. anche M. PARODI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020.

³⁸ Già il Consiglio "Giustizia e affari interni" del 7 e 8 ottobre 2019 aveva indicato l'adesione come una priorità. Dal 29 settembre al 1° ottobre 2020 si è tenuto il I nuovo, dopo il 2013, (il VI, riprendendo la numerazione degli incontri da dove si erano interrotti nel 2013) *meeting* del gruppo di lavoro 47+1 per avviare i lavori per i nuovi negoziati, con l'obiettivo di superare le censure della Corte di giustizia nel citato parere 2/13. Per la pubblicazione dei *report* dei *meeting* e dei documenti negoziali non coperti da segreti si veda l'apposita sezione sul sito del Consiglio d'Europa: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>.

- AMALFITANO C., *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 ss.
- AMALFITANO C., CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015.
- ANRÒ I., *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015.
- ARANCI M., *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 16 febbraio 2021.
- ARNULL A., *The General Principles in EEC Law and the Individual*, Leicester, 1990.
- BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 6 novembre 2017.
- BARTOLONI E., *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F. (éd.), *Traite établissant une Constitution pour l'Europe. t. 2, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005.
- CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 ss..
- CARTABIA M., *L'impatto costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 179 ss.
- CONDINANZI M., *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*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019.
- CONTI R., *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta online*, 2 novembre 2020.
- COSTANZO P., *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte. Ascendenze culturali e mutue implicazioni*, Torino, 2016, p. 121 ss.
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 655 ss.
- DE SCHUTTER O. (commissionato dal Parlamento europeo), *L'attuazione della Carta dei diritti fondamentali nel quadro istituzionale dell'Unione europea*, 2016.
- FERRARO F., LAZZERINI N., *Articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1061 ss.

- GAJA G., *Identifying the Status of General Principles in European Community law*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, p. 445 ss.
- GALLO D., NATO A., *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*, n. 4/2020, p. 308 ss.
- GALLO D., NATO A., *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et altri c. INPS*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021.
- GROSSOT X., *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006.
- LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.
- LENAERTS K., *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 ss.
- LENAERTS K., GUTIÉRREZ-FONS J.A., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629 ss.
- MASTROIANNI R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tra tutela dei diritti e tenuta del sistema*, in *I Post di AISDUE*, 1 febbraio 2021.
- MBONGO P., VAUCHEZ A. (sous la direction de), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, 2009.
- MORI P., *Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 8 dicembre 2020.
- MORI P., *La Commissione adotta la nuova Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, 7 marzo 2021.
- NASCIMBENE B., *L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea. Dalla "paura" all'"ambizione"*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione*, Torino, 2020, p. 97 ss.
- PARODI M., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020.
- REPETTO G., *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizianinsieme.it*, 6 aprile 2021.

- ROSSI L.S., *La relazione fra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019.
- SCIARABBA V., *Le questioni pregiudiziali (... o di costituzionalità), anche in tempo di COVID, non sono un passe-partout (a commento dell'ordinanza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2020, causa C-220/20)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 1 febbraio 2021.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006.

CAPITOLO 3

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, APPLICABILITÀ E RAPPORTI FRA GIUDICI. LA NECESSITÀ DI UNA TUTELA INTEGRATA*

Bruno Nascimbene

SOMMARIO: 1. La Carta, le sue origini. – 2. Un “catalogo” di diritti fondamentali. Le ragioni di una sua necessità. – 3. La tutela di tali diritti, la giurisprudenza della Corte di giustizia e l’ambito di applicabilità. – 4. La distinzione fra diritti (da rispettare) e principi (da osservare). Profili critici. – 5. L’applicabilità della Carta nei rapporti orizzontali. La diretta applicabilità. – 6. I rapporti fra le Corti e il ruolo del giudice comune. – 7. La Carta, il rinvio alla Corte costituzionale e la questione pregiudiziale. La non applicazione della norma nazionale contrastante con la Carta. – 8. Le recenti questioni pregiudiziali poste dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione. La necessità di una costruttiva e leale cooperazione.

1. *La Carta, le sue origini.*

Il 2020 ha rappresentato un importante anniversario per il diritto dell’Unione europea e per la Carta dei diritti fondamentali: vent’anni dalla sua proclamazione, il 7 dicembre 2020. È un anniversario che ben può essere celebrato insieme ai settant’anni della CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

La tutela dei diritti fondamentali rappresenta uno scenario in cui si misurano, si apprezzano, si declinano gli strumenti utili a conseguire, nel-

* La redazione del presente lavoro è aggiornata alla data del 31 luglio 2021.

l'ambito regionale europeo, sia una cooperazione politica più stretta fra gli Stati, sia una tutela più incisiva dei diritti della persona.

Stati e organizzazioni di Stati quali il Consiglio d'Europa e l'Unione europea, da un lato, e individui, dall'altro lato, sono gli "attori" che giocano il proprio ruolo in un contesto regolato da norme diverse, internazionali ed europee. La Carta si colloca in questo contesto, assumendo rilievo come fonte di obblighi per gli Stati e di diritti per i singoli.

L'elaborazione di una Carta nell'ambito europeo, dove già esisteva (ed esiste) una convenzione in materia, ha un lungo percorso, che è utile ricordare per meglio comprendere quale sia il suo significato, oggi.

Il Consiglio europeo di Laeken (14-15 dicembre 2001) adottò una "Dichiarazione" con cui venne conferito a un organismo, denominato "Convenzione sul futuro dell'Unione europea", un mandato: disegnare le linee di sviluppo della futura Europa, precisamente dare una risposta a una cinquantina di domande relative al futuro sviluppo dell'Unione. Il documento finale della Convenzione rappresentò l'oggetto dei lavori della Conferenza intergovernativa (CIG 2004, convocata *ex art.* 48 TUE) che elaborò un progetto di trattato, il "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" o "Costituzione europea", sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004, che non entrò in vigore perché sottoscritto soltanto da diciotto Stati membri. La parte II del Trattato era rappresentata dalla Carta: abbandonato quel progetto, non venne tuttavia abbandonata l'idea di una riforma. E infatti venne convocata una nuova conferenza intergovernativa (CIG 2007) con il mandato di elaborare un "Trattato di riforma" che avrebbe dovuto tener conto dei lavori della precedente CIG e di quel testo di "Costituzione" che pur aveva raggiunto un significativo consenso¹.

La Carta proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dalle tre istituzioni (Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) si colloca in tale conte-

¹ Per un'ampia disamina dei profili storici cfr. G. AMATO, *La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta dei diritti*, in questo volume nonché N. ZANON, *Introduzione generale*, in questo volume. Sulle iniziative ricordate, dal Consiglio europeo di Laeken al progetto di riforma, e quindi fino all'adozione del Trattato di Lisbona, si permette rinviare alla premessa di B. NASCIMBENE, *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, 5ª ed., Torino, 2007, p. XVI ss. e riferimenti nelle note, nonché alla premessa di B. NASCIMBENE, *Unione europea. Trattati*, 5ª ed., Torino, 2019, p. IX ss.: sulla Carta, rispettivamente, p. 3 ss. e p. 249 ss.

sto, la riforma prevedendola come atto separato, non più integrato nella “Costituzione”, ma attribuendo efficacia o “valore giuridico vincolante”: in questi termini è, infatti, il nuovo testo dell’art. 6 TUE, modificato dal Trattato di Lisbona, ove si afferma che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei Trattati».

La nuova proclamazione della Carta a Strasburgo il 14 dicembre 2007 (entrerà in vigore, insieme al Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009) da parte delle tre istituzioni riguarda un testo “adattato”, integrato cioè da alcune modifiche (che concernono soprattutto le disposizioni generali trasversali, Titolo VIII, artt. 51-54).

La Carta non nasce, ovviamente, per caso, ma su iniziativa di un Consiglio europeo (Colonia, 3-4 giugno 1999) che adottò una decisione (costituente un allegato delle conclusioni del Consiglio) ove si sottolineava la necessità² che i diritti fondamentali dovessero «essere raccolti in una Carta e in tal modo resi più manifesti», prevedendone già il contenuto nelle sue linee essenziali, sottolineando che (testo della decisione) «La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell’Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità»³.

La non incorporazione nel TUE o nel TFUE, a seguito delle modifiche ai Trattati apportate dal Trattato di Lisbona, non ha inciso sulla vincolatività della Carta, che ha, come si è detto, lo stesso valore giuridico dei Trattati, e che rappresenta, oggi, il più evoluto catalogo di diritti fondamentali in Europa.

² Cfr. le conclusioni del Consiglio europeo di Colonia, 3-4 giugno 1999, punti 44 e 45 e riferimenti nella premessa di B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea*, cit., p. 3.

³ La decisione precisa, quindi, quanto segue: «La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell’Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità. L’obbligo dell’Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell’Unione è necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l’importanza capitale e la portata per i cittadini dell’Unione». Nel mandato della CIG 2007 si afferma, punto 9, che l’articolo sui diritti fondamentali avrebbe contenuto “un rinvio” alla Carta «quale convenuta in sede di CIG 2004», precisando in nota che «Il testo della Carta dei diritti fondamentali non sarà pertanto incluso nei trattati» (cfr. B. NASCIBENE, *Comunità e Unione europea*, cit., pp. 3, 934).

2. Un "catalogo" di diritti fondamentali. Le ragioni di una sua necessità.

Il catalogo dei diritti fondamentali è nato non senza difficoltà e le resistenze o perplessità politiche su alcuni contenuti, soprattutto relative ai diritti sociali, ne determinarono dapprima il semplice valore di testo o *standard* di riferimento, poi il valore vincolante, ma in un testo separato⁴. È negli anni Settanta che si manifesta sia la rilevanza dei diritti fondamentali nella Comunità, sia la necessità di un catalogo di tali diritti che si imponga nella (e alla) Comunità, quale parametro di legittimità dei suoi atti. Il dibattito si incentra sulle modalità ovvero sugli strumenti per assicurare tale tutela, soprattutto dopo le censure della Corte costituzionale tedesca (1974) sulla mancanza di un catalogo analogo a quello contenuto nella Legge fondamentale, ma anche dopo le riserve espresse dalla Corte costituzionale italiana (1973)⁵. Le proposte, in particolare quella della Commissione, furono sia di redigere un catalogo, sia di ricorrere alla tutela in via giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia (tutela "pre-toria"), sia di far aderire la Comunità alla CEDU⁶. Il rispetto e il mante-

⁴ Sull'atteggiamento del Regno Unito e della Polonia con riferimento all'azionabilità della Carta avanti ai rispettivi organi giurisdizionali nazionali, cfr. Protocollo n. 30 ai Trattati contenuto nell'atto finale della Conferenza intergovernativa che adottò il Trattato di Lisbona, nonché le dichiarazioni (contenute nello stesso atto) n. 53 della Repubblica ceca e n. 61, n. 62 della Repubblica di Polonia. Sulla rilevanza della Carta, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr., in particolare, le Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, causa C-173/99, *Bectu*, ECLI:EU:C:2001:81, punti 25-26; Trib. UE, 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré*, ECLI:EU:T:2001:112, punto 42; Corte giust., 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2006:429, punto 38; Corte giust., 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, ECLI:EU:C:2007:261, punto 46; Corte giust., 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, ECLI:EU:C:2008:85, punto 41. Cfr. anche Corte cost. 24 aprile 2002, n. 135, punto 2.1. del "Considerato in diritto".

⁵ Corte cost. tedesca 29 maggio 1974, c.d. sentenza *Solange*; Corte cost. italiana 27 dicembre 1973, n. 183, c.d. sentenza *Frontini*.

⁶ Si vedano: la relazione della Commissione del 4 febbraio 1975, *La salvaguardia dei diritti fondamentali nell'elaborazione e nello sviluppo del diritto comunitario*, in *Boll. C.E.*, sup. n. 5/76; lo studio eseguito, su incarico della Commissione, da R. BERNHARDT, *Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità europee*, in *Boll. C.E.*, sup. n. 5/76; il *Memorandum relativo all'adesione delle Comunità europee alla Con-*

nimento della democrazia rappresentativa e dei diritti dell'uomo nei Paesi membri venivano ritenuti, in una solenne dichiarazione del Consiglio europeo (Copenaghen, 1978), un elemento indispensabile per la loro stessa appartenenza alla Comunità, principi essenziali di una certa identità europea⁷.

3. *La tutela di tali diritti, la giurisprudenza della Corte di giustizia e l'ambito di applicabilità.*

Fin dal 1970 la Corte di giustizia ha affermato l'obbligo della tutela dei diritti fondamentali nella Comunità. La sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* è la prima ad inaugurare il filone giurisprudenziale in materia, che sarà confermato dalla giurisprudenza (per esempio nelle sentenze *Nold*, 1974, *Hauer*, 1979) e, poi, dalla proclamazione della Carta e dalla affermazione, già ricordata, della sua efficacia vincolante⁸. Questa sentenza è utile anche per richiamare un altro tema, quello dell'ambito materiale di tutela dei diritti fondamentali e, oggi, della Carta. Afferma, invero, la Corte che la salvaguardia dei diritti fondamentali «pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»⁹.

venzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in *Boll. C.E.*, sup. n. 2/79.

⁷ Cfr. il comunicato finale del Consiglio europeo di Copenaghen, 7-8 aprile 1978; sull'identità europea cfr. rapporto Tindemans *L'Unione europea*, in *Boll. C.E.*, sup. n. 1/78. Sulla tutela "pretoria" v. *infra*, nota n. 8.

⁸ Corte giust., 17 dicembre 1970, causa C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, punto 4 e qualche anno dopo, Corte giust., 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold*, ECLI:EU:C:1974:51, punto 13; Corte giust., 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer*, ECLI:EU:C:1979:290, punti 17-22; cfr., per un riferimento ai «diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Carta garantisce l'osservanza», Corte giust., 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57, punto 7. Per un riferimento alla tutela "pretoria" o al "sistema pretoriano" cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale Dutheillet de Lamothe, 11 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:100.

⁹ Sui limiti della tutela, quanto all'ambito comunitario, si vedano nel passato anche le Conclusioni dell'avvocato generale Capotorti, 15 giugno 1978, causa C-149/77, *De-*

L'ambito di applicabilità della Carta è tema legato alle competenze dell'Unione e al principio di attribuzione. Prima ancora che nella Carta, soprattutto nell'art. 51 ("Ambito di applicazione"), nonché in varie dichiarazioni allegare all'atto finale del Trattato di Lisbona (n. 1, n. 53, n. 61) è l'art. 6, par. 1, comma 2, che delimita le competenze e l'ambito: «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati».

La Corte di giustizia, nella nota sentenza *Åkerberg Fransson*, ha chiarito che «i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse». Si applicano – e con ciò si precisa anche la competenza della Corte – nelle situazioni in cui la norma nazionale presenta un collegamento di una certa consistenza con una norma di diritto UE (primario o derivato) diversa dalla disposizione della Carta di cui si lamenta la violazione, venendo dunque forniti al giudice nazionale «tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione [della conformità della] normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto»¹⁰. Al di fuori di questi limiti, la Carta si applica, ma si tratta di applicazione "volontaria", non già vincolata ovvero obbligatoria, e quindi non gode del principio del primato (tipico del diritto UE) e della sottoponibilità al giudizio pregiudiziale della Corte¹¹.

frenne III, ECLI:EU:C:1978:115 decisa con sentenza 15 giugno 1978, e le Conclusioni dell'avvocato generale Trabucchi, 28 marzo 1974, *Nold*, cit., ECLI:EU:C:1974:27.

¹⁰Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punti 21, 23.

¹¹Cfr. A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 29 ss. e della stessa *L'ambito di applicazione della CDFUE*, relazione al seminario *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Milano, 11 dicembre 2020. Cfr. in argomento Corte giust., 21 dicembre 2011, causa C-482/10, *Cicala*, ECLI:EU:C:2011:868, punto 19, dove la Corte afferma di non avere competenza pregiudiziale salvo che la norma della Carta sia stata resa applicabile «dal diritto nazionale in modo diretto ed incondizionato»; recentemente, Corte giust., ordinanza del 10 dicembre 2020, causa C-220/20, *XX*, ECLI:EU:C:2020:1022, punti 35-43; per un commento cfr. V. SCIARABBA, *Le questioni pregiudiziali (... o di costituzionalità), anche in tempo di COVID, non sono un passe-partout (a commento dell'ordinanza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2020, causa C-220/20)*,

La giurisprudenza nazionale era stata, per così dire, generosa quanto ad applicabilità materiale, estendendola a situazioni prive di collegamento con il diritto dell'Unione, che si collocavano fuori dal perimetro dello stesso, poiché le norme nazionali rilevanti non erano attuazione del diritto UE¹².

L'art. 51 è rigoroso nel prevedere l'applicabilità alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (par. 1), e questi soggetti, che rispettano i diritti e osservano i principi, «ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto delle competenze conferite all'Unione nei Trattati» (par. 1). Viene ribadito il contenuto dell'art. 6 TUE, affermando che (par. 2) la 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 nei Trattati». Insomma, la tendenza o forza espansiva dei diritti fondamentali trova un limite nel principio di attribuzione delle competenze che caratterizza la struttura istituzionale o costituzionale dell'Unione.

Si tratta di un limite che non incontrano le norme internazionali, come la CEDU, che riconoscono i diritti fondamentali in generale: sono norme di applicazione universale, nel senso che si applicano a qualunque situazione disciplinata da tali norme, al cui rispetto le parti contraenti di un trattato sono obbligate.

4. *La distinzione fra diritti (da rispettare) e principi (da osservare). Profili critici.*

L'art. 51 prima ricordato distingue i “principi” dai “diritti”. I soggetti indicati nella norma (istituzioni, organismi, organi da un lato; Stati

in *Giustizia insieme*, 2021 e, *amplius*, V. SCIARABBA, *Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali (a partire da una questione pregiudiziale sollevata in parallelo a una questione di costituzionalità da un giudice di pace italiano)*, in *Consulta on line*, 2021.

¹² Cfr. A. ADINOLFI, *La rilevanza*, cit.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 133 ss. e B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss.

membri dall'altro lato) rispettano i diritti e osservano i principi, nel rispetto e nei limiti delle rispettive competenze. La distinzione non è facile, a maggior ragione se si considera, come è stato osservato, che essa risente della natura stessa della Carta: la Carta nasce sotto forma di “dato giuridico” *sui generis* e viene tenuto per lunghi anni in una sorta di “limbo dell'indeterminato”, per poi divenire un atto appartenente, sì, al diritto primario europeo, ma concorrente con le costituzioni nazionali, presentando assonanze e similitudini che pongono problemi di coordinamento, sottolineando l'esigenza di definire un certo ordine anche con riferimento all'ambito materiale e uno di tali problemi è rappresentato, appunto, dalla distinzione fra principi e diritti¹³.

Una lettura combinata di due norme trasversali, l'art. 51 sull'“Ambito di applicazione” e l'art. 52 sulla “Portata e interpretazione dei diritti e dei principi”, nonché delle relative “Spiegazioni” (che i giudici dell'Unione e degli Stati membri devono tenere in debito conto, come prevedono l'art. 6, par. 1, comma 3 TUE e l'art. 52, par. 7, Carta), porta alle seguenti riflessioni¹⁴.

La prima riflessione riguarda la distinzione fra diritti, che devono essere rispettati, e principi, che devono essere, semplicemente, osservati, essendo comunque previsto l'impegno, come si è detto, sia delle istituzioni, organi, organismi dell'Unione, sia degli Stati, a promuoverne l'applica-

¹³ Cfr. L. VIOLINI, *Il principio di indeterminazione preso sul serio? Il caso serio della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in C. BERGONZONI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, p. 443 ss.; cfr. anche L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra “principi” e “diritti”?*, in questo volume.

¹⁴ Su queste norme cfr. i commenti di F. PICOD, *Article 51*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2° éd., Bruxelles, 2020; di S. VAN DROOGHENROECK, C. RITZCALLAH, *Article 52-1*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la direction de), *ult. op. cit.*; di A. BAILLEUX, *Article 52-2*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la direction de), *ult. op. cit.*, p. 1290 ss.; cfr. anche i rilievi di N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 155 ss.; M. CONDINANZI, *Diritti, principi, e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHETTA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71 ss.

zione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione dai Trattati, in conformità al principio di attribuzione (art. 51, par. 1).

La seconda riflessione riguarda i principi. Essi sono attuati (sempre nell'ambito delle competenze indicate) sia da atti legislativi ed esecutivi delle istituzioni, organi, organismi; sia da atti di Stati membri che danno attuazione al diritto dell'Unione (così dispone l'art. 52, par. 5). I principi possono essere invocati davanti a un giudice, ma soltanto per fini interpretativi e di controllo di legalità degli atti. Il limite, previsto dalla Carta (art. 52, par. 5) è indicato nelle "Spiegazioni" come elemento differenziale poiché solo i diritti, non già i principi, possono dare «adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni o delle autorità degli Stati membri». L'elemento differenziale non è facile da individuare nella pratica e le stesse "Spiegazioni" offrono un contributo non decisivo, pur ricordando che la definizione di principi è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia, facendo riferimento in proposito al principio di precauzione di cui all'art. 191 TFUE in materia di protezione ambientale; sia con quanto prevedono gli ordinamenti costituzionali nazionali «specialmente nella normativa sociale». Sotto questo profilo è opportuno sottolineare che proprio nel contesto dei diritti sociali uno strumento internazionale quale la Carta sociale promossa dal Consiglio d'Europa (non diversamente dalla CEDU, ma con struttura e giustiziabilità diversa) distingue i principi dalle norme, confermando la necessità della distinzione, ma anche la difficoltà di tutela in una materia in cui il riconoscimento dei diritti trova maggiori ostacoli da parte degli Stati¹⁵. L'esemplificazione contenuta nelle "Spiegazioni" è utile, ma suscita qualche perplessità. Esempi di norme che contengono principi sono quelli in materia, appunto, ambientale (art. 37) e sociale (Titolo IV sulla solidarietà, artt. 27 ss.), sui diritti degli anziani (art. 25, Titolo III sull'uguaglianza) e sull'inserimento delle persone disabili (art. 26, Titolo IV). Ma sono indicate anche norme "miste", che contengono elementi propri sia di un diritto, sia di un principio. Esse riguardano la parità fra uomini e donne (art.

¹⁵ Per alcuni rilievi sulla Carta sociale e sui tratti differenziali rispetto alla CEDU, cfr. G. CAMPANELLI, *Carta sociale europea e CEDU: rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze*, in *Giustizia on line*, 2020.

23), la tutela della vita familiare e professionale (art. 33), la sicurezza sociale e l'assistenza sociale (art. 34). Gli esempi sono tratti, in entrambe le fattispecie (principi soltanto; principi e diritti "misti"), dal Titolo III sull'uguaglianza (artt. 20-26) e dal Titolo IV sulla solidarietà (artt. 27-38).

I principi avrebbero dunque uno "statuto giuridico" inferiore a quello dei diritti, non potendo essere oggetto, come si è già detto, di azioni dirette avanti ai giudici, essendo invocabili soltanto per fini interpretativi o di controllo di legalità degli atti legislativi o di esecuzione.

Questa differenza, d'altra parte, ha consentito l'accettazione del valore vincolante della Carta da parte di quegli Stati (Regno Unito in particolare) che non accettavano l'inclusione, nella Carta, proprio di diritti sociali che potessero essere fatti valere direttamente avanti ai giudici nazionali o ai giudici dell'Unione. Una sorta di degradazione dei diritti sociali a principi avrebbe consentito, come è poi avvenuto, un compromesso. Resta l'incertezza, voluta per ragioni politiche, che ha posto comunque interrogativi su una distinzione che appare priva di fondamento giuridico e che ha, invero, il solo scopo di sottrarre al singolo l'azionabilità dei propri diritti fondamentali avanti al giudice¹⁶. L'incertezza di qualificazione è rinvenibile anche nell'esemplificazione di cui si è detto, poiché le norme ricordate non appartengono soltanto all'ambito dei diritti sociali contenuti nel Titolo IV dedicato alla solidarietà (sede naturale della disciplina dei diritti sociali), ma anche al diverso Titolo III dedicato all'uguaglianza.

Un criterio di distinzione potrebbe essere quello della concretizzazione del contenuto: non contengono principi, bensì diritti quelle norme che sono direttamente applicabili. Come afferma la Corte interpretando l'art. 21, par. 1, Carta sul divieto di discriminazioni fondate sull'età, il diritto contemplato è direttamente invocabile dal singolo e la norma nazionale

¹⁶ Cfr. i rilievi di C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A. Distinction Without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 193 ss.; S. PRECHAL, *Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. DE ZWAAN, F.A. NELISSEN (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration – Liber amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, p. 177 ss.; per alcuni rilievi critici, cfr. E. CANNIZZARO, *La Carta dei diritti fondamentali e la determinazione della intensità della sua tutela*, in *Eurojus.it*, 2020, e sugli effetti diretti (delle norme della Carta), cfr. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, 3^a ed., Torino, 2020, p. 187 ss.

contrastante va disapplicata¹⁷. Non altrettanto si può dire dell'art. 27 sul diritto all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa previsto dall'art. 27. Non è, questo, un diritto (derivante da norma con effetto diretto), ma il confine con il "principio" diventa più labile. Certamente "principio" è quello contenuto nell'art. 26 sull'inserimento delle persone disabili, non solo perché è un esempio ricordato nelle "Spiegazioni", ma perché lo afferma la Corte¹⁸, alla quale era stato sottoposto un problema di compatibilità di norme nazionali anche rispetto agli artt. 20 e 21 (sull'uguaglianza davanti alla legge e sulla non discriminazione) su cui la Corte, tuttavia, non si è pronunciata. Nella specie una direttiva (2006/126 sulle soglie minime di acutezza visiva per il rilascio di alcune patenti di guida) è stata ritenuta «un atto legislativo dell'Unione che dà attuazione al principio sancito dall'art. 26 della Carta» e, quindi, «quest'ultima disposizione ben può trovare applicazione nel procedimento principale». Non v'è dubbio che si tratti di un principio, non già di un diritto, ma l'affermazione della Corte potrebbe essere intesa come restrittiva, nel senso di escludere l'applicabilità di un principio se vi è un atto legislativo, come la direttiva, che vi dia esecuzione o attuazione. Rilevante sarebbe, allora, solo la direttiva (o altro atto). La sentenza *Glatzel* sembra suggerire anche un rapporto di specialità fra l'art. 52, par. 5, che riguarda la funzione delle norme contenenti principi, e l'art. 51, che è norma generale su principi e diritti. L'art. 26 contiene, dunque, solo un principio, non potendo (afferma la Corte) «conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile». Non ha effetto diretto, è vero, ma conserva quell'efficacia che l'art. 52, par. 5 gli attribuisce, cioè di parametro per l'interpretazione e il controllo di legalità degli atti che ne costituiscono attuazione o esecuzione (come, appunto, le direttive)¹⁹.

¹⁷ Cfr. Corte giust., 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale – AMS*, ECLI:EU:C:2014:2, punto 47.

¹⁸ Cfr. Corte giust., 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350, punti 74-78.

¹⁹ Cfr. i rilievi di N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 160 ss.

5. *L'applicabilità della Carta nei rapporti orizzontali. La diretta applicabilità.*

L'applicabilità della Carta nei rapporti orizzontali pone un problema di ampia portata, che riguarda la possibile incidenza della Carta sui "diritti soggettivi" dei privati: si tratta dei diritti che il singolo può far valere nei confronti di altro soggetto privato, ma anche degli obblighi che il privato è tenuto a rispettare nei confronti di altro soggetto privato²⁰. La formulazione dell'art. 51 porterebbe a ritenere che i privati sono esclusi dall'applicabilità orizzontale perché i soggetti cui la norma (e dunque la Carta) si rivolge sono, da un lato le istituzioni, gli organi, gli organismi, dall'altro lato gli Stati che danno attuazione al diritto dell'Unione. La norma, tuttavia, non definisce l'ambito personale, bensì quello materiale: precisamente il perimetro di applicazione della Carta, nel rispetto delle competenze dell'Unione, che la Carta non può né modificare, né ampliare.

La Carta, tuttavia, è parte integrante del diritto dell'Unione in generale, e dunque trova applicazione nei rapporti fra i privati che sono soggetti (oltre agli Stati) di quell'"ordinamento di nuovo genere nel diritto internazionale" rappresentato dalle Comunità e "al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali"²¹. La Carta è diritto

²⁰ Su questo tema cfr. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo fra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 2019; cfr. anche M. CONDINANZI, *L'invocabilità della CDFUE nei rapporti orizzontali*, in questo volume; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it*, 2019; R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 173 ss.; N. LAZZERINI, *The horizontal application of the general principles of EU law: nothing less than direct effect*, in *MPIL Research Paper Series*, n. 38-2020. Sul diritto alle ferie, retribuite, cfr. i rilievi di S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali ed europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in *Federalismi.it*, 2019. Cfr. anche *supra*, nota n. 16.

²¹ V. per la prima affermazione Corte giust., 5 febbraio 1963, causa C-26/63, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; per la seconda Corte giust., 18 dicembre 2014, parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, punto 169.

primario, vincola gli Stati che ne danno attuazione con norme nazionali e il privato, che fosse leso nel godimento di un proprio diritto fondamentale, può invocarne l'applicabilità nei confronti della disposizione nazionale che fosse contrastante con la Carta²².

Il problema che si è posto in giurisprudenza riguarda la diretta applicabilità della Carta: una questione, questa, che ha una certa analogia con la applicabilità di principi generali del diritto dell'Unione che, nel passato, aveva indotto la Corte ad affermare l'esistenza, e a dare applicazione, a un principio generale di non discriminazione in base all'età, di cui una direttiva (2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) si limitava ad essere, in concreto, un'espressione ovvero a darvi attuazione. La sentenza *Kükükdeveci*, in una controversia fra privati, ribadisce quanto già affermato nella sentenza *Mangold*, dichiarando incompatibile con quel principio generale, pur contenuto o fatto proprio da una direttiva, la normativa nazionale (quale la normativa sul preavviso di licenziamento, incompatibile, appunto, con il divieto di discriminazione in base all'età)²³.

L'evoluzione della giurisprudenza è rappresentata dalla sentenza *AMS-Association de médiation sociale* (2014, su rinvio pregiudiziale del giudice francese), da quelle c.d. sulle ferie (diritto alle ferie annuali retribuite, 2018, su rinvio pregiudiziale del giudice tedesco), sul divieto di discriminazione fondata sulla religione (2018 e 2019)²⁴.

²² Cfr. Corte giust., 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, ECLI:EU:C:2014:317, punto 68.

²³ Cfr. Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, punti 75-78; Corte giust., 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kükükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, punti 20-27, 43, 50-51, 56.

²⁴ Cfr. Corte giust., *AMS*, cit.; Corte giust., 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e a.*, ECLI:EU:C:2018:871, spec. punto 62; Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-619/16, *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:872, punto 29 (si discuteva, invero, dell'effetto diretto verticale, sollecitato dallo stesso giudice tedesco); Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874, punti 49-57; Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, punti 49, 55; Corte giust., 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco*, ECLI:EU:C:2019:43, spec. punto 76; cfr. anche Corte giust., 14 maggio 2019, causa C-55/18, *CCOO*, ECLI:EU:C:2019:402, punti 38, 60, 65.

Ribadito il concetto che le direttive non esplicano effetti diretti orizzontali²⁵, vi sono norme della Carta, come l'art. 21, par. 1, già ricordato in tema di distinzione fra diritti e principi²⁶, che sancisce il principio di non discriminazione in base all'età, che sono «di per sé sufficienti per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale»²⁷. Non presenta questa idoneità o caratteristica, come già si è ricordato, l'art. 27 sul diritto dei lavoratori ad essere consultati e rappresentati nell'impresa, perché, come risulta chiaramente dal tenore letterale di tale articolo, «deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»²⁸. Anche nella sentenza *Kükükdeveci*, che è sulla scia della *Mangold*, si faceva riferimento all'art. 21, par. 1, ma nel senso di una conferma dell'esistenza di un principio generale. La più recente affermazione, invece, è a favore della diretta efficacia orizzontale della norma della Carta. La sentenza *AMS* definisce un *test* cui si deve fare riferimento, quello della sufficienza a conferire diritti soggettivi purché la norma sia applicabile nei rapporti orizzontali: è lo stesso *test* utilizzabile per le norme dei Trattati, il cui contenuto è sufficiente a conferire un diritto soggettivo al singolo, e sono quindi direttamente applicabili²⁹.

Il riconoscimento di tale effetto ha come conseguenza che la norma nazionale contrastante deve essere disapplicata dal giudice nazionale³⁰. La

²⁵ Su tale concetto cfr. Corte giust., 5 ottobre 2004, da causa C-397/01 a causa C-403/01, *Pfeiffer e a.*, ECLI:EU:C:2004:584, punto 109; Corte giust., *AMS*, cit., punti 45-48.

²⁶ Cfr. *supra*, par. 4.

²⁷ In questi termini Corte giust., *AMS*, cit., punto 47.

²⁸ Cfr. Corte giust., *AMS*, cit., punto 45; sulla non invocabilità della norma della Carta, priva di effetto diretto, avanti al giudice nazionale, che non può, quindi, disapplicare una norma nazionale contrastante, cfr. Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-573/19, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, punti 62-63; per un commento cfr. L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme*, 2021.

²⁹ Sulla applicabilità diretta di norme dei Trattati cfr., per esempio, Corte giust., 12 dicembre 1974, causa C-36/74, *Walrave e Koch*, ECLI:EU:C:1974:140, punti 31-34; Corte giust., 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1976:56, punti 24-26, 40.

³⁰ Cfr. Corte giust., 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, ECLI:EU:C:2016:278, punti 21-27 (la Corte suprema danese, tuttavia, non disapplicò la norma

norma della Carta deve presentare, di per sé, quella caratteristica, senza dover ricorrere, al fine di un completamento o di una concretizzazione, ad una direttiva, confermando il carattere di fonte primaria della Carta³¹.

La diretta applicabilità dell'art. 21 è affermata (insieme all'art. 47) in sentenze successive³² e ben potrebbe essere affermata anche con riferimento ad altri motivi di discriminazione, diversi dall'età e dalla religione, indicati nell'art. 21 (sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsivoglia altra natura, appartenenza ad una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, orientamento sessuale).

Le sentenze sulle ferie (una, in particolare, in cui il diritto alle ferie era invocato proprio in una controversia orizzontale)³³, pongono, invero, la questione, più articolata, dell'uso combinato delle fonti, cioè dei principi generali, delle direttive, della Carta: una "intercomunicazione" tra fonti, grazie alla quale, alla fine, è riconosciuto l'effetto diretto all'art. 31 della Carta (diritto alle ferie annuali retribuite nel contesto di «condizioni di lavoro giuste ed eque»)³⁴.

Il percorso che porta a tale affermazione ha la sua origine in un principio generale di diritto dell'Unione relativo alla tutela dei diritti fondamentali in materia sociale, che si ispira anche a fonti eteronome di diritto internazionale o alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri³⁵. Viene quindi dettagliato in una direttiva e, poi, cristallizzato nella Carta. Il diritto alle ferie non viene creato dalla direttiva, ma trova la sua fonte in atti che danno consistenza a un principio generale, e successivamente nella Carta, in cui, appunto, viene cristallizzato ovvero codificato. È riconosciuto effetto diretto alla Carta, ma in realtà lo è al principio generale

nazionale contrastante ritenendo che un principio generale non può produrre effetti diretti perché la legge di adesione della Danimarca all'Unione non riguarda i principi generali dell'Unione, pertanto esclusi).

³¹ Corte giust., *AMS*, cit., punto 49.

³² Cfr. Corte giust., *Egenberger*, cit., anche con riferimento all'art. 47; Corte giust., *Casco*, cit.

³³ Cfr. Corte giust., *Max Planck*, cit.

³⁴ Sulla "intercomunicazione" cfr. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale*, cit.

³⁵ Cfr. Corte giust., *Mangold*, cit., punto 74.

che esisteva prima della Carta, ma anche alla direttiva in cui il diritto si sostanzia. La Corte riconosce³⁶ che la mancata previsione, nell'art. 51, par. 1, Carta, dei soggetti privati fra i destinatari della Carta non esclude (come già si è ricordato) che nelle situazioni giuridiche disciplinate dal diritto UE la Carta si applichi, in senso orizzontale, anche ai privati³⁷. I diritti sono invocabili avanti a un giudice in qualsiasi controversia, non solo nei confronti delle istituzioni o degli Stati membri: diversamente, come afferma l'art. 52, par. 5, dai principi (invocabili solo nei casi di interpretazione e di controllo della legalità delle misure nazionali di attuazione del diritto dell'Unione). L'effetto diretto della Carta può significare che anche il principio generale preesistente abbia questo effetto e parimenti la direttiva che l'abbia recepito. La direttiva acquisterebbe, grazie al riconoscimento della norma della Carta, quell'effetto diretto orizzontale che non le è proprio *ex art. 288 TFUE*. Il diritto alle ferie retribuite (con monetizzazione delle ferie non godute) previsto dall'art. 7 della direttiva n. 93/104 e dell'omologa disposizione della direttiva n. 2003/88 è diritto soggettivo, riconducibile all'art. 31, par. 2, Carta, cui la Corte riconosce effetto diretto: un effetto, invero, che è proprio anche della direttiva, la quale è espressione, nel dettaglio, di quel diritto fondamentale tutelato nella Carta³⁸.

6. I rapporti fra le Corti e il ruolo del giudice comune.

Nell'affrontare il tema dei rapporti fra le Corti è inevitabile l'esame dei rapporti fra ordinamenti, quello nazionale e quello dell'Unione euro-

³⁶ Cfr. Corte giust., *Max Planck*, cit., punto 76.

³⁷ L'art. 51, già si è detto (*supra*, par. 4), definisce l'ambito di applicazione, nel rispetto delle competenze delle istituzioni e degli Stati membri, che si tratti di principi o di diritti (questi ultimi soltanto invocabili in qualunque controversia): cfr. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 126 ss.; M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale*, cit., p. 8.

³⁸ Riferendosi al "tabù" dell'esclusione dell'effetto diretto della direttiva e considerando l'orientamento della giurisprudenza della Corte, si sottolinea come il riconoscimento dell'effetto diretto della Carta possa essere un *escamotage* per garantire l'effetto diretto della prescrizione contenuta nella direttiva: in questi termini M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale*, cit.

pea, e fra le diverse fonti. In tale contesto viene ricordato lo schema “*Simmenthal-Granital*” che evoca le fondamenta del diritto dell’Unione e dei rapporti fra il diritto nazionale e quello dell’Unione europea: il primato, dunque, la disapplicazione della norma nazionale contrastante, così come definiti nella sentenza della Corte di giustizia *Simmenthal*³⁹ e della Corte costituzionale *Granital*⁴⁰.

Un recente orientamento della Corte costituzionale ha determinato una sorta di rivisitazione di tale schema e ci si è chiesti, dunque: *a*) se è stata introdotta una deroga da questo orientamento, precisamente dalla sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, con riferimento alla Carta e ai diritti

³⁹ Corte giust., 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49. Su rinvio pregiudiziale del Pretore di Susa la Corte ha affermato il primato del diritto comunitario, come già in Corte giust., 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. Enel* ECLI:EU:C:1964:6 e l’obbligo del «giudice nazionale incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario (...) di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Sul primato e sugli obblighi conseguenti, richiamando anche Corte giust., *Costa c. Enel*, cit. e Corte giust., *Poplawski*, cit., punti 52-53.

⁴⁰ Corte cost. 20 giugno 1984, n. 170. Afferma la Corte, sulla prevalenza e non applicazione di norme immediatamente applicabili, che le «disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell’immediata applicabilità, devono, al medesimo titolo entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato», sia questa «anteriore o successiva». Si impedisce dunque alla «norma interna incompatibile» di venire «in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale». Richiamando Corte cost., *Frontini*, cit., la Corte ricorda che resta comunque salvo il proprio sindacato «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana», pur trattandosi di ipotesi «improbabile». In Corte cost., *Frontini*, cit., punto 9 del “Considerato in diritto”, si afferma, infatti, che considerate le caratteristiche e le garanzie del sistema comunitario «appare difficile configurare anche in astratto l’ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana»; le limitazioni di sovranità *ex art. 11 Cost.* sono state consentite «unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate» e agli organi comunitari non può essere riconosciuto (si tratterebbe di una «aberrante interpretazione») un «inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana».

fondamentali da essa protetti, ma protetti anche dalla Corte costituzionale; *b*) se sono, di conseguenza, cambiati i rapporti fra le Corti, ponendosi un problema di doppia pregiudizialità diversa rispetto al passato, quando l'indicazione era nel senso che il giudice comune dovesse in primo luogo fare un rinvio pregiudiziale e poi, se del caso, rinviare alla Corte costituzionale; *c*) se schema e rapporti sono davvero cambiati, almeno quando sono in gioco i diritti fondamentali⁴¹.

Le risposte debbono prendere in esame sia il possibile ruolo accentratore della Corte costituzionale; sia il diverso ruolo interpretativo esclusivo del diritto UE che compete alla Corte di giustizia; sia il ruolo, ma anche gli obblighi, del giudice comune che deve conformarsi tanto al diritto UE, quanto alla Carta costituzionale.

Il dibattito che si è avviato dopo la sentenza n. 269/2017, che è continuato negli anni successivi fino ad oggi, con le sentenze nn. 20/2019, 63/2019, 11/2020, 254/2020 e con le ordinanze nn. 117/2019 e 182/2020, ha riproposto un tema di altri tempi: quello del rapporto fra diritto nazionale e diritto comunitario o diritto UE, fra giudice nazionale (Corte costituzionale e giudice comune) e giudice dell'Unione⁴².

⁴¹ Su questi profili cfr. *infra*, nota n. 44, G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in questo volume; P. MORI, *Il rapporto tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di giustizia*, in questo volume; A. COSENTINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/17, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, in questo volume. Di questi Autori si vedano, anche, in precedenza, G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, p. 316 ss. (*ivi* riferimenti); 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 *I Post di AISDUE*, 2019; A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 2020.

⁴² Cfr. Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20; Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63; Corte cost. 5 febbraio 2020, n. 11; Corte cost., ordinanza 10 maggio 2019, n. 117; Corte cost., ordinanza 30 luglio 2020, n. 182; Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale cfr., in particolare, C. CARUSO, *Granital reloaded o di una "precisazione" nel solco della continuità*, in *Giustizia insieme*, 2020; A. MORRONE, *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in *Giustizia insieme*, 2020 e i vari contributi in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a

Il tema viene preso in esame con riferimento ai diritti fondamentali, alla loro protezione nell'ordinamento nazionale a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona che ha reso vincolante la Carta, al pari del Trattato (art. 6 TUE). Ma anche con riferimento alle altre fonti del diritto internazionale: la CEDU, nell'ambito della cooperazione europea; i Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali nell'ambito della cooperazione universale⁴³.

7. La Carta, il rinvio alla Corte costituzionale e la questione pregiudiziale. La non applicazione della norma nazionale contrastante con la Carta.

La domanda che si è posta, e che si pone, è proprio relativa alla tutela di un diritto fondamentale che è previsto, ed è di contenuto analogo, sia nella Carta sia nella Costituzione e riguarda l'individuazione della competenza del Giudice che lo deve tutelare. Si è dunque manifestata, nel recente passato, una rivendicazione del controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale. Ruolo primario, ovvero accentramento del controllo, espresso nelle tesi sostenute dal professor Barbera, poi accolte, nel c.d. *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 che obbliga il giudice comune a rivolgersi alla Corte costituzionale in caso di contrasto, in materia di diritti fondamentali, fra norma nazionale e norma di diritto UE, consentendogli di disapplicare la norma nazionale oppure, in caso di dubbio, di chiedere l'interpretazione della Corte di giustizia soltanto "per altri motivi", cioè per motivi o profili diversi da quelli già esaminati dalla Corte costituzionale. Una volta escluso il contrasto, viene lasciato uno spazio, per così dire residuale al giudice comune e alla Corte di giustizia cui il predetto giudice intenda rivolgersi, per decidere sui profili di diritto UE. Uno spazio, dunque, ristretto (residuale, appunto) da intendersi come

cura di), Granital revisited? *L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020; C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.

⁴³ Sul riferimento ad una pluralità di fonti internazionali cfr. Corte cost. n. 63/2019, punto 6.1. del "Considerato in diritto"; n. 117/2019, punto 3. del "Considerato in diritto"; 30 aprile 2021, n. 84, punto 3.5. del "Considerato in diritto".

reazione al traboccamento o trasmodamento da parte del giudice comune, censurato dalla Corte, perché «la non applicazione» della norma nazionale da parte di tale giudice «trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge»⁴⁴.

Questo limite materiale viene meno con la sentenza n. 20/2019, perché il giudice comune può sottoporre alla Corte di giustizia «qualsiasi questione pregiudiziale» che ritenga necessaria, anche se già esaminata dalla Corte costituzionale e quindi non si deve rivolgere alla Corte di giustizia soltanto “per altri motivi”, cioè per motivi diversi. Il contrasto, tuttavia, si può porre non solo con riferimento alla Carta, ma con altre norme (direttive, per esempio, come nella fattispecie esaminata dalla Corte, la 95/46)⁴⁵, che siano connesse con la Carta: atti derivati, collegati alla Carta. «Resta fermo» precisa la Corte «che i giudici comuni possono

⁴⁴ Cfr. Corte cost. n. 269/2017, punto 5.3. del “Considerato in diritto”; sulla “tesi Barbera” (espressa dall’Autore in *La Carta dei diritti: per un dialogo fra Corte italiana e Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it) e per ampi riferimenti cfr. B. NASCIMBENE, *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)*, in *Eurojus.it*, 2020. Fra i molti autori si ricordano, in argomento, in epoca più recente, 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*, 2019; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 729 ss.; i contributi, raccolti in R.G. CONTI (a cura di), *Il mestiere del giudice*, Milano, 2020, p. 39 ss., intervista a R. MASTROIANNI, P. MORI, B. NASCIMBENE, sul tema “La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?”; la successiva intervista a E. CANNIZZARO, *Cedu e cultura giuridica italiana. Carta dei diritti fondamentali UE e Cedu*, in *Giustizia insieme*, 2020; 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*, 2020; 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*, 2020; P. MORI, *La Corte costituzionale*, cit., in *I Post di AISDUE*, 2020; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti fra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 2019.

⁴⁵ Osserva Corte cost. n. 20/2019, punto 2.1. del “Considerato in diritto” che «I principi posti dalla direttiva si presentano [...] in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE» e viene ricordata la “Spiegazione” relativa all’art. 8 sulla protezione dei dati di carattere personale, perché gli stessi principi della direttiva «hanno costituito “modello” per le norme della Carta» «e perciò partecipano all’evidenza della loro stessa natura».

sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria»⁴⁶. La “regola *Granital*”, congiunta alla “regola *Simmenthal*” sul primato del diritto comunitario viene derogata dalla “regola 269”, integrata dalla sentenza n. 20/2019. Ma, come si è detto, più che una deroga, è un mutamento di prospettiva. La sentenza n. 20/2019 (del 21 febbraio 2019) è richiamata dalla n. 63/2019 (del 21 marzo 2019) e, questa, dalla più recente n. 11/2020 (del 5 febbraio 2020). Al giudice comune viene restituito un ruolo essenziale nell'esercizio di quella funzione giurisdizionale cristallizzata negli artt. 19 TUE e 47 della Carta, e che la Corte di giustizia ha ben espresso in una sentenza che può essere considerata una sorta di risposta alla sentenza n. 269/2017, rivendicando il potere del giudice comune di rinviare alla Corte di giustizia in qualsiasi fase del procedimento, «anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità», su qualsiasi questione, non potendogli essere impedito di fare uso di uno strumento considerato un architrave del sistema giuridico dell'Unione⁴⁷.

La sentenza n. 63/2019 da un lato ribadisce l'assenza di qualunque preclusione per la Corte costituzionale di esaminare nel merito le «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, comma 1, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti». Dall'altro lato la sentenza riconosce altresì «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»⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. il punto 2.3. del “Considerato in diritto”, ove si sottolinea anche che «la sopravvenienza delle garanzie approvate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione».

⁴⁷ Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985, punto 23.

⁴⁸ Cfr. il punto 4.3. del “Considerato in diritto”.

Il giudice comune può dunque: *a*) rinviare alla Corte di giustizia in ogni momento prima e dopo il rinvio alla Corte costituzionale; *b*) se il rinvio è successivo, esso può riguardare anche questioni già esaminate dalla Corte costituzionale (quindi, rinviare non solo per “altri” o diversi “motivi”); *c*) può non applicare la norma nazionale incompatibile con la Carta (con le norme della Carta direttamente efficaci). Come chiarisce, poi, nell’ordinanza n. 117/2019 (del 10 maggio 2019) richiamando la precedente giurisprudenza, la non applicazione non è una facoltà, ma un dovere, la Corte sostituendo al “può” il “deve”. Precisamente afferma che i giudici comuni non solo «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 resta «fermo (...) il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»⁴⁹.

La sentenza n. 63/2019 viene confermata dalla sentenza n. 11/2020 che ribadisce il potere della Corte («questa Corte non potrà esimersi eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia») di pronunciarsi sulle questioni poste dal giudice comune che abbia richiamato «come norme interposte, disposizioni dell’Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati dai parametri interni». La Corte costituzionale fornirà una risposta «con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali 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.) con conseguente eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. il punto 2. del “Considerato in diritto”, ove vengono richiamati il par. 2.3. della sentenza n. 20/2019 e il punto 4.3. della sentenza n. 63/2019.

⁵⁰ Cfr. il punto 3.4. del “Considerato in diritto” che richiama “*ex plurimis*” la sentenza n. 63/2019.

8. *Le recenti questioni pregiudiziali poste dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione. La necessità di una costruttiva e leale cooperazione.*

La Corte costituzionale si è rivolta alla Corte di giustizia ponendo, in epoca recente, alcune questioni pregiudiziali. Con l'ordinanza n. 117/2019 è stata posta per la prima volta dalla Corte costituzionale non solo una questione di interpretazione, ma di validità di norme di diritto UE, precisamente di una direttiva (2003/6, art. 14, par. 3) e di un regolamento (n. 596/2014, art. 30, par. 1, lett. b), in riferimento ovvero “alla luce” degli artt. 47 (diritto ad un ricorso effettivo) e 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa) della Carta, ma anche “alla luce” della giurisprudenza della Corte EDU, dell'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri nella misura in cui tali norme impongono di sanzionare anche 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”. Il diritto al silenzio ovvero il diritto a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, peraltro tutelato dall'art. 24 Cost., nell'ipotesi in cui non fosse garantito dalle norme UE di diritto secondario (direttiva e regolamento ricordati), sarebbe (potrebbe essere) non compatibile con gli artt. 47 e 48 della Carta e quindi le predette norme sarebbero non valide. La Corte di giustizia ha risposto ai quesiti pregiudiziali dichiarando (alla luce della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto ad un equo processo e della Carta) che il diritto al silenzio è «al centro della nozione di equo processo» ed osta, in particolare, a che una persona fisica “imputata” venga sanzionata a causa del suo rifiuto a fornire, all'autorità competente, risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale o la sua responsabilità penale⁵¹. Le norme UE applicabili sugli abusi del mercato (direttiva 2006/6

⁵¹ Corte giust., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, DB, ECLI:EU:C:2021:84. Per un commento E. BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”*, in *Sistema penale*, 2021. Sul riferimento all'art. 6 CEDU e alla centralità del diritto al silenzio, che «costituisce una norma di diritto in-

e regolamento n. 596/2014) consentono agli Stati di non sanzionare il rifiuto a rispondere utilizzando «il potere discrezionale ad essi conferito da un testo di diritto derivato dell'Unione in modo conforme ai diritti fondamentali», così rispettando, dunque, il diritto al silenzio. La validità delle norme UE non viene pregiudicata dal fatto che manchi, nelle stesse, un'esplicita esclusione dell'inflizione di una sanzione⁵². Devono essere interpretate in senso conforme al diritto al silenzio nel senso che non impongono una sanzione⁵³. La Corte costituzionale, a seguito della sentenza della Corte di giustizia, conferma l'interpretazione dalla stessa fornita: interpretazione che “collima”, precisamente, con la propria “ricostruzione” circa la “portata del diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi” che prevedono l'inflizione di sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente penale⁵⁴.

La seconda ordinanza della Corte, n. 182/2020 (del 30 luglio 2020), richiama le sentenze nn. 269/2017, 20/2019, 63/2019 sulla funzione del rinvio pregiudiziale, sulla necessità di assicurare una «garanzia di uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto

ternazionale generalmente riconosciuta», sentenza cit., punti 33, 37-40. La Corte precisa, tuttavia, punto 41, che non può essere, comunque, giustificata «qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie minanti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa». Tale “valutazione” sul diritto al silenzio «non trova smentita nella giurisprudenza della [stessa] relativa alle norme dell'Unione in materia di concorrenza», l'impresa non potendo «vedersi imporre l'obbligo di fornire risposte in virtù delle quali essa si troverebbe a dovere ammettere l'esistenza di una violazione» di dette norme (giurisprudenza che «come indicato dallo stesso giudice del rinvio», «non può applicarsi per analogia quando si tratta di stabilire il diritto al silenzio di persone fisiche»).

⁵² Corte giust., *DB*, cit., punti 56-58.

⁵³ Sull'interpretazione conforme, cfr. Corte giust., *DB*, cit., punti 50,55; su tale principio, in generale, Corte giust., *Poplawski*, cit., punti 55-57.

⁵⁴ Cfr. la sentenza n. 84/2021, spec. i punti 3.4. e 3.5. del “Considerato in diritto”. La Corte ha concluso per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato»; per un commento M. ARANCI, *Da Roma a Lussemburgo... e ritorno: la pronuncia della Consulta sul diritto al silenzio*, in *Eurojus.it*, 2021.

dell'Unione», «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia». La Corte rivendica il proprio ruolo, nel quadro giurisdizionale disegnato dall'art. 47 Carta, di «interrogare la Corte di giustizia» prima di decidere la questione di legittimità costituzionale, e dunque di esaminare se una norma nazionale «infranga in pari tempo i principi costituzionali e le garanzie sancite nella Carta»⁵⁵. Alla Corte è stata posta la questione di legittimità delle norme nazionali che prevedono un assegno di natalità (c.d. bonus bebè) e un assegno di maternità soltanto per gli stranieri soggiornanti di lungo periodo (direttiva 2003/209 e regolamento n. 883/2004) e non per i titolari di un permesso unico di lavoro (direttiva 2011/98 che richiama il regolamento n. 883/2004).

Il contrasto sarebbe con gli artt. 3, 31, 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione a vari articoli della Carta (20, 21, 24, 33, 34) ma soprattutto con l'art. 34 che riguarda la sicurezza sociale e l'assistenza sociale. Da interpretare è l'art. 34, al fine di conoscere se «nel suo ambito di applicazione rientrano l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base» al regolamento e alla direttiva ricordati (rispettivamente art. 3, par. 1, lett. b) e j) richiamato dall'art. 12, par. 1, lett. e), direttiva 2011/98): la domanda è, insomma, se le norme nazionali che escludono dai benefici sociali i titolari di un permesso unico sono, o non, compatibili con l'art. 34⁵⁶.

Una scelta recente di adire la Corte di giustizia, non già la Corte costituzionale, è stata fatta dalle Sezioni Unite della Cassazione⁵⁷ sui criteri

⁵⁵ Cfr. Corte cost., ordinanza 8 luglio 2020, n. 182, punti 3.1. e 3.2. del “Considerato in diritto”. Sull'ordinanza n. 182/2020 si vedano, in particolare, i commenti di D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e di maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Eurojus.it*, 2020; N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within The Scope of the UE Charter of Fundamental Rights in the light of Order 782/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020.

⁵⁶ Cfr. il dispositivo dell'ordinanza e, quanto al riferimento al diritto secondario, il punto 7.1.2., ove la Corte costituzionale precisa la propria richiesta tesa a conoscere se l'assegno di maternità «debba essere incluso nell'art. 34 CDFUE, letto alla luce del diritto secondario».

⁵⁷ Cfr. Cass., S.U., ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598; fra i molti commenti sui rapporti fra Corte costituzionale e Corti europee, F. DONATI, *La questione prioritaria di*

interpretativi dei “motivi inerenti alla giurisdizione” previsti dall’art. 111, comma 8, Cost. (sono gli unici che consentono il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti) e sulla compatibilità con il diritto UE (art. 19 TUE; art. 47 Carta) di tale norma così come interpretata dalla Corte costituzionale, che esclude dal ricorso per motivi di giurisdizione le ipotesi in cui il giudice (nella specie il Consiglio di Stato) si è pronunciato violando il diritto dell’Unione⁵⁸. Se non fosse consentito il ricorso *ex* art. 111 perché la nozione di giurisdizione non comprende tale ipotesi (come ha ritenuto la Corte costituzionale che ascrive tale violazione al vizio di violazione di legge, previsto dall’art. 360 codice di procedura civile) si integrerebbe un caso di denegata giustizia, violando gli artt. 19 TUE e 47 della Carta.

La Corte di giustizia è stata investita in via pregiudiziale da tre ordinanze dei supremi giudici nazionali che riguardano la tutela di diritti fondamentali, previsti da fonti diverse. L’auspicio è di evitare ipotesi di contrasto e di ricorso da parte nazionale ai “controlimiti”, se è vero che esiste, o comunque dovrebbe esistere (come sottolinea Corte costituzionale), una «costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia» dei diritti fondamentali, e che i principi e diritti sono «tra loro armonici e complementari». Il rapporto fra fonti e Corti, insomma, deve, o

costituzionalità: presupposti e limiti, in *Federalismi.it*, 2021; C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell’Unione europea per “motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Federalismi.it*, 2021; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE*, in *Federalismi.it*, 2021; F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *Federalismi.it*, 2021; S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all’accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 2021. Cfr. pure G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l’art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale*, in *Federalismi.it*, 2020; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell’Unione europea in una recente ordinanza delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3415; *ivi*, 3419; E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto dell’Unione europea come “motivo di giurisdizione”*, in *Foro it.*, 2020, c. 3419; R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull’incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice europeo*, in *Eurojus.it*, 2021. Si permette inoltre di rinviare a B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell’Unione europea?*, in *Giustizia insieme*, 2020 (anche per altri riferimenti).

⁵⁸ Cfr. Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6.

comunque dovrebbe essere «di mutua implicazione e di feconda integrazione»⁵⁹.

Bibliografia

- ADINOLFI A., *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 29 ss.
- AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.
- ARANCI M., *Da Roma a Lussemburgo... e ritorno: la pronuncia della Consulta sul diritto al silenzio*, in *Eurojus.it*, 2021.
- BAILLEUX A., *Article 52-2*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Larcier, 2° éd., Bruxelles, 2020, p. 1290 ss.
- BARATTA R., *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice europeo*, in *Eurojus.it*, 2021.
- BASILE E., *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sistema penale*, 2021.
- CALZOLAIO E., *La violazione del diritto dell'Unione europea come "motivo di giurisdizione"*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3415.
- CAMPANELLI G., *Carta sociale europea e CEDU: rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze*, in *Giustizia on line*, 2020.
- CANNIZZARO E., *Cedu e cultura giuridica italiana. Carta dei diritti fondamentali UE e Cedu*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea*, 3ª ed., Torino, 2020.
- CANNIZZARO E., *La Carta dei diritti fondamentali e la determinazione della intensità della sua tutela*, in *Eurojus.it*, 2020.

⁵⁹ Cfr. l'ordinanza n. 182/2020, punto 3.2. del "Considerato in diritto". Per alcuni rilievi sui comuni intenti delle Corti europee cfr. L.S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *I Post di AISDUE*, 2020; S. SCIARRA, *Lenti bifocali*, cit. (spec. par. 3); cfr. anche E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Questione giustizia*, 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta on line*, 2020.

- CARUSO C., *Granital reloaded o di una "precisazione" nel solco della continuità*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.
- CONDINANZI M., *Diritti, principi, e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHETTA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 71 ss.
- CONDINANZI M., *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo fra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 2019.
- CONTI R.G. (a cura di), *Il mestiere del giudice*, Milano, 2020.
- CONTI R., *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta on line*, 2020.
- COSENTINO A., *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 2020.
- CURTI GIALDINO C., *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Federalismi.it*, 2021.
- DONATI F., *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2020.
- DONATI F., *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 2021.
- FERRARO F., *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it*, 2019.
- FOÀ S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE*, in *Federalismi.it*, 2021.
- GALLO D., NATO A., *L'accesso agli assegni di natalità e di maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Eurojus.it*, 2020.
- HILSON C., *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 193 ss.
- LAMARQUE E., *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Questione giustizia*, 2020.
- LAZZERINI N., *Dual Preliminary Within The Scope of the UE Charter of Fundamental Rights in the light of Order 782/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020.

- LAZZERINI N., *The horizontal application of the general principles of EU law: nothing less than direct effect*, in *MPIL Research Paper Series*, n. 38, 2020.
- LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.
- MASCIOTTA C., *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020.
- MASTROIANNI R., *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, in *European Papers*, 2020.
- MORI P., *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, 2019.
- MORRONE A., *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- NASCIMBENE B., *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)*, in *Eurojus.it*, 2020.
- NASCIMBENE B., *Unione europea. Trattati*, 5^a ed., Torino, 2019.
- NASCIMBENE B., *Comunità e Unione europea. Codice delle istituzioni*, 5^a ed., Torino, 2007.
- NASCIMBENE B., *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss.
- NASCIMBENE B., PIVA P., *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- PALLADINO R., *Diritti, principi ed effetto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 173 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *Federalismi.it*, 2021.
- PICOD F., *Article 51*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2020.
- PRECHAL S., *Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. DE ZWAAN, F.A. NELISSEN (eds.), *The European Union. An Ongiving Process of Integration – Liber amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, p. 177 ss.
- ROSSI L.S., *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *I Post di AISDUE*, 2020.

- ROSSI L.S., *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme*, 2021.
- SCACCIA G., *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, p. 316 ss.
- SCIARABBA V., *Le questioni pregiudiziali (... o di costituzionalità), anche in tempo di COVID, non sono un passe-partout (a commento dell'ordinanza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2020, causa C-220/20)*, in *Giustizia insieme*, 2021.
- SCIARABBA V., *Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali (a partire da una questione pregiudiziale sollevata in parallelo a una questione di costituzionalità da un giudice di pace italiano)*, in *Consulta on line*, 2021.
- SCIARRA S., *Diritti sociali fondamentali nazionali ed europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in *Federalismi.it*, 2019.
- SCIARRA S., *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 2021.
- SPITALERI F., *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 729 ss.
- TESAURO G., *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale*, in *Federalismi.it*, 2020.
- TESAURO G., DE PASQUALE P., *Rapporti fra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 2019.
- TRAVI A., *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2020.
- VAN DROOGHENROECK S., RITZCALLAH C., *Article 52-1*, in F. PICOD, C. RITZCALLAH, S. VAN DROOGHENROECK (sous la direction de), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2020.
- VIOLINI L., *Il principio di indeterminazione preso sul serio? Il caso serio della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in C. BERGONZONI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019.

CAPITOLO 4

COSA È E COSA RIMANE DELLA DISTINZIONE
TRA PRINCIPI E DIRITTI?

*Lorenza Violini, Maria Elena Gennusa**

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. Il dibattito dottrinale. – 3. Un po' di ordine nel caos: la giurisprudenza. – 3.1. Primo scenario. Il divieto di discriminazione (art. 21) e il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo (art. 47): da “principi generali del diritto dell’Unione europea” a “diritti” della Carta, ma la loro efficacia non cambia. – 3.2. Secondo scenario. Il diritto alle ferie (art. 31): un “principio particolarmente importante del diritto sociale dell’Unione” che diventa “diritto” direttamente invocabile anche fra soggetti privati grazie alla Carta. – 3.3. Terzo scenario. “Principi”, “diritti”, ma cosa cambia con la Carta in concreto? Il caso degli artt. 26 e 27. – 3.4. Riepilogando. “Diritti” e “principi” nella giurisprudenza della Corte di giustizia: è davvero questa la “summa divisio”? – 4. Qualche nota conclusiva.

1. *Nota introduttiva.*

Che cosa è, secondo un inusitato linguaggio ontologico, più suggestivo che logico, la distinzione tra principi e diritti?

Nello specifico contesto dell’Unione europea il tentativo di risposta ad un simile complesso quesito non può che prendere abbrivio da una analisi attenta e critica del dettato normativo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora in avanti la Carta). È in essa, infatti, che si trova più volte il riferimento al termine “principio”: se sin dal Pream-

* Pur essendo frutto di riflessione condivisa, i parr. 1, 2 e 4 del presente lavoro sono stati scritti da Lorenza Violini, mentre il par. 3 da Maria Elena Gennusa.

bolo viene richiamato come l'Unione riconosca «i diritti, le libertà e i principi enunciati» dalla Carta stessa, suggerendo così sin da subito una certa diversità di contenuto tra “diritti” e “principi”, gli artt. 51 e 52 risultano sotto questo profilo ancor più determinanti. L'art. 51, par. 1, infatti, nello specificare che le disposizioni della Carta si applicano a istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea nonché agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione, afferma anche che «i suddetti soggetti rispettano i diritti» e «osservano i principi», così evidenziando una differenziazione riproposta con evidenza anche al successivo art. 52. Nello specifico, mentre al par. 4 si parla degli articoli della Carta che riconoscono i diritti fondamentali¹, il paragrafo successivo è invece dedicato a quelle disposizioni che «contengono dei principi» e che «possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice *solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*». Sebbene il termine “principio” compaia in molteplici altre norme della Carta², i due ultimi articoli qui richiamati costituiscono senza dubbio la manifestazione più rilevante dell'approccio del legislatore europeo alla distinzione “principio/diritto”, che è del resto resa lampante dal titolo stesso dell'art. 52 che si occupa espressamente e significativamente di “Portata e interpretazione dei diritti e dei principi”³.

¹ «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», art. 52, par. 4.

² Il termine “principio” viene infatti impiegato per indicare il “principio di lealtà” (art. 8), il “rispetto dei principi democratici” laddove viene svolto un riferimento alla libertà di creare istituti di insegnamento e di diritto dell'istruzione (art. 14), il “principio della parità tra donne e uomini” (art. 23) e ancora il “principio dello sviluppo sostenibile” (art. 37) nonché i “principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri” (artt. 41 e 49).

³ L'art. 52 poi effettua una ulteriore distinzione che, per quanto non interessi il dibattito di cui ci si occuperà in questo elaborato, ricopre certamente un grande rilievo: la differenziazione tra diritti riconosciuti dal diritto dell'UE e diritti garantiti invece dalla Convenzione EDU. Sul punto e sulle complesse riflessioni che tale distinzione compor-

Nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*⁴ viene ulteriormente specificato il senso dell'art. 52, par. 5, ribadendo la scelta in esso esplicitata di promuovere una differenziazione tra “diritti” e “principi”: «in base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia (...), sia con l'approccio ai “principi” negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34»⁵.

Ebbene, dalla ricostruzione sin qui proposta del dettato letterale che, pur fornendo alcune esemplificazioni, non giunge a fornire una definizione di “principio”, è possibile muovere una prima importante considerazione: la formula – e dunque la forma stessa – descritta dal legislatore europeo con riferimento al rapporto tra “principio” e “diritto” incarna un *minus* del primo rispetto al secondo⁶. Tale relazione è ben descritta da chi ha affermato che «per la prima volta nel panorama degli strumenti giuridici attraverso cui assicurare protezione ai diritti della persona nell'ordinamento dell'Unione vengono indicate due diverse tipologie nor-

ta, si rimanda, *ex multis*, a E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, p. 561 ss.

⁴ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *OJ C* 303, 14 dicembre 2007.

⁵ *Spiegazioni relative all'art. 52*.

⁶ Così anche B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6, 2021, p. 88 in particolare.

mative, l'una capace di creare posizioni soggettive perfette, appunto diritti, l'altra, il principio, recante un'enunciazione normativa di minor efficacia soggettiva, capace di vincolare le istituzioni o gli Stati membri solo nel momento in cui ne diano attuazione e idonea a fungere da parametro di legalità (della regola dell'Unione) o di compatibilità (della regola nazionale) della sola norma attuativa del principio»⁷. In altre parole, la formula normativa espressa nella Carta si discosta dalla visione *alta* e di impostazione "classica" del concetto di "principio" per accedere, invece, ad una classificazione che incorpora una sorta di *capitis deminutio*, in quanto elemento che nega la possibilità di offrire tutela piena agli interessati destinatari della posizione giuridica elencata nella Carta. Una accezione di "principio", dunque, quella che qui emerge, che mostra tutta la sua complessità e i le sue molteplici sfumature e significati: è l'impiego del termine "principio", infatti, pur dinnanzi al suo riconosciuto valore minoritario rispetto ai "diritti", ad aver permesso – avendo in questo senso il merito – di condurre ad una tutt'altro che scontata piena condivisione da parte di tutti gli Stati membri dei contenuti della Carta. Così facendo, il riferimento ai "principi" ha permesso di andare al di là della profonda divisione che sussisteva – e ancora sussiste – tra gli Stati membri quanto alla delicata questione del valore giuridico e, di conseguenza, della "giustiziabilità" – e coercibilità – di taluni diritti, in particolare con riferimento ai "diritti sociali" o, secondo la formulazione propria del diritto internazionale, ai diritti economici, sociali e culturali⁸. È stata dun-

⁷ M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 82.

⁸ Sul punto si legga 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 e la vasta bibliografia in tale testo riportata, in particolare a p. 184. L'autrice in tale contributo richiama inoltre, a sostegno di quanto affermato, l'art. 1, par. 2 del Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito, annesso al Trattato di Lisbona, nel quale si legge chiaramente come «Nulla di quanto contenuto nel titolo IV della Carta, relativo alla solidarietà – cioè i diritti sociali, la protezione della salute, l'accesso ai servizi di interesse economico generale, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori –

que la decisione di ricorrere al concetto di “principio” a consentire di giungere ad un accordo unanime sulla Carta, mediante una scelta che potremmo definire compromissoria⁹, come sovente capita quando si predispungono “Carte” fondamentali nei diversi livelli di governo che insistono su una determinata area geografica¹⁰. Se questo è vero e se in questo profilo risiede senza dubbio l’utilità e il senso stesso del richiamo al concetto di “principio”, è altrettanto vero che la distinzione rispetto ai “diritti”, così come proposta dalla Carta, comporta un allontanamento da una lettura dei “principi” intesa quale rimando verso quel mondo ultimo ed *alto* al quale si fa normalmente riferimento per indicare la base, le fondamenta e i valori intangibili che costituiscono, quasi in senso fisico, il cuore pulsante delle Carte dei diritti. Basti pensare ai primi dodici artico-

crea diritti rivendicabili davanti ad un organo giurisdizionale applicabili in Polonia o nel Regno Unito, salvo nella misura in cui tali Stati abbiano previsto tali diritti nel loro diritto interno».

⁹In questi termini si esprime anche Lock: «Looking at the drafting history of the Charter – as it is evident from the documents produced by the Convention drafting it – one can discern a marked reluctance among members of the Convention to give economic, social and cultural rights the same effects as civil and political rights. (...) The fact that the distinction between rights and principles was confined to the title on social rights – now largely in Title IV Solidarity – suggests a concern on the part of Convention members that unless the distinction were introduced, social rights would become too powerful. (...) The rights-principles distinction thus appears to have been a compromise position», T. LOCK, *Rights and principles in the EU Charter of fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 1208. L’autore evidenzia inoltre la posizione di studiosi – tra cui John Rawls e Gearty – che pongono in dubbio la possibilità di equiparare tutela ed effetti della protezione dei diritti civili e politici con quelli invece da riferirsi ai diritti sociali.

¹⁰Come ben riassunto da Hilson, la distinzione tra diritti e principi non ha inizialmente attirato particolare attenzione o rilevanza, per assumere invece grande rilievo «when the Charter was to be incorporated into the main body of the Constitutional Treaty and made binding as a result. A number of Member states, including, notably the UK, was wary of the potential for social rights to enjoy the same legal status as the more traditional fundamental rights in the Charter. For that reason, the Charter was amended in the CT in order to make the distinction between rights and principles clearer in terms of the legal consequences of a provision being in one category as opposed to another», C. HILSON, *Rights and principles in EU law: a distinction without foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2, 2008, p. 197.

li della nostra Carta costituzionale¹¹ o, mantenendoci ad una analisi del livello sovranazionale, ai principi “costitutivi” e quindi “costituzionali” del Trattato sull’Unione europea (TUE), nonché ai *general principles of Union law* che hanno avuto un ruolo fondamentale nella individuazione dei diritti dei cittadini europei e che ancora oggi continuano a rivestire grande importanza nel dibattito giuridico e politico europeo. Il riferimento ai “principi” così come svolto nell’art. 52, par. 5 della Carta, insomma, ponendosi in posizione differenziata e contrapposta rispetto ai “diritti”, sembra prendere le distanze dalla più ampia accezione di “principi” impiegata invece nell’art. 6, par. 3, TUE, nel quale si legge che «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»¹²; sulla base di quest’ultima

¹¹ Si rimanda sul punto all’ampia dottrina che ha riflettuto, in ampi e più astratti termini, sul significato di “principi generali”: si leggano, *ex multis*, le posizioni espresse da V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus. Riv. scienze giur.*, 2, 1940, ma anche, dello stesso autore, *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, e *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, nonché quanto affermato, sebbene con differenze anche sostanziali, da E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici, Teoria generale e dogmatica*, 2^a ed., Milano 1971; e ancora N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, 13, 1966.

¹² Se i principi generali possono essere intesi quali «elementi caratterizzanti l’ordinamento (...)-[t]ali elementi vengono individuati dall’interprete ricorrendo ad un processo di astrazione da norme concrete, che, di conseguenza, sono considerate come specificazione dei suddetti principi», nello specifico contesto dell’UE e secondo quanto statuito dalla citata disposizione dell’art. 6, par. 3, TUE, il significato del termine “principi” necessariamente assume specifiche e peculiari accezioni: qui, vista la diversità ed eterogeneità degli ordinamenti che compongono l’Unione, i principi non hanno avuto origine da una «induzione dalle norme di diritto scritto, primario o secondario. Piuttosto, la categoria dei principi è stata considerata quale fonte specifica del sistema, ricostruita non a partire dai frammenti normativi “sottostanti” ma piuttosto muovendo da complessi ordinamenti eteronomi rispetto al sistema ad esso in qualche modo giustapposti, con la precipua funzione di condizionarne l’evoluzione e il modo di essere», M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea*, cit., p. 73. Sul punto si legga anche A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale

enunciazione, i “principi generali” debbono «informare tutte le singole disposizioni dei Trattati o singoli gruppi delle stesse. Questi principi vengono, quindi, ad assumere in un certo qual modo un rango superiore rispetto alle altre disposizioni dei Trattati, tanto che, allorché una di tali disposizioni intende derogare ai suddetti principi lo fa espressamente»¹³. È evidente la diversità di significato rinvenibile nelle due disposizioni: se nell’art. 6, par. 3, la categoria dei “principi generali” è «ascrivibile (...) ad un livello sovraordinato rispetto al diritto derivato, potendo e dovendo il principio generale essere parametro di legalità della norma di diritto derivato»¹⁴, nella Carta il riferimento ai “principi” è svolto nella sua accezione “diminutiva”, contrapposta cioè al *plus* che sia i “diritti” sia i “principi generali” come intesi nell’art. 6 TUE rappresentano. È una novità, quella della terminologia impiegata nell’art. 52 e sopra sottolineata, che ha dato luogo a complessi dibattiti, tanto dottrinari quanto giurisprudenziali: pur trovando origine nella richiamata necessità di attribuire un valore “minoritario” e dunque una più contenuta efficacia a talune prerogative – soprattutto con riferimento ai diritti sociali – volta a consentire il raggiungimento di un consenso ampio tra gli Stati membri¹⁵, l’innovativa oppo-

Scientifica, Napoli, 2011; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The role of general principles of EU law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (a cura di), *A constitutional order of States? Essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179 ss.; C. AMALFITANO, *General principles of EU law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham, 2018, ma anche, della stessa autrice *Il rilievo della CEDU nell’Unione europea ex art. 6 TUE*, in L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell’Unione europea e le altre Carte. Ascendenze culturali e mutue implicazioni*, Torino, 2016, pp. 247-280. Sul punto sia consentito anche il rimando a L. VIOLINI, *Il principio di indeterminatezza preso sul serio? Il caso serio della Carta dei Diritti dell’Unione europea*, in C. BERGONZINI, A. LOSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 443-455.

¹³ U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale*, 5ª ed., Milano, p. 249.

¹⁴ M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea*, cit., p. 80.

¹⁵ Come ben riassunto da Barbera, «la formulazione di detti articoli [51 e 52 della Carta] – fortemente voluta dal Regno Unito – è contorta ma l’idea di fondo è la distinzione (certo non facile) tra due distinte tipologie di norme in tema di diritti: le une (di-

sizione “principi/diritti” induce a riflettere sul se e come identificare chiaramente i primi rispetto ai secondi e, conseguentemente, a determinare la diversa intensità della tutela ad essi offerta¹⁶. Da tali quesiti, attinenti al *cosa è* la distinzione “principi/diritti”, deriva poi e si sviluppa un ulteriore interrogativo, quello cioè del *cosa rimane* di una simile differenziazione e del valore aggiunto che essa ha portato nel sistema di tutela dei diritti e delle libertà garantite dal diritto dell’Unione europea. È da chiedersi quindi se alla luce non solo della già sottolineata separazione tra “diritti” e “principi” ma anche di quella tra “principi” intesi quali “principi generali” ai sensi dell’art. 6 TUE e l’accezione promossa all’art. 52, par. 5, della Carta, la qualità e l’intensità delle tutele fornite a livello sovranazionale europeo abbiano concretamente conosciuto un innalzamento e un rafforzamento e se e come la differenziazione “principi/diritti” abbia contribuito o, al contrario, complicato con dubbi interpretativi la determinazione della protezione garantita dalla Carta. Ed è questa una domanda di non poco rilievo per le sue molteplici ricadute e conseguenze: dalla determinazione di cosa debba intendersi per “principio” o “diritto” deriva il riconoscimento della efficacia diretta – verticale od orizzontale – di quanto stabilito dalla Carta e, in ultima analisi, anche la stessa diretta applicabilità del diritto dell’UE e della competenza dei giudici di Lussemburgo,

ritti-regole) direttamente utilizzabili per la regolazione dei comportamenti dei consociati – e la soluzione delle relative controversie –; le altre (diritti-principi) che invece, per essere applicate, necessitano di una previa attuazione da parte degli organi politici – europei o statali – competenti, i quali sarebbero chiamati ad effettuare una scelta tra una pluralità di alternative lasciate aperte da un precetto volutamente indeterminato. I principi manterrebbero, ovviamente, una funzione anche nelle dinamiche propriamente giurisdizionali, ma espressamente limitata ai profili ermeneutici e al giudizio di legittimità degli atti attuativi, i quali pur godendo di margini ampi di discrezionalità devono pur sempre restare all’interno dei limiti tracciati dal principio che sono chiamati a concretizzare», A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni cost.*, 1, 2018, p. 161.

¹⁶La funzione dei principi, sulla base del testo normativo, pare dunque unicamente relegata «a mero parametro di legittimità e di interpretazione degli atti normativi di attuazione, caratterizzati come sono da una “giustiziabilità limitata”» e dalla mancata produzione di un effetto diretto, come affermato da R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 181.

nonché la possibile disapplicazione della normativa statale in contrasto con la Carta¹⁷.

Prima di cercare risposta a tali quesiti attraverso l'attenta analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e dunque della tutela attribuita dai giudici sovranazionali ai "principi" e alla portata e significato ad essi associati, pare utile ricostruire l'apporto della dottrina e la lettura fornita del *cosa è* questa discussa e a tratti incerta distinzione.

2. *Il dibattito dottrinale.*

La distinzione "principi/diritti" ha dato adito, come anticipato, ad una serie – non lunga, se la si pone a raffronto con l'analogo dibattito che ha avuto luogo tra gli studiosi della nostra Carta costituzionale, ma significativa e in aumento – di commenti e riflessioni, finalizzati a fare chiarezza, in via teorica, sul significato di tale formula.

A tale dibattito ha fatto riscontro – vale la pena dirlo subito – una prima fase di silenzio da parte della Corte di giustizia dell'UE che rappresenta invece l'organo al quale è da ritenersi delegata la declinazione "concreta" e "pratica" del compromesso raggiunto in sede di redazione ed adozione della Carta. I giudici di Lussemburgo, infatti, avrebbero dovuto e dovrebbero farsi carico dell'arduo compito di dare forma – entro i complessi confini dell'incerto dettato dell'art. 52, par. 5 – alla tutela dei diritti in sede europea, distinguendo così ove ci si trovi in presenza di un principio, giustiziabile solo tramite gli atti che ne dessero attuazione sia a livello nazionale sia a livello europeo, oppure di un vero e proprio diritto, ovvero di una posizione giuridica soggettiva dotata di piena tutela, eventualmente anche di natura orizzontale.

In verità, andando a ritroso nella giurisprudenza, merita sin da ora

¹⁷ Barbera infatti definisce il problema in questi termini: «essendo organizzata per diritti e per principi, spesso redatti in termini necessariamente aperti, [la Carta di Nizza] mette in evidenza un problema più generale che può essere così riassunto: cosa si intende per diritto immediatamente efficace e quindi applicabile? Quel diritto, cioè, che, dopo la sentenza Simmenthal, fa scattare la competenza dei giudici comuni e ritrarre la competenza delle Corti costituzionali», A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., p. 150.

evidenziare come sul tema della natura e degli effetti dei “principi” la Corte si fosse già pronunciata nel caso *Defrenne*¹⁸, ben prima della emanazione della Carta. Se infatti sulla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo a seguito della Carta – e dunque con specifico riferimento alla distinzione in essa ravvisata tra principi e diritti – si concentrerà il successivo paragrafo, pare nondimeno importante trattare brevemente l’approccio della Corte in una fase antecedente alla formalizzata distinzione “principi/diritti”, che porta a svolgere alcune interessanti considerazioni. In *Defrenne*, infatti, il Regno Unito aveva provato a sostenere che il principio di non discriminazione sul piano della retribuzione *ex art.* 119 del Trattato della Comunità economica europea (TCEE), analogamente a tutti i principi enunciati dai Trattati, era da ritenersi privo di effetto diretto, rappresentando una mera norma programmatica¹⁹. La Corte aveva rigettato però questa argomentazione sostenendo che il termine “principio” non doveva *per se* comportare una automatica esclusione dell’effetto diretto; al contrario, nel caso in esame, per i giudici di Lussemburgo l’impiego del termine “principio” non era da intendersi come espressione della volontà del legislatore europeo di negare efficacia diretta a quanto statuito all’art. 119 TCEE: piuttosto, «il trattato usa questa espressione proprio per porre in rilievo l’importanza fondamentale di determinate disposizioni, come si desume ad esempio dall’intestazione della prima parte del trattato, dedicata ai principi, e dall’art. 113, a norma del quale la politica commerciale della Comunità è basata su “principi uniformi”. Se si attenuasse questa nozione, fino al punto di ridurla al rango di indicazione vaga, si metterebbero quindi indirettamente in forse le basi stesse della

¹⁸ Corte giust., 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, par. 28.

¹⁹ La questione posta all’attenzione dei giudici di Lussemburgo era attinente all’efficacia diretta dell’art. 119 e in particolare se esso fosse tale da indurre direttamente nell’ordinamento interno degli Stati membri il principio della parità di retribuzione tra i sessi, attribuendo così ai lavoratori il diritto di agire innanzi ai giudici nazionali per vedere riconosciuto il rispetto di tale principio. Il governo britannico aveva sul punto ritenuto che l’obbligo in capo agli Stati membri stabilito dall’art. 119 «non possiede i requisiti di chiarezza e precisione richiesti dalla Corte. Esso non definisce in modo complessivo il principio della parità di retribuzione per lo stesso lavoro. Il fatto stesso che venga definito “principio” indica che esso si riferisce ad una nozione molto ampia», par. II, lett. e).

Comunità e la coerenza delle sue relazioni esterne», parr. 24-26. Da questa affermazione sembra dunque, in effetti, che sia il fatto stesso che si tratti di un “principio” a rendere la disposizione e quanto in essa contenuto tanto più importante²⁰.

Con riferimento ai “*principi generali del diritto comunitario*”, poi, la Corte di giustizia interveniva, antecedentemente alla emanazione della Carta, con la sentenza *Schmidberger*²¹: i giudici di Lussemburgo in questo caso facevano riferimento all’art. 28 TUE sulla libera circolazione delle merci affermando che esso è tale da subire limitazioni ad opera del diritto fondamentale alla riunione e alla libertà di espressione in quanto la tutela dei diritti fondamentale è parte integrante dei *principi generali*, ai quali va attribuita una valenza superiore rispetto alle libertà espressamente sancite dai Trattati. «Secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l’osservanza e che, a tal fine, quest’ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito», par. 71. Insomma sin da queste pronunce brevemente richiamate non emerge né una significativa e netta distinzione giuridica tra diritti, libertà e principi, che sembrano quindi essere usati, almeno in questa prima fase, in maniera piuttosto intercambiabile, né una contrapposizione tra principi e diritti o una limitazione dell’efficacia e della tutela riconosciuta ai primi rispetto agli ultimi.

Dinnanzi – e anzi per certi versi persino in contrasto – a questo stato di cose e della interpretazione precedentemente fornita dalla Corte di giustizia del concetto di “principi”, la *summa divisio*²² contenuta nella Carta e la distinzione proposta tra principi e diritti ha destato ancor più perplessità e dubbi: questa infatti è stata considerata da taluni come un

²⁰ Sul punto si legga anche C. HILSON, *Rights and principles in EU law*, cit. e S. PRECHAL, *Rights v. principles or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the Courts*, in J.W. DE ZWAAN, F.A. NELISSEN (a cura di), *The European Union. An ongoing process of integration*, Berlino, 2004.

²¹ Corte giust., 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d’Austria*.

²² Così R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 178.

significativo e «somewhat paradoxical»²³ cambio di approccio del legislatore europeo avverso il termine “principio”, rispetto a quella accezione di “principio generale” alto e “fondante” il diritto dell’UE, prima proposto.

La dottrina, dunque, rilevando la differenziazione promossa nella Carta, si è attivata nel tentativo di identificare i tratti caratteristici e quanto meno distintivi delle due fattispecie, giungendo spesso alla salomonica conclusione che la distinzione – il *continental divide* – tra le due categorie, così come enunciato nel testo dell’art. 52, par. 5, altro non appare se non un tratto di penna frastagliato ed impreciso, con profonde interpolazioni, rispetto al quale la giurisprudenza stessa della Corte di giustizia non ha fornito una interpretazione chiara e “astratta”, piuttosto concentrandosi su un approccio casistico e concreto. Anche uno sguardo attento alle già citate *Spiegazioni* non si è rivelato utile a fornire un aiuto sostanziale alla elaborazione teorica di una definizione di “principio” come inteso nella Carta stessa; le *Spiegazioni* infatti non si allontanano dalla logica del *case by case*, esemplificando con un elenco – oltretutto non esaustivo – la definizione di “principio” anziché addentrarsi nel tentativo di precisare la differenza terminologica con i “diritti”. Un risultato, questo, che è certamente apparso deludente sul piano della capacità definitoria del legislatore europeo, visto che non fornisce criteri capaci di costituire utili *standard* per la determinazione di future linee giurisprudenziali. Oltre ad affermare, in termini assolutamente vaghi, come «In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio», così creando una certa perplessità e rimandando dunque all’interprete il non semplice compito di prendere posizione in materia, anche il riferimento svolto nelle *Spiegazioni* poi ad alcuni articoli quale esemplificazione della categoria dei “principi” ha aperto a non pochi interrogativi: Cavasino, sul punto, ha sottolineato come il rimando agli artt. 25, 26 e 37, riguardanti “principi” estremamente eterogenei e differenti tra loro, non consenta di individuare in tali esempi un criterio comune e determinante la natura di principio: «l’articolo 26 della Carta fa riferimento a “diritti” dei disabili che, in ordinamenti costituzionali come quello italiano, non sono meri “principi” ma norme capaci non solo di

²³ S. PRECHAL, *Rights v. principles or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the Courts*, cit., p. 178.

determinare l'incostituzionalità di norme lesive del loro contenuto, ma anche di ottenere diretta tutela in giudizio; mentre nell'articolo 23 si fa riferimento al "principio" della parità fra uomini e donne nonostante nel testo di tale disposizione non vi sia alcun riferimento a "diritti"»²⁴.

Non stupisce dunque come le affermazioni e riflessioni della dottrina sul tema siano accumulate da profili critici e nodi non ancora chiaramente risolti, restando ancorate alla natura fortemente incerta della distinzione "principi/diritti"²⁵ e rendendo così complesso fornire una risposta a quella richiesta, di taglio ontologico, che mira a determinare il *che cosa* è la differenziazione inserita e resa formale nella Carta.

Tra i diversi autori, sicuramente degna di nota è una affermazione di Charles Hilson, il quale, in un saggio del 2008, dopo aver annunciato nel titolo che la distinzione "principi/diritti" risulta essere una "distinction without foundation", va oltre e chiarisce il suo approccio al tema: considerando anche e soprattutto la presenza di una distinzione tra diritti e principi al di fuori del solo dettato della Carta e, dunque, osservando il diritto dell'UE in generale, l'autore giunge a ritenere che «the distinction drawn between rights and principles is a fine one – arguably too fine to shoulder the weight placed on it by the framers of the Charter»²⁶. L'autore riconduce la difficoltà a destreggiarsi tra le due categorie alla difficoltà, che sta a monte della distinzione, di reperire un orientamento chiaro e univoco nell'ambito della narrativa sui diritti e, in particolare, delle diverse conce-

²⁴ E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali*, cit., p. 567.

²⁵ Sul punto anche P. ALSTON, O. DE SHUTTER (a cura di), *Monitoring fundamental rights in the EU. The contribution of the Fundamental Rights Agency*, Londra, 2005 e D. ANDERSON, C. MURPHY, *The Charter of fundamental rights*, in A. BIONDI, P. ECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012; questi ultimi hanno affermato come la distinzione «seems set to remain obscure and unpredictable», p. 162.

²⁶ C. HILSON, *Rights and principles in EU law*, cit., p. 193. Hilson suddivide questi principi in tre diverse categorie ovvero in *constitutional principles* quali la democrazia, lo stato di diritto, la tutela dei diritti fondamentali, la separazione dei poteri e il principio di sussidiarietà; gli *administrative law principles*, quali certezza del diritto, eguaglianza e diritto ad un giusto processo; ed infine gli *environmental law principles*, come il principio di precauzione o il principio noto come "*polluters pays*". Solo alcuni tra i principi "costituzionali" sono considerati anche "principi generali".

zioni di *diritti* presenti negli Stati membri, i quali – in molti casi – si spingono ad integrare il loro *rights talk* con una narrativa sui principi – *principles talk* – che non fa che complicare il tema. Cercando di osservare le possibili differenze ed i criteri che potrebbero consentire di distinguere tra diritti e principi, l'autore finisce dunque con l'osservare che una chiara linea di demarcazione tra i due contrapposti elementi del binomio è estremamente difficile da determinare, soprattutto in termini astratti e generalizzati: «(...) one is left with the need to make *ad hoc* arguments based on each Article as to its precise justiciability. It is simply not possible to make generalisations based on arguments that all principles act in this or that particular way»²⁷. Da ciò Hilson fa derivare un quesito di grande chiarezza e rilevanza: perché e quale utilità è allora destinata ad assumere la differenziazione tra diritti e principi? In fin dei conti, «*ad hoc* arguments could have been made in relation to “rights” in the Charter. Not all rights have to operate in the same way, as international law ably demonstrates. It manages to have general principles, and varieties of human rights (civil, political, economic, social and cultural) with differing and contested degrees of justiciability, without the need to label economic, social and cultural rights as principles. EU law would, surely, have been better off adopting a similar approach»²⁸.

Similmente, anche Laciakova e Michalickova²⁹, dinnanzi alle difficoltà di trovare una chiara definizione al concetto di “principio” così come impiegato nell'art. 52, par. 5 della Carta, si sono poste la stessa domanda che già Hilson si era posto quanto all'utilità della distinzione “principi/diritti”: ed invero, dinnanzi a tale identico quesito le due autrici hanno affermato come non solo la distinzione promossa sia da ritenersi inutile,

²⁷ L'autore tenta di proporre una distinzione in termini di “double-faced nature” dei principi rispetto alla “single-faced nature” dei diritti, salvo poi concludere che anche tale differenziazione risulta comunque parziale e non sempre corretta ed applicabile.

²⁸ C. HILSON, *Rights and principles in EU law*, cit., p. 215. Con questa affermazione l'autore richiama peraltro quella distinzione tra diritti civili e politici e diritti sociali, economici e culturali che, come si è visto, è stata all'origine dell'adozione stessa della differenziazione tra “principi” e “diritti” nella fase di predisposizione del testo della Carta.

²⁹ V. LACIAKOVA, J. MICHALICKOVA, *Rights and principles: is there a need to distinguish them in the Charter of Fundamental Rights of the European Union?*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2, 2013, pp. 235-243.

ma anche inaccettabile perché portatrice di una pericolosa degradazione del livello di protezione dei diritti nell'UE, contrario alla *ratio* della stessa Carta di Nizza³⁰.

L'incertezza definitoria rilevata in tutti i contributi degli autori sin qui citati, si evince poi con chiarezza anche nella posizione espressa da Jasper Krommendijk³¹ che, in un contributo del 2015 volto a riflettere sulla contrapposizione – reale o presunta – tra “principi” e “diritti”, ha innanzitutto promosso una interessante distinzione dei principi nel diritto dell'UE in tre differenti categorie: l'autore ha dunque identificato i *founding principles of the EU*, ovvero i principi essenzialmente contenuti nel Titolo I TUE, i *general principles of EU law* ed infine i *particularly important principles of EU social law*, considerando i primi come caratterizzati da una *fundamental nature* e gli ultimi invece connotati da un *weaker legal status*, cioè da quel *minus* in termini di efficacia e “giustiziabilità” di cui già sopra si è parlato. Quanto ai *general principles of EU law*, tra i quali va individuato il principio di proporzionalità e il principio di non discriminazione sulla base dell'età, ad essi va riconosciuto una sorta di *constitutional status*, tale da garantire agli stessi «a much stronger effect than Charter principles. They have horizontal effect in as much as they can directly be relied upon by applicants even in disputes between private parties»³². Quanto ai principi cui l'art. 52, par. 5 fa riferimento nella Carta, l'autore, dopo aver icasticamente asserito che la differenza tra questi e i diritti *is not very evident*, quantomeno nel dettato fornito dalla Carta stessa, cerca di ricostruire i criteri che nel corso degli anni diversi studiosi hanno provato ad adoperare al fine di tracciare una più netta distinzione tra diritti e principi e di creare dunque una sistematicità di analisi e valutazione in

³⁰ Vengono ad esempio richiamati P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Parigi, 1998; F. PICOD, *Article II-111 – Champ d'application*, in AA.VV., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Brussels, 2005, p. 643 e nello stesso volume L. BURGORGUE-LARSEN, *Article II-112 – Portée et interprétation des droits et des principes*.

³¹ J. KROMMENDIJK, *Principled silence or mere silence on principles: the role of the EU Charter's principles in the case law of the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2015, pp. 321-356.

³² J. KROMMENDIJK, *Principled silence or mere silence on principles*, cit., p. 329.

grado di sottrarre la classificazione al solo ruolo interpretativo della CGUE: l'autore si riferisce ai criteri basati sulle valutazioni riguardanti «if the provision actually aims to protect the rights of individuals; the extent to which the protection of fundamental rights depends upon further concretisation in laws; the margin of discretion a Charter provision leaves for the duty bearers»³³ cioè alle istituzioni europee o agli Stati membri; questi criteri, che molto spesso sono stati individuati come elementi che consentono di determinare la presenza di un “diritto” o di un “principio”, sono stati criticati da Krommendijk, il quale ne ha rilevato debolezze e limiti: per quanto utili, tale categorizzazioni e criteri non possono dirsi capaci di provvedere al raggiungimento di una certezza assoluta quanto alla distinzione “principi/diritti” e di consentire dunque una netta e valida – quantomeno in astratto e in qualunque caso – differenziazione. Rilevata così la problematicità di addivenire ad una chiara individuazione dei confini e degli elementi distintivi delle due categorie indicate dall'art. 52 della Carta, l'autore concentra la propria analisi sull'impatto e sulla rilevanza di una simile differenziazione, soprattutto nel momento in cui i giudici sono chiamati a pronunciarsi su tale profilo: incidendo sulla “giustiziabilità” e sull'intensità dunque della tutela e protezione garantita, la riconduzione di una determinata prerogativa alla categoria dei principi determina, secondo quanto scritto nell'art. 52, par. 2 della Carta, una limitazione del vaglio dei giudici solo con riferimento alla misura, atto o norma, di implementazione del principio stesso. Richiamando Prechal e Ladenburger³⁴, l'autore sottolinea come a una «strict interpretation» di tale disposizione «would be a serious drawback in comparison with the earlier protection of fundamental rights by the Court of Justice where no such distinction was made»³⁵. Insomma l'autore riassuntivamente ritiene che per scongiurare i rischi di una interpretazione troppo restrittiva delle differenze in termini di effetto diretto e “giustiziabilità” dei principi, «the main difference between rights and principles is that the latter cannot

³³ *Ibidem*, p. 332-333.

³⁴ L. BESSELINK, *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions*, pure.uva.nl, 2012.

³⁵ J. KROMMENDIJK, *Principled silence or mere silence on principles*, cit., p. 336.

create standing or give rise to direct claims for positive action before courts. Nonetheless, it is submitted that both rights and principles can be used as judicial standards for legality review of EU and national acts and measures, as well as standards or tools of interpretation. One limitation for Charter principles, however, is that the intensity of the review of acts and practices is generally more limited than rights»³⁶. Sullo sfondo e alla base di tutte le considerazioni riportate, Krommendijk pone attenzione alle ragioni che sottendono alla previsione di una distinzione così netta tra principi e diritti all'interno della Carta, rintracciabili solo in ragione del già evidenziato dibattito che in sede di formulazione del testo in esame ha visto scontrarsi Stati favorevoli a inserire i diritti sociali come contraltare dell'economicismo europeo, utile a rassicurare i cittadini in un'epoca di crisi economica, e Stati che avevano invece espresso una posizione contraria, per timore che la Carta consentisse alla giurisdizione sovranazionale di inserirsi in scelte che avrebbero invece dovuto restare nell'ambito della politica. Partendo da queste valutazioni e definendo peraltro l'incorporazione dei diritti sociali nella Carta come uno dei «most contentious issues to arise during the negotiations on the EU Charter»³⁷, l'autore chiarisce comunque come il legame tra diritti sociali e principi non debba far propendere per la conclusione secondo cui tutti i «diritti sociali» siano necessariamente da intendersi come rientranti nella nozione di «principi»³⁸. Se questa importante considerazione emergerà anche dal-

³⁶ *Ibidem*, p. 339.

³⁷ *Ibidem*, p. 321.

³⁸ Analizzando la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, anche Palladino giunge ad affermare come la «genesì» della *summa divisio* tra diritti e principi non sia «suscettibile di pregiudicare in toto i diritti di matrice sociale dal conferimento di veri e propri diritti soggettivi azionabili in giudizio», riconoscendo piuttosto nei caratteri di imperatività, autosufficienza e «incondizionatezza» quei criteri necessari al fine di determinare, al di là del *nomen* attribuito, la natura di «principio» o di «diritto» (R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 205). Condinanzi, richiamando i diritti sociali, afferma come «è vero che laddove vi è un principio e non un diritto, la norma della Carta spesso intercetta un «bisogno» per così dire complesso, evoluto, moderno, che poco si attaglia a ricevere soddisfazione mediante enunciati per così dire «assoluti», suscettibili in quanto tali di *self execution*. Ciò è vero, in particolare per i

l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE – che non mancherà di far sorgere, come con riferimento al diritto alle ferie annuali retribuite, dubbi quanto alla terminologia impiegata e in particolare se l'impiego del termine “principio” debba essere inteso quale “principio generale” o “principio” contrapposto a diritto ai sensi dell'art. 52, par. 5 –, Tobias Lock ha sul punto espressamente affermato come sia da ritenersi erronea e fuorviante ogni posizione che voglia condurre *per se* e per loro stessa natura alla categoria dei principi tutti gli *economic, social and cultural rights*. Secondo l'autore, infatti, «the reason for the distinction between rights and principles cannot be attributed to the type of fundamental right – civil and political or economic, social and cultural – that the Charter provision reflects. Instead, the reason for the distinction is a political choice made by the drafters of the Charter, which means that it is to an extent arbitrary»³⁹. Allo stesso tempo, Lock tenta di fornire una definizione di “principio”⁴⁰, da intendersi come «pertaining to the realm

diritti sociali, la cui attuazione impone, nella nostra attuale esperienza storico-giuridica, bilanciamenti complessi con altri valori, che sono anche espressioni di altri diritti o, per meglio dire, dei diritti di altri e la cui effettiva realizzazione richiede una valutazione complessiva, tenuta a misurarsi anche con la capacità della struttura pubblica di erogare la prestazione pretesa, senza ledere altri interessi generali meritevoli di tutela, secondo un modello di redistribuzione della ricchezza che in tempi recenti è, vieppiù, chiamato a confrontarsi con i vincoli di bilancio che la risposta alla crisi per cui si è optato ha imposto di rispettare», M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, cit., p. 84.

³⁹ T. LOCK, *Rights and principles in the EU Charter of fundamental rights*, cit., p. 1226.

⁴⁰ L'autore riconosce infatti la confusione e la mancata chiarezza del dettato normativo della Carta, svolgendo una interessante analisi dei termini impiegati nella Carta al fine di valutare se, da quanto scritto, sia possibile dedurre una qualche indicazione circa la determinazione della natura di “principio” o di “diritto”: gli artt. 25, 26, 36 e 38 sono accumulati dall'impiego della espressione “riconosce e rispetta”, che indica come «the “entitlements” referred to in these provisions are not immediate, but require implementation before they can be invoked by those covered», p. 1218; in maniera simile, anche l'espressione “alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali”, come usata nell'art. 35, può essere chiaro sentore della presenza di un “principio”, vista la necessità di una trasposizione e specifica previsione da parte di normative nazionali specifiche del principio riconosciuto nella Carta. Se l'impiego di tali termini potrebbe far propendere per ritenere presente un “principio” e non un “diritto”, l'autore però mette in guardia quanto ai pericoli che una analisi meramente letterale dei termini usati nella

of objective law⁴¹ in that they consist in duties without corresponding claim-rights»⁴²; da ciò deriva come la non automatica “giustiziabilità” dei principi comporti tre importanti conseguenze: i principi «cannot of themselves give an individual standing before a national or Union Court; second, their violation does not automatically result in a remedy; third, they cannot even be considered by a court, unless they have been implemented and even then only insofar as the implementing act itself is concerned»⁴³. Per questo motivo e sulla base di tali effetti l’autore fa discendere come «whereas Charter rights give standing in and of themselves, Charter principles do not. Of course, once standing has been granted, the judicial review that follows can take into account objective law as well as rights. But this does not alter the fact that principles differ from rights in nature»⁴⁴, concludendo che essenziale al fine di determinare l’attuazione pratica di tale distinzione sarà principalmente l’interpretazione che la Corte di giustizia vorrà fornire⁴⁵.

Carta può produrre: simili diciture ed espressioni possono essere infatti impiegate per indicare un diritto come avviene con riferimento all’art. 28, considerato dalla maggior parte degli studiosi come “diritto” e non come “principio”, nonostante il riferimento alle “legislazioni e prassi nazionali” possa far ritenere il contrario, se ci si limita ad una interpretazione strettamente letterale. Come ribadito anche da Krommendijk, «the language used in the Charter is not always indicative. Only three provisions actually include the word “principle” but it is evident that the Charter contains more principles. The other way around, the title of Article 49, for example, refers to “principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties” even though these are not principles in the sense of Article 52, para. 5 Charter», J. KROMMENDIJK, *Principled silence or mere silence on principles*, cit., p. 330.

⁴¹ Intesa dall’autore come «the entirety of legal norms that do not confer individual entitlements», p. 1216.

⁴² T. LOCK, *Rights and principles in the EU Charter of fundamental rights*, cit., p. 1201.

⁴³ *Ibidem*, p. 1217.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1225.

⁴⁵ Una valutazione, questa, che è stata ampiamente accolta e ribadita da diversi autori, tra i quali si cita Luisa Lourenço: «the wording chosen and the failure to make the distinction clear with regard to which specific provisions embody rights and which ones embody principles creates more confusion, and opens leeway for the Court to deal with the issue on a case by case basis», senza mancare di sottolineare quanto ciò rischi di risultare problematico nel momento in cui i giudici di Lussemburgo decidano di non

Anche Dora Guodmundsdottir⁴⁶, sempre nel 2015, rimarca quanto nell'art. 52, par. 5 e nella soluzione di compromesso che esso rappresenta sia ravvisabile il problematico riproporsi di quella profonda dicotomia tra diritti sociali ed economici da un lato e diritti civili e politici dall'altro che aveva caratterizzato il dibattito in sede di redazione ed approvazione della Carta⁴⁷. L'autrice poi propone – con un approccio di taglio metodologico – di non focalizzare l'attenzione sulla determinazione di una definizione astratta di “principi” e “diritti” al fine di stabilire una chiara distinzione tra di essi; Guodmundsdottir fa piuttosto riferimento alla rilevanza dell'intervento concreto e caso per caso dei giudici di Lussemburgo, che dovrà ricorrere, in questo complesso esercizio interpretativo, a soluzioni differenziate quanto all'intensità del *self-restraint*, coerentemente con il principio della giurisdizione limitata e condivisa di Eeckhout⁴⁸ o sull'esempio della valutazione del “margine di apprezzamento” di cui alla giurisprudenza della Corte EDU. In altre parole la distinzione “principi-diritti”, al fine di essere realmente costruttiva, deve concretizzarsi non tanto in riflessioni astratte e meramente volte alla identificazione di una definizione chiara dei due termini, quanto più in una giurisprudenza della Corte di giustizia capace di valutare, secondo diversi gradi di intensità

specificare una chiara differenziazione e classificazione, L. LOURENÇO, *Rights and principles in the Charter and the general principles of EU law: “we’re one, but we’re not the same?”*, in *e-Publica. Revista Eletrónica de Direito Público*, 2, 2018, p. 86. Similmente Krommendijk, che ha affermato come «because member states could not arrive at a list that categorised each and every provision, the decision was made to leave it to the Court of Justice to clarify the nature of the Charter’s provisions on a case-by-case basis», J. KROMMENDIJK, *Principled silence or mere silence on principles*, cit., p. 322.

⁴⁶ D. GUDMUNDSDOTTIR, *A renewed emphasis on the charter’s distinction between rights and principles: is a doctrine of judicial restraint more appropriate?*, in *Common Market Law Review*, 52, 2015, pp. 685-720.

⁴⁷ L'autrice afferma che tale netta distinzione in termini di tutela ed efficacia dovrebbe essere maggiormente sfumata, se non superata, poiché la determinazione del profilo di libertà “negativa” e “positiva” – e dunque di necessità dell'intervento o meno delle autorità per la realizzazione del diritto – non è così netta e chiara: tutti i diritti «encompass both negativa and positive elements», p. 688.

⁴⁸ Sul *principle of limited and shared jurisdiction* si rimanda a P. EECKHOUT, *Human Rights and the autonomy of EU law: pluralism or integration*, in *Current Legal Problems*, 66, 2013, pp. 169-202.

e livelli di vaglio, la discrezionalità attribuita alle autorità nazionali dai diritti o principi indicati nella Carta, stabilendo così un diverso grado di “giustiziabilità” delle prerogative in gioco.

3. Un po' di ordine nel caos: la giurisprudenza.

Stante la rilevata vaghezza delle disposizioni della Carta che contengono la distinzione fra “diritti” e “principi” (e delle relative Spiegazioni) e la conseguente incertezza definitoria ravvisabile in dottrina, può essere utile rivolgere lo sguardo verso la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia – da sempre angolo di osservazione privilegiato per valutare l'efficacia concreta del diritto dell'Unione europea, anche nelle sue interazioni con gli ordinamenti giuridici degli Stati membri – al fine di verificare se da essa emergano elementi che possano servire per fare un po' di chiarezza su questo spinoso problema.

In effetti, dall'analisi di quelle che sono state, sinora, le pronunce maggiormente significative per il tema che qui ci riguarda, sembrano potersi ravvisare – quanto meno – tre diversi scenari nella giurisprudenza che offrono interessanti chiavi di lettura – attraverso l'esame di quel che la Corte ci dice, ma, talvolta, anche di quello che essa *non* dice – finalizzate a elaborare un tentativo di “sistemazione” della materia e di identificazione dei criteri su cui fa leva il Giudice dell'Unione. Invero, occorre anticipare già ora che l'affresco finale che affiora non risulta del tutto compiuto: come si avrà modo di sottolineare più avanti, infatti, il ragionamento della Corte non sempre dimostra una coerenza perfetta, ma anzi talvolta lascia trapelare ombre e solleva interrogativi di un certo spessore. Tuttavia, l'identificazione di tali scenari offre comunque spunti di un qualche rilievo, che aprono anche a considerazioni ulteriori che sono connesse agli effetti che dall'eventuale qualificazione di una prerogativa della Carta come “diritto” o come “principio” possono concretamente discendere.

Innanzitutto, oltre a darci, almeno in alcuni casi, degli elementi cui ancorare una qualche distinzione fra le diverse prerogative che garantisce la Carta (pur, in sé, problematici quanto alle loro reali implicazioni nei casi concreti), le pronunce dei giudici di Lussemburgo rivelano un ben

diverso atteggiamento della Corte nei confronti delle scelte “legislative” – nazionali ed europee – che si collocano nell’ambito di applicazione della Carta, cui corrisponde, ovviamente, una diversa soluzione delle questioni pregiudiziali sottoposte al suo esame. Esse, infatti, si caratterizzano al riguardo per un massimo di interventismo (negli scenari 1 e 2) o per un massimo di *self restraint* della Corte (nello scenario 3): è questa una diretta conseguenza della natura di “diritto” oppure di “principio” della norma della Carta che è in questione nel caso concreto, secondo quanto propone la dottrina ricordata⁴⁹, anche quando la Corte non si pronuncia espressamente sul punto? È sintomo della presenza di un “principio” il fatto che la Corte adotti un approccio più cauto?

In secondo luogo, l’esame di tali scenari consente di comprendere meglio che cosa distingua la categoria dei “principi” di cui agli artt. 51 e 52 della Carta dai principi di cui siamo avvezzi a parlare anche nell’ambito del diritto dell’Unione europea e quale sia la loro reale efficacia. In che senso i “principi” della Carta sono “molto meno” di quei principi generali, o principi fondamentali, che sono gli elementi costitutivi della stessa identità del sistema dell’Unione europea? Si tratta effettivamente di categorie distinte o sono meri sottoinsiemi comunque riconducibili a una specie unitaria perché dotati di alcune caratteristiche che sono comuni?

In terzo luogo, e infine, l’analisi che segue fornisce spunti interessanti che persino travalicano i limiti della mera distinzione fra “diritti” e “principi”, per addentrarsi – attraverso la filigrana da essi fornita – nella lettura di un tema più ampio, ma al contempo cruciale per la tutela dei diritti nell’Unione europea. È ben noto, infatti, come già a seguito della sua proclamazione, ma soprattutto, dopo l’entrata in vigore, i richiami alla Carta si siano moltiplicati nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁰; meno chiaro è, però, il reale contributo che la Carta ha portato alla tutela dei diritti rispetto ai risultati già raggiunti in via pretoria dalla Corte medesima. Quale è stato il ruolo concreto della Carta? La sua promulgazione ha effettivamente comportato un salto di qualità nell’evoluzione del

⁴⁹ D. GUDMUNSDOTTIR, *A renewed emphasis on the charter’s distinction between rights and principles*, cit.

⁵⁰ G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal*, 2, 2013, p. 168 ss.

sistema di tutela o è riuscita ad aggiungere ben poco a quanto era già stato precedentemente acquisito? E la distinzione fra “diritti” e “principi” ha avuto un peso anche sotto questo profilo?

Qui di seguito verranno presentati i tre scenari cui si è appena accennato più sopra, cercando di mettere in luce, in ciascuno di essi, alcuni elementi che possano essere utili per rispondere agli interrogativi che sono stati appena proposti.

3.1. *Primo scenario. Il divieto di discriminazione (art. 21) e il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo (art. 47): da “principi generali del diritto dell’Unione europea” a “diritti” della Carta, ma la loro efficacia non cambia.*

Il primo scenario risulta tracciato dalla giurisprudenza della Corte che si occupa degli artt. 21 e 47 della Carta. Essi, infatti, pur contenendo prerogative strutturalmente abbastanza diverse, rivelano numerosi aspetti comuni, che la Corte evidenzia adottando nei loro confronti il medesimo approccio e utilizzando argomenti simili – quando non formule interamente sovrapponibili – per definirne le caratteristiche e determinare gli effetti che derivano dalla loro applicazione concreta.

L’art. 21 sancisce, come ben noto, il principio di non discriminazione; ed è altrettanto noto come la storia di quest’ultimo affondi le sue radici in un passato lontano, che coincide con gli albori della stessa storia del processo di integrazione europea. Già sancito nell’art. 119 TCEE – sia pur limitatamente al principio di parità retributiva senza distinzioni di sesso⁵¹ – esso aveva visto ben presto riconosciuta la sua importanza anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, negli anni ’70, nella sopra ricordata sent. *Defrenne*, proprio al suo essere “principio”, e quindi espressivo dei valori fondamentali della Comunità⁵², aveva connesso una natura *imperativa*, e dunque inderogabile anche nei rapporti fra soggetti privati⁵³.

⁵¹ L’art. 7 TCEE prevedeva poi il divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

⁵² Sent. *Defrenne*, par. 29.

⁵³ Sent. *Defrenne*, parr. 38-39: «Neppure può essere accolta l’obiezione tratta dal fatto che l’applicazione, da parte dei giudici nazionali, del principio della parità di retribuzione, avrebbe la conseguenza di modificare quanto le parti hanno convenuto con atti

Il principio di non discriminazione in ragione dell'età è stato poi qualificato come "principio generale del diritto dell'Unione europea" – in quanto applicazione specifica del principio generale di parità di trattamento – nelle celebri sentt. *Mangold*⁵⁴, *Kücükdeveci*⁵⁵ e *Dansk Industri*⁵⁶ che gli hanno riconosciuto – nella concretizzazione che di esso hanno fornito le direttive antidiscriminatorie – effetto diretto anche nei rapporti orizzontali, con conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicare il diritto interno con esso in contrasto⁵⁷. Il cerchio si è poi chiuso –

rientranti nell'autonomia privata o professionale, quali i contratti individuali e i contratti collettivi di lavoro. Dato che l'art. 119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli».

⁵⁴ Corte giust., Grande sezione, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, par. 75. Numerose sono, invero, le critiche che questa decisione ha sollevato in dottrina – ma anche fra gli A.G. – sia per il fatto di non aver speso parola per giustificare, in sé, l'effetto diretto orizzontale di un principio generale dell'ordinamento comunitario – né per specificare a quali condizioni un tale effetto possa accordarsi – sia per il fatto di averne spese ben poche per spiegare perché proprio il divieto di discriminazione in ragione dell'età abbia potuto assurgere a siffatto principio. Si veda in particolare K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 47, 2010, p. 1645; F. FONTANELLI, *General Principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the Aftermath of Mangold and Küçükdeveci*, in *European Public Law*, 2, 2011, p. 228.

⁵⁵ Corte giust., Grande sezione, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, par. 50.

⁵⁶ Corte di giustizia (Grande sezione), 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri (DI) v. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, par. 22.

⁵⁷ Sent. *Mangold*, par. 77; sent. *Kücükdeveci*, par. 53; sent. *DI*, par. 22. È interessante sottolineare che, mentre nella sent. *Mangold*, adottata dopo la proclamazione della Carta, ma ben prima della sua promulgazione, quest'ultima non viene neppure citata, nella sent. *Kücükdeveci*, successiva all'entrata in vigore della Carta, ma relativa a una questione pregiudiziale sorta in precedenza, l'art. 21 viene citato (par. 21), senza peraltro assumere peso nelle argomentazioni della Corte. Nella sent. *DI*, infine, la Corte afferma: «si deve, anzitutto, ricordare che il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, che la direttiva 2000/78 esprime concretamente, trova la sua fonte, come risulta dai considerando 1 e 4 di detta direttiva, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Dalla giurisprudenza della Corte

per ora – con la qualificazione di “principio generale dell’Unione europea” anche del divieto di discriminazioni fondate sulla religione in tre note pronunce – la sent. *Egenberger* dell’aprile 2018⁵⁸ e le di poco successive sentt. *IR*⁵⁹ e *Cresco*⁶⁰ –, che hanno attribuito effetto diretto anche nei rapporti privati all’art. 21 della Carta che tale principio recepisce e, quindi, hanno individuato un obbligo in capo al giudice di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria, qualora non gli sia possibile attribuire a quest’ultima un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea⁶¹.

Proprio su queste ultime decisioni occorre soffermarsi ai fini che qui ci interessano. In esse è espressamente affermato che l’art. 21 recepisce un *principio* generale del diritto dell’Unione europea: da ciò si deve dedurre che tale norma della Carta sancisce un “principio” anche ai sensi degli artt. 51, par. 1 e 52, par. 5 della Carta medesima? È sufficiente la lettura

risulta altresì che tale principio, ora sancito all’articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, deve essere considerato un principio generale del diritto dell’Unione», par. 22.

⁵⁸ Corte giust., Grande sezione, 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*.

⁵⁹ Corte giust., Grande sezione, 11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR v. JQ*.

⁶⁰ Corte giust., Grande sezione, 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v. Markus Achatzi*.

⁶¹ Per essere più precisi, la conseguenza dell’effetto diretto dell’art. 21 nella sent. *Cresco* è parzialmente diversa. In quel caso era, infatti, in questione una legge austriaca in materia di periodi di riposo che, accanto ad alcuni giorni festivi previsti in via generale (riconducibili a festività cattoliche o nazionali), disponeva che «per gli appartenenti alle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista anche il Venerdì santo è un giorno festivo», con la conseguenza che agli appartenenti a una di tali Chiese, qualora ugualmente impiegati quel giorno, spettava il pagamento di una retribuzione supplementare. La Corte di giustizia, ravvisando una discriminazione religiosa a danno dei non appartenenti a tali Chiese, chiede al giudice nazionale di «applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell’altra categoria» (par. 80). La conseguenza concreta è, dunque, non una disapplicazione, un’*applicazione* della disposizione nazionale, estesa però a tutti, anziché solo ad alcuni. Sulle conseguenze di fatto “additive” della sent. *Cresco* sia consentito rinviare a M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle: l’effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni cost.*, 2, 2019, p. 459 ss.

di un breve passaggio delle sentenze in questione per ottenere una chiara risposta a tale domanda. In esse, infatti, la Corte afferma: «il 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»⁶². È evidente che, secondo la Corte, il *principio* di non discriminazione garantisce a tutti gli effetti un *diritto* (a non essere discriminati), tanto che ad esso il giudice deve assicurare una piena efficacia, anche – eventualmente – attraverso la disapplicazione della norma nazionale lesiva⁶³. Il medesimo passaggio delle decisioni citate è anche assai utile per identificare le caratteristiche che, per la Corte, una prerogativa garantita dalla Carta deve possedere per potersi qualificare “diritto”: essa deve essere sancita da una norma *imperativa*⁶⁴ e *incondizionata*, così da poter essere invocata *in quanto tale*.

Se si passa, ora, ad analizzare l'art. 47 della Carta, che garantisce il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo, e a cui la medesima sent.

⁶² Sent. *Egenberger*, par. 76; sent. *IR*, par. 69; sent. *Cresco*, par. 76. Quest'ultima specifica ulteriormente che «nel determinare la portata di qualsiasi deroga ad un *diritto fondamentale, come quello alla parità di trattamento*, occorre rispettare il principio di proporzionalità che richiede che le limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze del fine così perseguito», par. 65, corsivi delle AA.

⁶³ Sent. *Egenberger*, par. 82; sent. *IR*, par. 68; sent. *Cresco*, par. 78: «un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati, è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza [dell'art. 21] della Carta e a garantirne *la piena efficacia* (...), disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria», corsivo delle AA.

⁶⁴ La Corte specifica ulteriormente nella sent. *Egenberger*, par. 77 che «riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati».

Egenberger riconosce effetto diretto, si può vedere che anche per esso vale, in sostanza, lo stesso discorso. Certamente il diritto alla tutela giurisdizionale è intrinsecamente diverso rispetto al “diritto” garantito dall’art. 21: il diritto a un giudice può essere rivendicato, a ben vedere, soltanto contro lo Stato, e dunque è un diritto “verticale” per sua stessa natura. Ciò non toglie, però, che esso abbia comunque significativi effetti anche orizzontali, sebbene – tecnicamente – soltanto indiretti, qualora il rimedio giurisdizionale venga assicurato nell’ambito di un rapporto che coinvolge solo soggetti privati. In ogni caso, non ci son dubbi che anche questo sia, secondo la Corte, un *diritto* a tutti gli effetti ai sensi degli artt. 51 e 52 della Carta. E lo è per le medesime ragioni per cui è diritto il principio di non discriminazione garantito dall’art. 21. Anche l’art. 47, infatti, «è *sufficiente di per sé* e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un *diritto invocabile in quanto tale*»⁶⁵: la norma, cioè, è *incondizionata* e quanto garantisce è invocabile *in quanto tale*. Inoltre, anche l’art. 47 è la mera trascrizione di un “principio generale dell’ordinamento dell’Unione europea”: come ha affermato più volte la Corte, «il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell’Unione, cui fa riferimento l’articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce (...) un principio generale di diritto dell’Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all’articolo 47 della Carta»⁶⁶.

⁶⁵ Sent. *Egenberger*, par. 78. Analogamente anche la recente sentenza Corte giust., Grande sezione, 15 aprile 2021, causa C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen contro Braathens Regional Aviation AB*, par. 57: «gli articoli 7 e 15 della direttiva 2000/43 mirano a garantire una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace del diritto alla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, derivante da tale direttiva. Ne consegue che tali articoli si limitano a concretizzare il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo, quale garantito dall’articolo 47 della Carta, che è *sufficiente di per sé* e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un *diritto invocabile in quanto tale*», corsivi delle AA.

⁶⁶ Cfr. da ultimo Corte giust., Grande sezione, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*, par. 35

Gli artt. 21 e 47, dunque, garantiscono entrambi un “diritto”, senza che per la Corte rilevi più di tanto l’autoqualificazione della prerogativa in questione⁶⁷, e richiedono pertanto una piena tutela, con i soli limiti ammessi dall’art. 52, par. 1 della Carta⁶⁸. Essi costituiscono quindi un ambito in cui l’interventismo della Corte di giustizia nei confronti delle scelte del legislatore statale è massimo, visto che essa si spinge persino a chiedere la disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della normativa interna in contrasto con la Carta dei diritti dell’Unione europea.

C’è però qualcosa che nel ragionamento della Corte non riesce del tutto a convincere e che risulta particolarmente evidente se si esaminano i casi che stanno alla base della sent. *Egenberger* e della sent. *IR*. Nel caso *Egenberger*, la Evangelisches Werk, nel pubblicare un’offerta di lavoro, aveva posto, come requisito per l’assunzione, l’appartenenza del candidato a una Chiesa evangelica; Vera Egenberger, che pure era dotata di un curriculum di tutto rispetto, non risultava adempiente quanto a tale requisito religioso e, pertanto, non era neppure stata convocata al colloquio. Nel caso *IR* – speculare al caso *Egenberger* – J.Q., primario cattolico in un ospedale cattolico, era stato licenziato, dopo il suo divorzio e il suo nuovo matrimonio, celebrato con rito soltanto civile. Entrambi i ricorrenti lamentavano ovviamente di essere stati discriminati per motivi di religione: nel primo caso, la ricorrente denunciava di non essere stata assunta (o, quanto meno, di non essere nemmeno stata ammessa alle selezioni) perché non credente; nel secondo caso, J.Q. – cattolico come l’ente presso cui svolgeva la sua professione – denunciava di essere stato licenziato per non aver tenuto un comportamento conforme ai dogmi della religione cattolica. D’altro canto, è evidente che, in casi del genere, sono

⁶⁷ Anche se l’art. 21 è semplicemente titolato “Non discriminazione”, esso è evidentemente il portato del “principio” di non discriminazione (o di parità di trattamento).

⁶⁸ Con specifico riferimento all’art. 47, la Corte ad esempio afferma che il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo può essere limitato «solo a condizione che, in primo luogo, tali limitazioni siano previste dalla legge, in secondo luogo, rispettino il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà in questione e, in terzo luogo, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Cfr. da ultimo Corte giust., Sez. III, 29 aprile 2021, causa C-504/19, *Banco de Portugal, Fundo de Resolução, Novo Banco SA, Sucursal en España v. VR*, par. 56.

due i diritti che vengono in rilievo: il diritto del singolo a non essere discriminato per ragioni religiose e il diritto dell'organizzazione di tendenza di affermare la propria identità, anche attraverso una scelta religiosamente orientata di chi deve svolgere mansioni lavorative presso di essa. Non è un caso che la stessa direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE affronti espressamente questo problema, disponendo all'art. 4, par. 1, che «gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a un[o] qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato» e prevedendo inoltre, all'art. 9, che gli Stati assicurino un controllo giurisdizionale effettivo per accertare eventuali violazioni del divieto di discriminazione. Ed è, in effetti, proprio in base all'art. 4 che la Corte di giustizia risponde alle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte tedesca.

Invero, il Giudice di Lussemburgo sostiene che la direttiva semplicemente «concretizza, (...) nell'ambito da essa coperto, il principio generale di non discriminazione sancito ormai all'articolo 21 della Carta»⁶⁹ e che, nello specifico, l'art. 4 mira soltanto a determinare un bilanciamento tra il diritto di autonomia delle chiese e il diritto dei lavoratori a non essere discriminati, garantendone il giusto equilibrio⁷⁰. Tuttavia, a ben vedere,

⁶⁹ Sent. *Egenberger*, par. 47.

⁷⁰ Sent. *Egenberger*, par. 50-51: «Sebbene la direttiva 2000/78 miri in tal modo a tutelare il diritto fondamentale dei lavoratori di non essere oggetto di una discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, tuttavia, con il suo articolo 4, paragrafo 2, la suddetta direttiva intende anche tenere conto del diritto all'autonomia delle chiese e delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, come sancito all'articolo 17 TFUE e all'articolo 10 della Carta, che corrisponde all'articolo 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 ha quindi lo scopo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto all'autonomia delle Chiese e delle altre organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali e, dall'altro, il diritto dei lavoratori di non essere oggetto, in particolare al momento della loro assun-

niente della necessità di un tale bilanciamento si evince direttamente dal testo dell'art. 21, che si limita ad affermare che «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...) sulla religione». Ed è la stessa Corte, alla fine, ad affermare che è la direttiva, con il suo art. 4, a stabilire «i criteri da prendere in considerazione nell'ambito del bilanciamento che occorre compiere per garantire un giusto equilibrio tra tali diritti eventualmente concorrenti»⁷¹ e a concludere che, pertanto, «allorché il giudice nazionale è chiamato a garantire il rispetto degli articoli 21 e 47 della Carta, procedendo a un eventuale bilanciamento dei diversi interessi in gioco, quali il rispetto dello status delle Chiese sancito all'articolo 17 TFUE, esso *deve* prendere in considerazione, in particolare, *l'equilibrio stabilito tra tali interessi dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2000/78, al fine di determinare gli obblighi risultanti dalla Carta*»⁷². È proprio vero, allora, che l'art. 21 «è sufficiente di per sé e *non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale* per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»⁷³?

In realtà parrebbe che, in un caso come questo, la precisazione della direttiva serva eccome per definire l'obbligo di non discriminare in capo al datore di lavoro di tendenza – e il conseguente diritto del lavoratore, o aspirante tale, a non essere discriminato –, qualificando come *non discriminatoria* l'imposizione di un requisito religioso qualora essenziale e

zione, di una discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, in situazioni in cui tali diritti possono essere concorrenti».

⁷¹ Sent. *Egenberger*, par. 52, corsivo delle AA.

⁷² Sent. *Egenberger*, par. 81. Analogamente nella sent. *IR*, par. 47, la Corte dice: «Contrariamente a quanto hanno sostenuto, segnatamente, l'IR e il governo tedesco, l'esame della liceità di un obbligo di atteggiamento di buona fede e lealtà richiesto da una chiesa o un'altra organizzazione, la cui etica sia fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, non può quindi effettuarsi unicamente rispetto al diritto nazionale ma *deve tenere conto delle disposizioni dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 nonché dei criteri ivi enunciati*, il cui rispetto non può essere sottratto a un controllo giurisdizionale effettivo», corsivo delle AA.

⁷³ Sent. *Egenberger*, par. 78. In questo passaggio la Corte sta in realtà parlando dell'art. 47, che però è espressamente descritto in tal modo attraverso un rinvio alle caratteristiche dell'art. 21. Essa infatti afferma: «*al pari dell'articolo 21 della Carta, l'art. 47...*», corsivo delle AA.

determinante, per il tipo di mansione svolta, per esprimere l'identità religiosa dell'ente: la direttiva, allora, forse non ha «il solo obiettivo di stabilire, in queste stesse materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali la religione o le convinzioni personali»⁷⁴, ma anche quello di specificare lo stesso significato del principio di non discriminazione, segnando il perimetro – alla luce del suo rapporto con altri diritti – entro il quale esso agisce. Del resto non c'è nulla di strano: tutte le norme “costituzionali” che garantiscono diritti sono certamente imperative, ma, di regola, al contempo abbastanza generiche, cosicché è necessario altro per definirne i contorni.

Ma allora, se non è del tutto vero che è una reale *autosufficienza* quella che connota alcune norme della Carta – che di regola hanno invece bisogno di altri atti per specificare le condizioni cui garantire un diritto –, cosa realmente distingue “diritti” e “principi” *ex artt.* 51 e 52? Il carattere imperativo delle norme che garantiscono i primi, che invece mancherebbe a quelle che sanciscono i secondi? Ma è in via di principio concepibile una norma di una Carta dei diritti giuridicamente vincolante che non sia imperativa, ma attribuisca una mera *facoltà* di tutela, così implicitamente ammettendo di poter essere disattesa? In pratica: è questa la distinzione che corre fra il dovere di rispettare i diritti e di osservare i principi?

Resta, infine, un'ultima considerazione da fare: in relazione ai diritti che compongono questo primo scenario, quale è stato il ruolo della Carta nel contribuire a rafforzare la tutela dei singoli? In effetti – sembrerebbe di poter dire – nessuno: la Carta non ha aggiunto novità (o una maggiore intensità) alla protezione che era stata acquisita già prima della sua entrata in vigore grazie all'utilizzo dei principi generali del diritto dell'Unione europea. Un forte segnale a sostegno di questa conclusione è offerto dalla sent. *IR*: il caso giudiziario relativo al licenziamento del primario cattolico era sorto in Germania prima della promulgazione della Carta⁷⁵, sebbene la questione pregiudiziale sia stata sollevata dal *Bundesarbeitsgericht* dinanzi alla Corte di giustizia nel 2016. La circostanza che la Carta non fosse ancora dotata di effetti giuridici al momento dei fatti non ha certo

⁷⁴ Sent. *Egenberger*, par. 75.

⁷⁵ Il licenziamento era, infatti, avvenuto il 30 marzo 2009, con effetto dal 30 settembre 2009.

impedito alla Corte di articolare il suo ragionamento attorno all'art. 21 della Carta medesima. E, tuttavia, essa alla fine ha concluso: «prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, [il] principio [di non discriminazione] 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* (...), 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», cosicché «alla luce delle precedenti considerazioni, occorre rispondere alla prima parte della seconda questione dichiarando che un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, *la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione* sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'articolo 21 della Carta, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria»⁷⁶. La Corte cita la Carta; ma fa chiaramente derivare la tutela del singolo dal principio generale di non discriminazione. Del resto, se la Carta è la mera trascrizione di questo, cosa di nuovo essa può aggiungere?

3.2. Secondo scenario. Il diritto alle ferie (art. 31): un "principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione" che diventa "diritto" direttamente invocabile anche fra soggetti privati grazie alla Carta.

Contribuisce a delineare il secondo scenario la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 31, par. 2 della Carta (Condizioni di lavoro giuste ed eque), con particolare riferimento al diritto alle ferie annuali retribuite. Tale articolo è, come ben noto, collocato nel Titolo IV, dedicato alla Solidarietà, che contiene la maggior parte dei diritti sociali

⁷⁶ Sent. IR, par. 69 e par. 71, corsivi delle AA.

di cui si è già sottolineata la problematicità all'inizio di questo lavoro. Anche la ricca giurisprudenza della Corte sul diritto alle ferie – come quella relativa al principio di non discriminazione e al diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo – precede la stesura della Carta, esistendo direttive specifiche in materia già a partire dagli anni '90 del secolo scorso⁷⁷. E tuttavia, essa si connota per un'evoluzione e per tratti diversi, che hanno visto la Corte inizialmente meno propensa ad attribuire a un tale diritto un pieno rilievo.

Infatti, sebbene l'A.G. Tizzano – alla luce del riconoscimento operato da parte della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Carta sociale europea, del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori – avesse qualificato, già nelle sue celebri Conclusioni sul caso *BECTU*⁷⁸ del 2001, il diritto alle ferie come un «*diritto sociale fondamentale*», traendo ulteriore conferma di tale natura dal suo recepimento nella Carta dei diritti che era stata solennemente proclamata da poco, la Corte di giustizia nulla di tutto ciò aveva ripreso nella relativa sentenza, limitandosi a parlare – attraverso l'interpretazione della direttiva in materia – del diritto alle ferie come di «un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario»⁷⁹, secondo una formula poi sempre reiterata⁸⁰ sino alla svolta del 2018, ma senza trarne particolari conseguenze

⁷⁷ Si pensi ad esempio alla direttiva 93/104/CE, poi sostituita dalla direttiva 2003/88/CE.

⁷⁸ Conclusioni A.G. Tizzano, 8 febbraio 2001, causa C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) v. Secretary of State for Trade and Industry*, par. 23 ss.

⁷⁹ Corte giust., Sez. VI, 26 giugno 2001, causa C-173/99, *The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte: Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, par. 43.

⁸⁰ Cfr. ad esempio Corte giust., Grande sezione, 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Gerhard Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund (C-350/06) e Stringer e a. v. Her Majesty's Revenue and Customs*, par. 22; Corte giust., Grande sezione, 22 novembre 2011, causa C-214/10, *KHS AG v. Winfried Schulte*, par. 23; Corte giust., Grande sezione, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Maribel Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre*, par. 16; Corte giust., Sez. I, 12 giugno 2014, causa C-118/13, *Gülray Bollacke v. K + K Klaas*

concrete. Del resto, esso non era espressione di un «principio generale del diritto dell'Unione europea», ma costituiva un «principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario», privo di ancoraggio specifico nei Trattati europei⁸¹; e sebbene il diritto alle ferie abbia in comune con il principio di non discriminazione il fatto di non essere stato istituito da una direttiva, ma di aver trovato la sua fonte in atti internazionali che lo hanno reso un «principio», la diversa aggettivazione che lo connota nelle parole della Corte – quale principio «particolarmente importante», e non «generale» – sembra proprio fornire conferma della sua diversa gradazione per forza e intensità.

Invece, il 6 novembre 2018, con le due pronunce «gemelle» *Bauer e Broßonn*⁸² e *Max-Planck*⁸³, la Corte ha per la prima volta espressamente qualificato quello alle ferie retribuite come un «diritto fondamentale» e l'art. 31 che lo garantisce come previsione dotata di effetto diretto anche

☞ *Kock B.V. ☞ Co. KG*, par. 15; Corte giust., Sez. V, 29 novembre 2017, causa C-214/16, *Conley King v. The Sash Window Workshop Ltd, Richard Dollar*, par. 32. Va peraltro sottolineato che nella sent. *KHS*, par. 37 e nella sent. *King*, par. 33 viene anche citata la Carta («Il diritto a un periodo annuale di ferie retribuite non solo riveste, quale principio di diritto sociale dell'Unione, una particolare importanza, come rilevato al precedente punto 23, ma è anche espressamente sancito all'art. 31, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cui l'art. 6, n. 1, TUE riconosce il medesimo valore giuridico dei trattati.») e che nella sent. *King*, par. 56, la Corte si avvale dell'art. 31, par. 2 della Carta, congiuntamente all'art. 7 della direttiva 2003/88, a fini interpretativi.

⁸¹ Invero, ad Amsterdam era stato inserito l'art. 117 CE (oggi art. 151 TFUE), secondo cui «La Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione». Tuttavia si trattava di un'elencazione di obiettivi sociali della Comunità, privi di quel carattere di cogenza e imperatività che caratterizzava invece il divieto di discriminazione.

⁸² Corte giust., Grande sezione, 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal v. Maria Elisabeth Bauer e Volker Willmeroth v. Martina Broßonn*.

⁸³ Corte giust., Grande sezione, 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV v. Tetsuji Shimizu*.

nei rapporti privati, con la conseguenza che il giudice è tenuto «ad assicurare, nell'ambito delle proprie competenze, la tutela giuridica derivante [dall'art. 31] e a garantire la piena efficacia del medesimo, disapplicando all'occorrenza [la] normativa nazionale» lesiva di tale disposizione⁸⁴. Anche qui, come nei casi inclusi nel primo scenario, la Corte dà prova di un grande interventismo nei confronti delle scelte legislative statali. Anzi, come è stato giustamente osservato, essa sembra persino spingersi più in là di quanto aveva fatto nelle pronunce relative agli artt. 21 e 47, «venendo [in questa ipotesi] in rilievo la ben più complessa operazione di riconoscere e attribuire una prestazione positiva»⁸⁵.

Le argomentazioni su cui la Corte fonda le sue conclusioni relative all'art. 31 ben si colgono attraverso questo passaggio: «Disponendo, in termini *imperativi*, che “[o]gni lavoratore” ha “diritto” a “ferie annuali retribuite”, (...) l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, riflette il *principio essenziale del diritto sociale dell'Unione* al quale non è possibile derogare se non nel rispetto delle rigorose condizioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in particolare, del contenuto essenziale del *diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite*. Il diritto a un periodo di ferie annuali

⁸⁴ Sent. *Bauer e Broßonn*, par. 91; sent. *Max-Planck*, par. 80.

⁸⁵ 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. Il caso della giurisprudenza “sulle ferie”*, in *federalismi.it*, 22 maggio 2019, p. 7. Al riguardo, è interessante sottolineare – a riprova della problematicità che siffatte prestazioni positive presentano alla luce delle molteplici soluzioni possibili per raggiungere l'obiettivo richiesto – che l'A.G. Pitruzzella ha proposto, in un caso successivo, di attribuire effetto diretto orizzontale anche all'art. 31, par. 2 là dove stabilisce che «Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro», facendovi discendere un obbligo per il datore di lavoro di adottare sistemi di misurazione dei tempi di lavoro: Conclusioni del 31 gennaio 2019, causa C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v. Deutsche Bank SAE*, par. 93-96. Nella relativa sentenza (Corte giust., Grande sezione, 14 maggio 2019), però, la Corte di giustizia, oltre a riconoscere che la direttiva e l'art. 31, par. 2 ostano a una disciplina come quella spagnola in questione, si limita a constatare che «al fine di assicurare l'effetto utile dei diritti previsti dalla direttiva 2003/88 e del diritto fondamentale sancito dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore», par. 60.

retribuite, sancito per ogni lavoratore dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, riveste quindi, quanto alla sua stessa esistenza, *carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato*; quest'ultima *non richiede* infatti una *concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale*, le quali sono solo chiamate a precisare la durata esatta delle ferie annuali retribuite e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto. Ne consegue che la suddetta disposizione è *di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale* in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione e, di conseguenza, rientrante nell'ambito di applicazione della Carta»⁸⁶. Come si vede, secondo la Corte, quello contenuto nell'art. 31, par. 2 è un "diritto" per le stesse ragioni per cui lo sono quelli garantiti dagli artt. 21 e 47 di cui al primo scenario: perché esso è sancito da una norma *imperativa e incondizionata*, che per questo è in grado *di per sé* di radicare un diritto *invocabile in quanto tale*.

E però, anche in questo caso, sembrano reiterabili le considerazioni già proposte nel primo scenario: nell'imporre che a ogni lavoratore deve essere riconosciuto il diritto a ferie annuali retribuite, l'art. 31 ha certamente un contenuto *imperativo*. Ma è evidente che le *condizioni* a cui tale diritto va garantito devono necessariamente essere determinate da una fonte di tipo diverso⁸⁷ che, nella fattispecie, è, ancora una volta, una direttiva, a sua volta completata dal diritto statale⁸⁸. La stessa Corte lo riconosce esplicitamente, visto che nel già citato paragrafo delle sentt. *Bauer e Broßson* e *Max-Planck* essa afferma che direttive e diritto statale sono chiamati a precisare «talune condizioni di esercizio di tale diritto»⁸⁹. In che senso, allora, l'art. 31 è una norma che, oltre ad essere imperativa,

⁸⁶ Sent. *Bauer e Broßson*, par. 84-85; sent. *Max-Planck*, par. 73-74, corsivo delle AA.

⁸⁷ In qualche modo è la stessa Corte, alla fine, ad ammetterlo, quando afferma che le disposizioni del diritto nazionale o dell'Unione europea «sono solo chiamate a precisare la durata esatta delle ferie annuali retribuite e, eventualmente, talune *condizioni di esercizio* di tale diritto». Cfr. Sent. *Bauer e Broßson*, par. 85; sent. *Max-Planck*, par. 74, corsivo delle AA.

⁸⁸ Lo stesso art. 7 della direttiva 2003/88 stabilisce, infatti, che «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, *secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali*».

⁸⁹ Cfr. nota 86.

non richiede concretizzazioni ulteriori? Qual è esattamente la differenza fra concretizzazione e precisazione delle condizioni di esercizio di un diritto?

D'altro canto, se sin qui le riflessioni suggerite dal primo e dal secondo scenario appaiono simili, quando non interamente sovrapponibili, c'è un punto su cui esse divergono: quello del ruolo giocato dalla Carta nell'incrementare l'intensità di tutela del diritto in questione. Se alla protezione del diritto a non essere discriminati e a ottenere un rimedio giurisdizionale effettivo si è già visto che la Carta ha aggiunto ben poco, sembra che sia stata proprio la Carta, invece, a rafforzare la garanzia del diritto alle ferie, dotandolo di efficacia diretta orizzontale, rendendolo cioè pienamente rivendicabile dalla parte debole del rapporto di lavoro anche nei confronti di soggetti privati.

Questa lettura trova un qualche sostegno se si considera il caso *Dominguez*, relativo a una presunta violazione del diritto alle ferie di una dipendente di un ente privato incorsa in un incidente durante il tragitto fra la propria abitazione e il lavoro. Come nel già citato caso *IR* sul principio di non discriminazione religiosa, in *Dominguez* la fattispecie concreta da cui il rinvio pregiudiziale prende le mosse è antecedente all'entrata in vigore della Carta, mentre la questione pregiudiziale viene sollevata successivamente, nel 2010. Nella relativa sentenza⁹⁰, però, la Corte – che decide di non seguire le articolate argomentazioni proposte dall'A.G. Trstenjak nelle sue Conclusioni⁹¹ – impernia il suo ragionamento esclusivamente sull'esame della direttiva in materia (su cui peraltro vertono interamente le questioni sollevate dalla Corte di cassazione francese) senza nemmeno citare la Carta; e conclude che, sebbene «il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite de[bba] essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva»⁹², quest'ultima, anche quando chiara, precisa e incondizionata, non può essere applicata

⁹⁰ Corte giust., Grande sezione, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Maribel Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*.

⁹¹ Conclusioni dell'avvocato Generale Verica Trstenjak, dell'8 settembre 2011, causa C-282/10, *Maribel Dominguez v. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*.

⁹² Sent. *Dominguez*, par. 16.

come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra soggetti privati⁹³. Un simile approccio sembra rivelare, da un lato, che quello alle ferie – pur nella sua qualificazione di “principio” (particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione) – era, in qualche modo, già un “diritto” prima della Carta, grazie alle caratteristiche della direttiva che lo prevedeva: non a caso, la Corte la qualifica come «chiara, precisa e incondizionata», con una formula che riecheggia i requisiti che nella sua ricostruzione stanno alla base di un vero e proprio “diritto”. Dall'altro, però, la sent. *Dominguez*, letta insieme alle successive sentt. *Bauer e Broßon*, rivela anche che, senza la Carta, la tutela di un tale diritto poteva considerarsi ancora incompleta, non essendo rivendicabile nei rapporti fra soggetti privati. Soltanto la Carta, infatti, ha potuto chiudere il cerchio, consentendo che il diritto alle ferie sia invocato anche nei confronti di datori di lavoro privati. Come è stato osservato, «it was (...) the constitutional status of this provision, and not its designation as a (...) “particularly important” principle of EU law, that led the Court to its answer»⁹⁴.

3.3. Terzo scenario. “Principi”, “diritti”, ma cosa cambia con la Carta in concreto? Il caso degli artt. 26 e 27.

Compone il terzo scenario una serie piuttosto eterogenea di casi che, pur diversi per quanto riguarda la norma della Carta che viene in questione e per la natura del rapporto che lega le parti nel giudizio statale⁹⁵,

⁹³ *Ibidem*, par. 42.

⁹⁴ E. FRANTZIOU, *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable: ECJ 6 November 2018, Joined Cases C-569/16 and C-570/16, Bauer et al.*, in *European constitutional law review*, 2, 2019, p. 312.

⁹⁵ Cfr. ad es. Corte giust., Sez. III, 6 settembre 2012, causa C-544/10, *Deutsches Weintor eG v. Land Rheinland-Pfalz*, in cui la Corte utilizza gli artt. 15 (libero esercizio della professione), 16 (libertà di impresa) e 35 della Carta (tutela della salute) per interpretare la direttiva, talvolta utilizzando l'espressione “diritti”, ma senza fornire alcuna qualificazione ulteriore; o Corte giust., Sez. III, 27 febbraio 2014, causa C-470/12, *Pohotovost' s. r. o. v. Miroslav Vašuta*, dove la Corte, a proposito dell'art. 38 (Protezione dei consumatori) della Carta, afferma: «A tale riguardo, l'articolo 38 della Carta prevede che nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori. Tale *imperativo* vale per l'applicazione della direttiva 93/13. Tuttavia, in assenza di una

norma di tale direttiva che preveda un diritto in capo alle associazioni per la tutela dei consumatori d'intervenire nelle controversie individuali in cui siano coinvolti consumatori, l'articolo 38 della Carta, *di per sé*, non può imporre un'interpretazione di detta direttiva nel senso che tale diritto è in essa riconosciuto», par. 52. Più esplicito ancora l'A.G Wahl nelle Conclusioni relative al medesimo caso del 12 dicembre 2013, in cui si legge: «Per quanto attiene anzitutto all'articolo 38 della Carta, che prevede che “[n]elle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”, ritengo che, pur non figurando tra gli esempi citati nelle spiegazioni relative alla Carta, detto articolo, che non si riferisce in alcun modo a una situazione giuridica soggettiva direttamente definita, *sancisca un principio e non un diritto* e possa quindi essere invocato, in conformità dell'articolo 52, paragrafo 5, della Carta, solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti legislativi dell'Unione, nel caso di specie, della direttiva 93/13», par. 66. In relazione all'art. 37 (tutela ambientale) della Carta, in Corte giust., Sez. III, 21 dicembre 2016, causa C-444/15, *Associazione Italia Nostra Onlus v. Comune di Venezia*, si legge: «Inoltre, per quanto riguarda la questione dell'eventuale invalidità dell'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 2001/42 alla luce dell'articolo 37 della Carta, va ricordato che, secondo quest'ultimo articolo, un “livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile”. A tal riguardo, occorre considerare che l'articolo 52, paragrafo 2, della Carta prevede che i diritti riconosciuti dalla stessa per i quali i Trattati prevedono disposizioni si esercitino alle condizioni e nei limiti da questi ultimi definiti. Ciò vale per l'articolo 37 della Carta. Infatti, come risulta dalle spiegazioni relative alla carta dei diritti fondamentali concernenti tale disposizione, i “principi contenuti [nell'articolo 37 della Carta] sono stati basati sugli articoli 2, 6 e 174 [CE], che sono stati ora sostituiti dall'articolo 3, paragrafo 3, [TUE] e dagli articoli 11 e 191 [TFUE]”. Di conseguenza, posto che, come constatato al punto 60 della presente sentenza, l'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 2001/42 non ha mostrato alcun elemento idoneo ad inficiarne la validità alla luce all'articolo 191 TFUE, tale disposizione non ha rivelato neppure elementi tali da inficiarne la validità alla luce dell'articolo 37 della Carta», parr. 61-63. O, infine, per citare solo pochi esempi, cfr. in relazione all'art. 34 (Sicurezza sociale e assistenza sociale), Corte giust., Grande sezione, 24 aprile 2012, causa 571/10, *Servet Kamberaj v. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano*: «Allorché stabiliscono le misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale definite dalla loro legislazione nazionale e soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito all'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109, gli Stati membri devono rispettare i diritti ed osservare i principi previsti dalla Carta, segnatamente quelli enunciati all'articolo 34 di quest'ultima. Ai sensi del paragrafo 3 di tale articolo 34, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione – e dunque gli Stati membri quando attuano il diritto di quest'ultima – “riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispon-

risultano tutti accomunati dal fornire, almeno in parte, la stessa risposta ad alcuni degli interrogativi che sono stati sollevati all'inizio di questa sezione, ma – al contempo – dal sollevarne altrettanti. In questa sede, però, si è scelto di soffermarsi in particolare su due di essi – entrambi molto noti – in quanto ritenuti emblematici delle specificità e della problematicità di questo terzo scenario: il caso *AMS*⁹⁶ e il caso *Glatzel*⁹⁷.

Nel primo è in questione la normativa francese che esclude alcune categorie di lavoratori (apprendisti, titolari di contratti di inserimento, accompagnamento al lavoro e qualificazione professionale, ecc.) dal computo degli occupati a cui le imprese devono fare riferimento per l'attivazione di diritti a vantaggio di questi, quale ad esempio il diritto all'informazione e alla consultazione sul luogo di lavoro: nella fattispecie concreta, il numero dei dipendenti della AMS – che ammonterebbe a oltre 100 unità – si ridurrebbe a otto, con la conseguenza di escludere, in capo all'impresa, qualsivoglia dovere di adottare misure di rappresentanza del personale, che graverebbero, secondo la direttiva 2002/14, solo sui datori di lavoro che contano almeno 50 dipendenti. La Corte di cassazione francese, di conseguenza, chiede alla Corte di giustizia di chiarire se il diritto fondamentale all'informazione e alla consultazione, come garantito dall'art. 27 della Carta e specificato dalla direttiva, possa essere invocato in una controversia fra soggetti privati per verificare la compatibilità della normativa interna con la direttiva e, in caso di risposta affermativa, se la

gano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali», par. 80; e Corte giust., Grande sezione, 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D., R.I.H.V., B.O., F.G., M.K.F.B., E.S., N.P., S.E.A., v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*: «Pertanto, (...) occorre constatare che l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98 dà espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'articolo 34, paragrafi 1 e 2, della Carta. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta, gli Stati membri devono agire nel rispetto di tale direttiva», parr. 46-47.

⁹⁶ Corte giust., Grande sezione, 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches du Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*.

⁹⁷ Corte giust., Sez. V), 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*.

disciplina nazionale possa essere disapplicata, qualora risulti in contrasto con quella europea. Sebbene le Conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón⁹⁸ contengano un'articolata disanima del significato e della portata dell'art. 27, che lo conducono a dedurre che tale norma contenga un "principio" ai sensi dell'art. 52 della Carta, tuttavia passibile di essere invocato in giudizio insieme all'atto che ne dia concretizzazione essenziale⁹⁹, la Corte – del tutto trascurando il problema della qualificazione dell'art. 27 ai sensi della distinzione fra "diritti" e "principi" di cui all'art. 52 – si limita ad affermare che, effettivamente, la direttiva non consente agli Stati di escludere talune categorie di lavoratori dal computo per l'attivazione dei diritti che essa garantisce. E lo fa in modo incondizionato e sufficientemente preciso, tale da soddisfare le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto¹⁰⁰. D'altro canto – la Corte prosegue – è giurisprudenza costante che le direttive, anche quando incondizionate e precise, non possono mai essere applicate in quanto tali in controversie che intercorrono fra soggetti privati¹⁰¹; ma poiché «risulta (...) chiaramente dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta che tale articolo, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»¹⁰² e, dunque, *non* può essere invocato *in quanto tale*, «a diverso risultato non porterebbe neppure una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva sopra citata»¹⁰³. Pertanto, la Corte conclude, «la parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione potrebbe far valere la giuri-

⁹⁸ Conclusioni A.G. Cruz Villalón, 18 luglio 2013, C-176/12, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches du Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*.

⁹⁹ Cfr. Conclusioni AMS, cit., par. 43-80. In particolare gli elementi da cui l'A.G. desume la caratteristica di "principio" della prerogativa di cui all'art. 27 sono sia di natura testuale (la vaghezza e l'indeterminatezza del testo, che lasciano al legislatore interamente il compito di delinearne i contorni) sia di natura sistematica (il fatto che la disposizione sia inclusa nel Titolo IV dedicato alla *Solidarietà*).

¹⁰⁰ Sent. AMS, par. 31-35.

¹⁰¹ *Ibidem*, par. 36.

¹⁰² *Ibidem*, par. 45.

¹⁰³ *Ibidem*, par. 48-49.

sprudenza risultante dalla sentenza del 19 novembre 1991, *Francovich e a.* (...), per ottenere, se del caso, il risarcimento del danno subito»¹⁰⁴, ma non la disapplicazione della normativa nazionale incompatibile con la direttiva.

Nel caso *Glatzel*, invece, rileva la diversa questione della compatibilità della direttiva 2006/126 con gli artt. 20, 21 e 26 della Carta, là dove essa dispone alcuni requisiti minimi di vista per la concessione e il rinnovo delle patenti di guida. Il ricorrente nella causa principale – affetto da ambliopia monolaterale e, dunque, da un'importante menomazione funzionale a un occhio – contesta il mancato rilascio di una nuova patente per la guida di veicoli pesanti. Senza poter qui entrare nel dettaglio della controversia, è però importante rilevare che, dopo avere escluso la violazione, da parte della direttiva, del divieto di discriminazione per ragioni di disabilità di cui agli artt. 20 e 21 della Carta, a proposito dell'art. 26 (Inserimento delle persone con disabilità), la Corte afferma: «Sebbene [tale disposizione] prescriva all'Unione di rispettare e riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento, il *principio* così consacrato non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l'articolo deve essere concretizzato da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Esso *non* può, quindi, conferire *di per sé* ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile»¹⁰⁵; cosicché la validità della direttiva non può essere inficiata neppure con riferimento all'art. 26 della Carta¹⁰⁶.

Come si vede, si tratta di casi fra loro molto diversi e non solo perché diversa è la norma della Carta che viene in esame (rispettivamente l'art. 27 in *AMS* e l'art. 26 in *Glatzel*): nel primo la controversia principale intercorre fra soggetti privati; nel secondo oppone un privato alla pubblica autorità a cui si contesta di non aver rilasciato una patente di guida. Inoltre, in *AMS* il giudice francese chiede alla Corte di giustizia un'*interpretazione* dell'art. 27 e della direttiva ad esso connessa al fine di verificare la compatibilità con essi della normativa francese e trarne le conseguenze

¹⁰⁴ *Ibidem*, par. 50.

¹⁰⁵ Sent. *Glatzel*, par. 78.

¹⁰⁶ *Ibidem*, par. 79.

dovute; in *Glatzel*, la Corte tedesca chiede al giudice di Lussemburgo di valutare la *validità* di una direttiva, per presunta violazione di alcune norme della Carta. È quindi naturale che anche la ricostruzione della Corte sia strutturalmente diversa, dovendo rispondere a quesiti diversi.

Tuttavia, molti sono anche gli aspetti comuni che emergono dalla lettura delle rispettive sentenze e che toccano praticamente tutti gli interrogativi che si sono proposti all'inizio; e molti sono anche i problemi che tali decisioni sollevano.

Innanzitutto, come già anticipato, quello che traspare è un forte *self-restraint* della Corte nei confronti delle scelte "legislative" adottate a livello di Unione come anche a livello statale per dare attuazione alle disposizioni della Carta in questione. Un tale atteggiamento è esplicito nella sent. *Glatzel*: poiché il principio di cui all'art. 26 «non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare»¹⁰⁷, il legislatore è sostanzialmente libero di scegliere come darvi attuazione. Molto meno chiaro è, invece, quel che intende la Corte nella sent. *AMS*, dove in effetti afferma che la direttiva *non* consente una legislazione come quella francese in oggetto, ma al contempo sembra svuotare di natura prescrittiva l'art. 27, escludendo che esso possa svolgere una funzione di "scudo" contro l'applicazione di norme statali incompatibili con quelle europee, anche quando – come essa espressamente ritiene che avvenga nel caso in esame – una siffatta normativa statale «è idonea a svuotare tali diritti della loro sostanza»¹⁰⁸. Quel che è certo, comunque, è che in entrambi i casi l'attivismo della Corte sulle scelte legislative si dimostra assai circoscritto.

Verrebbe da pensare che un tale approccio più cauto dipenda dalla valenza di "principi" e non di "diritti" delle prerogative sancite dalle norme in esame che, in entrambi, i casi la Corte qualifica come non «di per sé sufficient[i] per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»¹⁰⁹ – dato che necessitano di concretizzazione da parte di atti diversi che, secondo la Corte, godrebbero di un ampio margine di manovra¹¹⁰ – così

¹⁰⁷ *Ibidem*, par. 78.

¹⁰⁸ Sent. *AMS*, cit., par. 25.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 49; analogamente sent. *Glatzel*, par. 78.

¹¹⁰ Nella sent. *AMS*, par. 46, ad esempio, la Corte sottolinea che «il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di

fornendo un segnale della loro appartenenza alla categoria dei “principi”. Tuttavia, qualche dubbio rimane. A ben vedere, infatti, mai, nella sent. *AMS*, la Corte espressamente qualifica l’art. 27 come norma contenente un “principio”. Lo fa nella sent. *Glatzel*, con riferimento all’art. 26, seppur in modo un po’ peculiare, affermando che esso, prescrivendo il rispetto un diritto, consacra un principio¹¹¹, esattamente come – *a contrario* – aveva detto dell’art. 21 che contiene un principio che è di per sé sufficiente a conferire un diritto¹¹². La natura di “principio” della prerogativa sancita dall’art. 27 può essere dedotta – oltre che da quanto espresso dall’A.G. nelle sue Conclusioni – dalle caratteristiche che la Corte riconduce a tale disposizione, che sono le stesse usate per descrivere l’art. 26 che è esplicitamente riconosciuto come portatore di un “principio”. Ma la Corte tace completamente sul punto. Che essa, col suo silenzio – tanto più assordante se letto in rapporto alle Conclusioni dell’A.G. – abbia, invece, voluto dirci qualcosa di completamente diverso?

In ogni caso, quello che sembra proprio di poter dedurre dai due casi in esame è che qui l’impatto della Carta nel fornire tutela più piena ha rasentato sostanzialmente lo zero. In *AMS*, emerge chiaramente che la di-

escludere dal calcolo degli effettivi di un’impresa una determinata categoria di lavoratori rientranti inizialmente nella cerchia delle persone da prendere in considerazione ai fini di tale calcolo, *non può essere desunto*, quale norma giuridica direttamente applicabile, *né dal tenore letterale dell’articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo*»: con ciò essa sembra voler dire che un tale contenuto della direttiva non discende direttamente dall’art. 27 e, quindi, per questa ragione, la disposizione della Carta non può conferire alla direttiva un effetto più ampio di quello che tradizionalmente già essa possiede (rendendola, cioè, direttamente invocabile anche nei rapporti fra soggetti privati). In effetti, se si torna indietro alla giurisprudenza sull’art. 21 di cui si è parlato in relazione al primo scenario, non sembra che la differenza sia così sostanziale: *che cosa*, infatti, si può direttamente desumere dal testo dell’art. 21 e dalle relative Spiegazioni circa lo speciale regime di – parziale – esenzione dal rispetto del divieto di discriminazioni di cui godono le organizzazioni di tendenza nel rapporto di lavoro quando il requisito religioso costituisca un elemento essenziale di una certa mansione lavorativa che l’art. 4 della direttiva antidiscriminatoria (oggetto dei casi *Egenberger* e *IR* insieme all’art. 21 della Carta) così dettagliatamente prevede? Ma, probabilmente, questo è uno dei tanti quesiti che non è destinato a trovare risposta.

¹¹¹ Sent. *Glatzel*, par. 78.

¹¹² Sent. *Egenberger*, par. 76.

rettiva è *già di per sé* dotata di effetto diretto, ma – in quanto direttiva – solo verticale; e l’art. 27 non può aggiungere una possibilità di tutela effettiva del diritto all’informazione e consultazione sui luoghi di lavoro nei rapporti fra soggetti privati. In *Glatzel*, la Corte dice espressamente che l’art. 26 non è in grado di vincolare il legislatore a intraprendere scelte precise. È vero che essa afferma che, ai sensi dell’art. 52, par. 5, «è ben possibile invocare l’articolo 26 (...) dinanzi al giudice *a fini di interpretazione e controllo della legittimità* degli atti legislativi dell’Unione che danno attuazione al principio enunciato in detto articolo, quello dell’inserimento delle persone con disabilità»¹¹³. Ma se l’art. 26 non richiede «che il legislatore dell’Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare»¹¹⁴, che tipo di *controllo* è concretamente possibile?

3.4. Riepilogando. “Diritti” e “principi” nella giurisprudenza della Corte di giustizia: è davvero questa la “*summa divisio*”?

Volendo ora tirare brevemente le fila della giurisprudenza della Corte di giustizia appena analizzata, occorre ricordare che gli artt. 21, 47 e 31 vengono descritti come contenenti una prerogativa al contempo *imperativa* e *incondizionata*, e dunque invocabile in quanto tale, *non richiedendo di essere precisata mediante disposizioni* del diritto dell’Unione o del diritto nazionale (sentt. *Egenberger, IR, Cresco, Bauer e Broßon, Max Planck*); gli artt. 26 e 27, invece, come norme che, per produrre *pienamente* i propri effetti, devono essere *concretizzate da disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale*, così da non poter conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile (sentt. *AMS* e *Glatzel*). Da tali affermazioni della Corte parrebbe, a prima vista, agevole dedurre quale sia il criterio chiave per distinguere fra “diritti” e “principi” ai sensi degli artt. 51 e 52 della Carta e dunque quali siano, in concreto, le norme della Carta che garantiscono “diritti” e quali siano quelle che sanciscono “principi”. Ferma restando, infatti, la già sottolineata sostanziale irrilevanza – per la Corte – dell’autoqualificazione delle prerogative in questione, viene spontaneo pensare che tutte le previsioni della Carta che

¹¹³ Sent. *Glatzel*, par. 74.

¹¹⁴ *Ibidem*, par. 78.

rinviano ad altro (alla legislazione dell'Unione o alle legislazioni o prassi nazionali) per la precisazione del proprio contenuto, introducono "principi" (come peraltro la Corte espressamente classifica l'inserimento di persone con disabilità di cui all'art. 26); quelle che, viceversa, non prevedono un tale rinvio, consacrano "diritti". Con la conseguenza, peraltro, di fare del carattere incondizionato – o forse, ancor meglio, dell'autosufficienza – della norma che li prevede, il criterio di differenziazione essenziale, con l'imperatività, invece, relegata in una posizione assai secondaria, essendo insufficiente, di per sé, a fornire alla prerogativa sancita la statura di vero e proprio "diritto" o divenendo, addirittura, un mero corollario dell'autosufficienza, con il risultato pratico di far considerare *imperative* le sole norme incondizionate e semplicemente *facoltizzanti* tutte le altre¹¹⁵.

Tuttavia, anche a voler trascurare il fatto – specie alla luce dell'esito concreto dei casi presi in esame, in cui l'effetto degli artt. 26 e 27, più che "non pieno", è stato del tutto mancante¹¹⁶ – che si determina in tal modo una spaccatura interna alla Carta fra norme imperative e norme che, di fatto, non lo sono (e che sembra riecheggiare il dibattito sugli effetti delle norme "programmatiche", sorto agli albori dell'entrata in vigore della Costituzione italiana), è proprio vero che nell'incondizionatezza – da intendersi come assenza di rinvio espresso ad altre fonti – risiede, secondo la Corte, il criterio principe cui ricondurre la distinzione fra "principi" e "diritti"? In effetti, se si confronta questa giurisprudenza con quella relativa ad altre norme della Carta, è lecito sollevare più di un dubbio che questa sia, davvero, una lettura corretta.

Si prenda, ad esempio, l'art. 28 che dispone che «I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, *conformemente al diritto*

¹¹⁵Una tale lettura emerge, in particolare, dalle sentt. *AMS* e *Glatzel*, in cui non solo il rinvio alle condizioni determinate dalla legislazione nazionale o europea è considerato un sicuro indice dell'incapacità delle previsioni della Carta di produrre pienamente i propri effetti, ma anche del loro scarso valore precettivo, non essendo in grado di vincolare all'adozione di specifiche misure (cfr. in particolare sentt. *Glatzel*, cit., par. 78).

¹¹⁶La stessa Corte, in qualche modo, lo ammette, affermando, ad esempio, nella sentt. *AMS*, cit., par. 25 che la normativa francese è idonea a svuotare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori della sua stessa sostanza.

dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero». Anch'esso, come si vede, rinvia ad altro per la specificazione dei propri contorni. Eppure la Corte, nei celeberrimi casi *Viking*¹¹⁷ e *Laval*¹¹⁸, non ha esitazioni nel definire quello di negoziazione e azioni collettive un vero e proprio "diritto", salvo, subito dopo farlo soccombere nel bilanciamento con la libertà dei servizi: il rinvio alla legislazione e alle prassi è, infatti, piuttosto considerato come indicatore della possibilità di introdurre limiti al suo esercizio, non del venir meno del suo status di "diritto" a tutti gli effetti¹¹⁹. E questo, si noti, sebbene – a rigore – la Carta non fosse ancora in vigore al momento dell'emanazione delle sentenze in oggetto.

O si pensi, ancora, all'art. 16 della Carta, secondo cui «È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali»: non solo le Spiegazioni alla Carta paiono qualificarlo come un "diritto" – ammettendo espressamente che «Esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta»

¹¹⁷ Corte giust., Grande sezione, 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers Federation, Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*.

¹¹⁸ Corte giust., Grande sezione, 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*.

¹¹⁹ Cfr. sent. *Viking*, cit., par. 44: «Se dunque è vero che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.». Analogamente sent. *Laval*, cit., par. 91: «Benché, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali», corsivo delle AA.

che riguarda i “diritti” e non i “principi”¹²⁰ – ma la stessa Corte sembra non avere alcun dubbio che la libertà di impresa, con l’annessa libertà dei contratti, sia un “diritto” e non un “principio”. Nella sent. *Denise McDonagh*¹²¹, ad esempio, essa – investita del compito di valutare il rispetto da parte di un regolamento in materia di trasporto aereo con gli artt. 16 (libertà di impresa) e 17 (diritto di proprietà) della Carta – si limita ad affermare che essi «non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione alla loro funzione nella società (...). Inoltre, l’articolo 52, paragrafo 1, della Carta ammette la possibilità di apportare limitazioni all’esercizio dei *diritti* consacrati dalla stessa, nella misura in cui tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»¹²². Addirittura, nella famigerata sent. *Alemo-Herron*¹²³, relativa a un caso di trasferimento di impresa da una persona giuridica di diritto pubblico a un privato e al problema dell’opponibilità al cessionario dei contratti collettivi stipulati dal cedente, la Corte non solo utilizza l’art. 16 della Carta per interpretare la direttiva a favore del cessionario – sebbene, a ben vedere, quest’ultima fosse stata adottata allo scopo di rav-

¹²⁰ Art. 52, par. 1: «Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»; ai principi è, viceversa, dedicato il par. 5 dell’art. 52.

¹²¹ Corte giust., Sez. III, 31 gennaio 2013, Causa C-12/11, *Denise McDonagh v. Ryanair Ltd.*

¹²² Sent. *Denise McDonagh*, cit., par. 60-61, corsivo delle AA. Analogamente, in Corte di giustizia (Grande sezione), 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, par. 45 e 46, la Corte fa leva sulla funzione sociale della prerogativa in questione, che dunque non costituirebbe un diritto assoluto, ma può essere soggetto «ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell’interesse generale, limiti all’esercizio dell’attività economica».

¹²³ Corte giust., Sez. III, 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Mark Alemo-Herron et Al. v Parkwood Leisure Ltd.*

vicinare le legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei *diritti dei lavoratori* in caso di trasferimenti di imprese e le questioni pregiudiziali non facessero menzione dell'art. 16 – ma rinvia anche alle Spiegazioni per avvalorare la sua affermazione secondo cui nella libertà di impresa va ricompresa la libertà contrattuale¹²⁴ che, in quanto *diritto fondamentale* a sua volta, non può essere leso «nella sua stessa sostanza»¹²⁵. Il risultato pratico di questa decisione è che essa favorisce la protezione del datore di lavoro a danno dei lavoratori, quasi che fosse lui la parte debole del rapporto di lavoro: e questo sebbene l'art. 16 sia formulato in modo estremamente generico, rinvii anch'esso espressamente al

¹²⁴ Peraltro, abbastanza sorprendentemente la Corte usa le Spiegazioni per riconoscere la garanzia della libertà contrattuale che, a loro volta, rinviano alla giurisprudenza della Corte per giustificare siffatta affermazione, citando due decisioni (Corte giust., 16 gennaio 1979, causa 151/78, *Sukkerfabriken Nykobing Limiteret v. Ministro dell'agricoltura*, par. 19; e Corte giust., Sez. VI, 5 ottobre 1999, causa C-240/97, *Reyno di Spagna v. Commissione delle Comunità europee*, par. 99) che, oltre tutto, a parte della dottrina non paiono provare molto circa la natura fondamentale della libertà contrattuale. Cfr. ad es. C. HERRESTHAL, *Constitutionalisation of Freedom of Contract in European Union Law*, in K. ZIEGLER, P. HUBER (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2013, p. 101; J. PRASSL, *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, 4, 2013, p. 442.

¹²⁵ Sent. *Alemo-Herron*, cit., parr. 32, 35-36: «Tale diritto fondamentale [alla libertà di impresa] comporta, in particolare, la libertà contrattuale, come emerge dalle spiegazioni elaborate al fine di guidare l'interpretazione della Carta (...) e che, conformemente agli articoli 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e 52, paragrafo 7, della Carta, devono essere prese in considerazione per l'interpretazione di quest'ultima. (...) In una situazione siffatta, la libertà contrattuale del suddetto cessionario è talmente ridotta che una limitazione del genere può pregiudicare la sostanza stessa del suo diritto alla libertà d'impresa. Orbene, l'articolo 3 della direttiva 2001/23, in combinato disposto con l'articolo 8 della medesima direttiva, non può essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri ad adottare le misure che, pur essendo più favorevoli ai lavoratori, possono pregiudicare la sostanza stessa del diritto del cessionario alla libertà d'impresa». L'assonanza con la già citata sent. *Bauer* a proposito dell'art. 31 è qui molto forte: «l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta, riflette il principio essenziale del diritto sociale dell'Unione al quale non è possibile derogare se non nel rispetto delle rigorose condizioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in particolare, del contenuto essenziale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite», par. 84.

diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, la libertà dei contratti non sia espressamente enunciata e tanto meno la disposizione identifi- cifici i contorni – e i destinatari – di questa (fantomatica) libertà contrattuale. È vero che è stato affermato che la sent. *Alemo-Herron* «is so down right odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about»¹²⁶. Ma alla luce di questa giurisprudenza, che ben travalica i confini di quest'ulti- ma, controversa, sentenza, è davvero il rinvio alla legislazione e alla prassi che ha l'effetto di degradare un “diritto” a un mero “principio”, secondo la Corte? In effetti, forse non è casuale che, come già sottolineato, la Cor- te, nella sopra analizzata sent. *AMS*, mai qualifichi l'art. 27 – che, analo- gamente agli artt. 28 e 16, dispone che «Ai lavoratori o ai loro rappresen- tanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali» – come norma recante un “principio” e nemmeno citi l'art. 52, nonostante la lunga disquisizio- ne sul punto contenuta nelle Conclusioni dell'A.G.: che abbia deciso, vo- lontariamente e consapevolmente, di eludere del tutto il problema¹²⁷? Ma allora qual è – secondo la Corte – il criterio per distinguere fra le due ca- tegorie?

E soprattutto, tenendo presente tutta la giurisprudenza esaminata in questo paragrafo: è davvero la distinzione fra “diritti” e “principi” la *summa divisio* che conta per il Giudice dell'Unione europea? Invero, la Corte di giustizia sembra, in generale, ben più preoccupata di identificare gli effetti che le norme della Carta producono in termini di obbligo – o di assenza di obbligo – di disapplicazione, in capo ai giudici interni agli

¹²⁶ S. WEATHERILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'*, in *European Review of Contract Law*, 1, 2014, p. 167.

¹²⁷ Cfr. F. DORSEMONT, *The right to information and consultation in article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Less than a right and less than a principle, just an ordinary provision lacking direct effect?* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 2014, p. 718: «The refusal of the Court to refer to Article 52(5) of the Charter has been helpful to avoid a semantic discussion on the question whether the right to information and consultation could be qualified as a right or a principle».

Stati, della disciplina interna eventualmente in contrasto con la Carta di Nizza, che di occuparsi del problema delle differenze fra “principi” e “diritti”. In altre parole: quello che sembra contare davvero per il Giudice di Lussemburgo è la presenza – o l’assenza – nelle norme della Carta delle caratteristiche tipiche per il riconoscimento di effetto diretto, anche orizzontale. In tal modo, la Corte pare sostituire alla distinzione fra “diritti” e “principi” un’altra *summa divisio*: quella fra diritti dotati di effetto diretto – in quanto incondizionati e precisi e, conseguentemente, invocabili in quanto tali anche nei rapporti fra soggetti privati – e quelli che non lo sono, avendo bisogno di un completamento da parte di fonti diverse, che ne specificano esattamente contenuto e contorni¹²⁸. Due diverse categorie di “diritti”, dunque, senza che però, in sé, conti più di tanto il rinvio espresso alla legislazione e alla prassi effettuato dalla previsione della Carta che li prevede, ma, piuttosto, avendo esclusivo rilievo la loro autosufficienza in sé¹²⁹. Se, poi, i “diritti” che non sono autosufficienti – e quindi sono privi di effetto diretto – possano essere ricondotti ai “principi” ex artt. 51 e 52 la Corte non si premura di chiarirlo appieno. Così come non si premura di dire, alla fine – stante l’irrelevanza, in sé, del rinvio alla legislazione e alla prassi – esattamente quando, o in base a cosa, dei diritti

¹²⁸ S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, C.H. Beck, 2014, pp. 1510-1511, ritengono piuttosto irrilevante e quasi ridondante la distinzione fra “diritti” e “principi” se paragonata a quella fra presenza e assenza di effetto diretto. In tal senso anche E. FRANTZIOU, *The horizontal effect of Fundamental Rights in the European Union. A constitutional Analysis*, Oxford, 2019, p. 95 ss.

¹²⁹ S. PRECHAL, *Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, p. 421: «In *AMS* it was decided that Art. 27 CFR needed further elaboration first before being fully effective. For that reason, Art. 27 had no direct effect. Does this mean that all the provisions that refer to EU implementing measures and/or national legislation or practices are not sufficiently precise and unconditional to have direct effect and a fortiori to confer a right on individuals? In any case, from the judgment in *Viking* it would transpire that the right to take collective action is a fully-fledged right, despite the fact that Art. 28 CFR refers to “Union law and national laws and practices”. Moreover, there are provisions that do not refer to EU implementing measures and/or national legislation or practices but are, nevertheless, not self-sufficient».

sono in sé autosufficienti e completi e altri necessitano di integrazioni da parte di altri strumenti. Invero, nella sent. *AMS*, essa afferma che il divieto di escludere determinate categorie di lavoratori dal calcolo degli occupati (così da farne scendere il numero totale ed evitare la garanzia nei loro confronti di determinati diritti) come specificato dalla direttiva «non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo»¹³⁰; e da ciò la Corte deduce che l'art. 27 non può essere invocato *da solo*. E, tuttavia, un dubbio sembra legittimo: il carattere *non* discriminatorio del requisito religioso – a certe, rigorose, condizioni – nelle offerte di lavoro come disciplinato dall'art. 4 della direttiva 2000/78, in oggetto nel caso *Egenberger*, può essere *desunto direttamente* dal tenore letterale dell'art. 21 o dai chiarimenti relativi a tale articolo? O è piuttosto la direttiva antidiscriminatoria che lo ammette, bilanciando il principio di non discriminazione con il diritto delle chiese al mantenimento della propria identità religiosa¹³¹?

In conclusione, la Corte non pare fornire criteri chiari in base ai quali si possa distinguere, a priori, fra “diritti” e “diritti” (o fra “diritti” e “principi”). Quello che è certo, però, è che – almeno alla luce di alcune pronunce – i diritti privi di effetto diretto (o i “principi”?) valgono molto meno degli altri e molto meno dei “principi generali del diritto dell'Unione europea”: non possono essere invocati nei rapporti orizzontali, possono essere lesi nel loro contenuto essenziale senza conseguenze incisive¹³² e – almeno quanto sembra di poter dedurre dalla sent. *Glatzel* – ben

¹³⁰ Sent. *AMS*, cit., par. 46.

¹³¹ La Corte stessa afferma, nella sent. *Egenberger*, cit., par. 50 che «Sebbene la direttiva 2000/78 miri in tal modo a tutelare il diritto fondamentale dei lavoratori di non essere oggetto di una discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, tuttavia, con il suo articolo 4, paragrafo 2, la suddetta direttiva intende anche tenere conto del diritto all'autonomia delle Chiese e delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, come sancito all'articolo 17 TFUE e all'articolo 10 della Carta, che corrisponde all'articolo 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950».

¹³² È certamente vero che, in caso di lesione, la Corte apre al rimedio del risarcimento del danno come individuato dalla sent. *Francovich* (Corte giust., 19 novembre 1991,

poco possono fungere da parametro per il controllo di atti che ricadono nel loro ambito di applicazione. Una *capitis deminutio* sicura. Senza che, tuttavia, siano chiari e sicuri a priori i criteri dai quali essa discende.

4. *Qualche nota conclusiva.*

Come è stato anche recentemente ricordato¹³³, la distinzione tra diritti e principi di cui all'art. 52, comma 5 della Carta poteva – in un certo senso – evocare la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche della Costituzione, “riappianata” dalla sentenza n. 1/1956 della Corte costituzionale. I due percorsi sono evidentemente differenti ma, come almeno una parte della casistica finisce per mettere in rilievo, le aree semantiche di riferimento “principi/diritti” tendono a sovrapporsi e, in parte, a confondersi. Nonostante queste considerazioni, resta comunque importante conservare almeno il senso della distinzione a livello europeo tra tali termini, come *segnale* del riconoscimento della non uniformità di tutela e di implementazione delle singole fattispecie sia a livello europeo sia, soprattutto, nei diversi Stati membri.

Alla eterogeneità delle fattispecie presenti nella Carta fa infatti riscontro una analoga eterogeneità delle tutele offerte dai diversi ordinamenti nazionali che deve essere tenuta ben presente dalla Corte di giustizia, la quale può riservarsi interventi correttivi a fronte di palesi violazioni compiute

cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci v. Repubblica Italiana*) e successiva progenie: cfr. sent. *AMS*, cit., par. 50. Ma in concreto, in un caso del genere, quale risarcimento potrebbe essere realisticamente richiesto dai lavoratori per una lesione del diritto all'informazione e consultazione?

¹³³ Cannizzaro ha infatti affermato: «L'esistenza di una distinzione fra regole e principi, peraltro, ha fondato una giurisprudenza piuttosto restrittiva, la quale tende a qualificare come principi talune disposizioni della Carta le quali chiariscono che il proprio contenuto normativo dovrà essere precisato da atti di esecuzione, europei o nazionali (v. la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2014, C-176/12, *AMS*). Si tratta di una interpretazione particolarmente riduttiva, la quale sembra riproporre su scala europea la distinzione fra norme precettive e norme programmatiche della Costituzione, propria della giurisprudenza italiana dell'immediato Dopoguerra, spazzata dalla prima sentenza della Corte costituzionale (n. 1/1956)», E. CANNIZZARO, *La Carta dei diritti fondamentali e la determinazione della intensità della sua tutela*, in *Eurojus.it*, 7 dicembre 2020.

dagli Stati o (più raramente) dall'Unione ma che normalmente deve lasciare spazi alle scelte politiche degli stessi, soprattutto per quanto riguarda le politiche sociali che sono, ultimamente, di competenza degli Stati stessi.

Se la distinzione è un segnale, la conseguenza è il *self restraint* che, tuttavia, non comporta indifferenza o disinteresse bensì impone che si proceda per interventi mirati e circostanziati, capaci di influire su posizioni giuridiche evidentemente violate, con lesioni che toccano al cuore il principio di dignità, di cui i diritti sociali sono espressione ultima: ne è esempio estremamente rappresentativo il diritto alle ferie retribuite, direttamente connesso al principio di dignità.

Si tratta, in altre parole, di muoversi offrendo tutele secondo la logica delle approssimazioni successive, coerentemente con l'indicazione che proviene dai Trattati e dalla Carta, secondo cui i "principi" vanno sì "osservati" e "attuati" ma la cui tutela giurisdizionale si muove coerentemente al processo di attuazione degli stessi posto in essere dagli Stati membri e dall'Unione. Per il futuro, occorre dunque tenere presente che quello che attiene al riconoscimento dei principi è un processo che evolve *step by step*, affinché l'implementazione dei principi – sul piano politico – ed il controllo giurisdizionale si sviluppino parallelamente; ma anche, come spesso capita, secondo dei percorsi *stop and go* che sono essi stessi espressione della logica della gradualità.

Dal punto di vista del diritto costituzionale è da rilevare come la nostra dottrina si sia schierata con grande dispiego di forze intellettuali e politiche a voler considerare a tutti i costi i diritti sociali come fondamentali, il che è indiscutibile a condizione che si riconosca quanto dietro questo *nomen* si celi una ampia differenziazione nella tutela dei diritti stessi, unita ad una altrettanto ampia differenziazione nella loro implementazione; ciò non foss'altro che per il diverso regime di competenze che attiene alla implementazione stessa, con un legislatore nazionale che deve creare la *bottom line*, cioè i livelli essenziali delle prestazioni, unitamente alla tutela dei diritti come la previdenza sociale che sono ancora di competenza statale, mentre la salute e la sanità sono affidate alle Regioni. Già questa differenziazione di competenze è del resto sintomo della diversità di tutela sottostante ai diritti sociali, formalmente tutti fondamentali ma sostanzialmente sottoposti a forme differenti di realizzazione, appunto, che non possono che influire sulla loro effettività.

Bibliografia

- ALSTON P., DE SHUTTER O. (a cura di), *Monitoring fundamental rights in the EU. The contribution of the Fundamental Rights Agency*, Londra, 2005 e D. ANDERSON, C. MURPHY, *The Charter of fundamental rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012.
- AMALFITANO C., *General principles of EU law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham, 2018.
- BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2018, p. 161.
- BECKHOUT P., *Human Rights and the autonomy of EU law: pluralism or integration*, in *Current Legal Problems*, 66, 2013, pp. 169-202.
- BESSELINK L., *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions*, pure.uva.nl, 2012.
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, *Teoria generale e dogmatica*, 2^a ed., Milano 1971.
- BOBBIO N., *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, 13, 1966.
- CANNIZZARO E., *La Carta dei diritti fondamentali e la determinazione della intensità della sua tutela*, in *Eurojus.it*, 7 dicembre 2020.
- CAVASINO E., *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, p. 561 ss.
- CONDINANZI M., *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 82.
- CONDINANZI M., *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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *federalismi.it*, 22 maggio 2019, p. 7.
- CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus. Riv. scienze giur.*, 2, 1940.
- DE BÚRCA G., *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal*, 2, 2013, p. 168 ss.
- DORSSEMONT F., *The right to information and consultation in article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Less than a right and less than a principle, just an ordinary provision lacking direct effect?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 2014, p. 718.

- DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 5^a ed., Milano, p. 249.
- FRANTZIOU E., *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable: ECJ 6 November 2018, Joined Cases C-569/16 and C-570/16, Bauer et al.*, in *European constitutional law review*, 2, 2019, p. 312.
- GENNUSA M.E., *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni cost.*, 2, 2019, p. 459 ss.
- GUDMUNDSDOTTIR, *A renewed emphasis on the charter's distinction between rights and principles: is a doctrine of judicial restraint more appropriate?*, in *Common Market Law Review*, 52, 2015, pp. 685-720
- KROMMENDIJK J., *Principled silence or mere silence on principles: the role of the EU Charter's principles in the case law of the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2015, pp. 321-356.
- LACIAKOVA V., MICHALICKOVA J., *Rights and principles: is there a need to distinguish them in the Charter of Fundamental Rights of the European Union?*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2, 2013, pp. 235-243.
- LENAERTS K., GUTIÉRREZ-FONS J.A., *The role of general principles of EU law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (a cura di), *A constitutional order of States? Essays in EU law in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 179 ss.
- LOCK T., *Rights and principles in the EU Charter of fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 56, 2019.
- NASCIMBENE B., *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6, 2021, p. 88.
- PALLADINO R., *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.
- PRECHAL S., *Rights v. principles or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the Courts*, in J.W. DE ZWAAN, F.A. NELISSEN (a cura di), *The European Union. An ongoing process of integration*, Berlino, 2004.
- PRECHAL S., *Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, p. 421.
- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union européenne*, Parigi, 1998; F. PICOD, *Article II-111– Champ d'application*, in AA.VV., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Brussels, 2005, p. 643.
- VIOLINI L., *Il principio di indeterminazione preso sul serio? Il caso serio della Carta dei Diritti dell'Unione europea*, in C. BERGONZINI-A. LOSSIRI-G. DI CO-

SIMO-A. GUAZZAROTTI-C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 443-455.

VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011.

WEATHERILL S., *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'*, in *European Review of Contract Law*, 1, 2014, p. 167.

CAPITOLO 5

L'INVOCABILITÀ DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA NEI RAPPORTI ORIZZONTALI

Massimo Condinanzi

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: da *soft law* a strumento dotato di effetto diretto (anche orizzontale). – 2. L'invocabilità della Carta nei rapporti orizzontali, tra limiti e prospettive. – 3. Il ruolo della Carta nella valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione europea.

1. *L'evoluzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: da soft law a strumento dotato di effetto diretto (anche orizzontale).*

La riflessione sull'efficacia e il ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("CDFUE") nell'ordinamento dell'Unione (e, inevitabilmente, in quello degli Stati membri), non può tralasciare la constatazione che tale catalogo di diritti fondamentali originariamente non era che uno strumento di *soft law*¹. Eppure, fin dall'inizio, agli occhi

¹ Proclamata solennemente il 7 dicembre 2000 da Consiglio, Commissione e Parlamento europeo al termine del Consiglio europeo di Nizza, la Carta fu pubblicata per la prima volta in *GUUE*, C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1 ss. Il 12 dicembre 2007 la Carta è stata nuovamente proclamata dai presidenti della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio a Strasburgo in previsione della firma del Trattato di Lisbona ed il testo, modificato ed aggiornato per renderlo coerente con il Trattato di Lisbona, è stato pubblicato in *GUUE*, C 303 del 14 dicembre 2007, p. 1 ss. (da cui la denomina-

dei lettori più sensibili alle evoluzioni dell'ordinamento europeo, apparve il chiaro il valore senza precedenti della CDFUE: già nel 2001, come è noto, l'allora avvocato generale Tizzano, a proposito dell'inquadramento

zione, piuttosto ricorrente, prima di “Carta di Nizza” e, poi, di “Carta di Nizza-Strasburgo). Da ultimo, la Carta è stata pubblicata in *GUUE* C 202 del 7 giugno 2016, p. 391 ss. Nell'ormai sterminata bibliografia sulla Carta, *ex multis*: F. BENOIT-ROHMER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Parigi, 2000; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; J.Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002; S. PEERS, A. WARD, *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004; L. BURGORGUE, LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *DUE*, 2008, p. 655 ss.; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, in *DPCE*, 2008, p. 101 ss.; G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011; D. ANDERSON, C. MURPHY, *The Charter of fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *Eu after Lisbon*, Oxford, 2011; C. PICHERAL, L. COUTRON, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2012; I. BUTLER, *Ensuring compliance with the Charter of Fundamental Rights in legislative drafting: the practice of the European Commission*, in *ELR*, 2012, p. 397 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *DUE*, 2012, p. 23 ss.; S. IGLESIAS SANCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *CMLR*, 2012, p. 1565 ss.; K. LENAERTS, *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *ECLR*, 2012, p. 377 ss.; ID., *The EU Charter of Fundamental Rights: scope of application and methods of interpretation*, in M. D'ALESSIO, V. KRONENBERGER, V. PLACCO (dirs.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; A. TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *DUE*, 2014, p. 429 ss.; R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: efficacia ed effettività*, Napoli, 2018.

del diritto alle ferie annuali retribuite, non esitava ad esprimersi così: «credo che, in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale, non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria»². Anche nell'imminenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in un convegno tenutosi nell'autunno del 2009, il Prof. Tizzano annunciava, in un momento ancora non sospetto, che la CDFUE avrebbe avuto un "posto" fondamentale nello sviluppo della giurisprudenza degli anni successivi, prevedendo l'importanza che la Corte sarebbe andata assumendo, specialmente attraverso la propria competenza pregiudiziale, nella definizione del ruolo e del significato della Carta. Il Prof. Tizzano sosteneva allora che questo sarebbe diventato il "nuovo tema" della riflessione sugli sviluppi del diritto dell'Unione. Il richiamo alla funzione che, in quel contesto, avrebbe avuto lo strumento del rinvio pregiudiziale, metteva subito in chiaro che la Carta non sarebbe stata tanto chiamata a fungere da "parametro" di validità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione (per quanto quel ruolo immancabilmente le sarebbe stato proprio), ma soprattutto essa avrebbe assunto importanza nella dinamica dei rapporti con gli ordinamenti nazionali, la cui compatibilità con quello dell'Unione avrebbe dovuto essere viepiù verificata rispetto ad un nuovo strumento, dalle intuibili formidabili capacità espansive. Ebbene, questo è quanto si è puntualmente verificato. L'autorevolezza della previsione e l'osservatorio privilegiato di cui beneficiava il preveggenente, hanno fatto di tutti noi facili osservatori di quanto poi, in effetti, è andato puntualmente verificandosi.

La CDFUE ha così attraversato il dibattito giurisprudenziale già percorso dalle norme di diritto primario dell'Unione europea capaci di attribuire diritti (questa volta "fondamentali") ai singoli: l'identificazione del suo ambito di applicazione che il Trattato sull'Unione europea ("TUE") identifica rigorosamente sovrapponendolo al campo di applicazione del

² Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, in Corte giust., 26 giugno 2001, C-173/99, *The Queen contro Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, punto 28.

dell'ordinamento dell'Unione (nell'art. 6, par. 1, comma 2, TUE, disabilitandone ogni capacità di estendere le competenze dell'Unione, nell'art. 51 CDFUE ricorrendo ad una pluralità di ridondanti espressioni normative tese a scongiurarne ogni diversa ed estensiva lettura); la lettura della portata precettiva delle norme contenute nella CDFUE, distinguendo quelle recanti diritti da quelle enuncianti principi; l'identificazione di una dottrina dell'effetto diretto delle norme della Carta, oltre il dato letterale del suo art. 51, redatto nel tentativo di limitarne l'effetto giuridico alla sola portata obbligatoria nei confronti di Stati membri (nell'attuazione del diritto dell'Unione) e di istituzioni e organi dell'Unione, tentativo rapidamente travolto nel riconoscimento dell'altro "corno" dell'effetto diretto di una norma attributiva di un diritto ai singoli che è quello della sua invocabilità di fronte al giudice (nazionale o dell'Unione); infine, la configurazione di una dottrina dell'effetto diretto "orizzontale", capace cioè di riconoscere alle norme della Carta la loro idoneità a produrre effetti giuridici anche nel contesto di un rapporto non caratterizzato dalla posizione sovraordinata (e perciò vincolata) di uno dei soggetti del rapporto³. Possiamo considerare l'effetto diretto orizzontale come la conseguenza più penetrante di un catalogo di diritti fondamentali di natura sovranazionale in un ordinamento nazionale: conseguenza che si produce senza la mediazione di un atto legislativo, o comunque di una misura attuativa dello Stato e nell'ambito di un rapporto inter-privatistico, appunto, orizzontale, dove nessuna delle parti del rapporto può dirsi in qualche modo "responsabile" della mancata osservanza della Carta nella relazione giuridica governata dalla norma interna con essa incompatibile.

³ Per una ricostruzione della nozione di effetto diretto del diritto dell'Unione europea v. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018. Con riferimento all'effetto orizzontale della Carta si v. anche S. VEZZANI, *L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali: problemi e prospettive alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea, Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 199; R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, 2019, p. 175 ss.; E. MUIR, *The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 185 ss.

Ma, come si è arrivati fino a questo punto? Come si è giunti fino ad ammettere l'effetto orizzontale della Carta, peraltro proprio con riferimento alle sue norme più delicate (si pensi al Titolo IV, rubricato Solidarietà e dedicato ai diritti sociali), quando nel momento della formulazione della Carta c'era molta diffidenza verso l'obbligatorietà della stessa (e questo per altro perché il Regno Unito temeva una lettura mercantilistica da parte della Corte di giustizia proprio del tema relativo ai diritti sociali⁴)?

È ormai una constatazione abbastanza ricorrente quella per cui esistono dei principi cardine del diritto dell'Unione europea che vengono sviluppati e resi applicabili anche nel contesto di controversie orizzontali. Prima di *Mangold*⁵, che ha rappresentato il punto di partenza di questa giurisprudenza, si deve ricordare anche, negli anni duemila, il caso *BECTU*, in cui – come sopra ricordato – le conclusioni dell'avvocato generale Tizzano sono arrivate ad ascrivere il diritto alle ferie alla categoria dei principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in virtù del riconoscimento di tale diritto in una pluralità di strumenti di diritto interna-

⁴ Come è noto, il Regno Unito ha storicamente mostrato un atteggiamento di diffidenza nei confronti della dimensione comunitaria della tutela dei diritti sociali: nel 1989, il Regno Unito rifiutò di partecipare alla solenne proclamazione della Carta dei diritti sociali fondamentali e successivamente, nell'ambito dei lavori preparatori al Trattato di Maastricht, si oppose all'integrazione dell'Accordo sulla Politica Sociale nei trattati, consegnando le relative norme al Protocollo n. 14, allegato ai trattati e sottoscritto dagli altri Stati membri. Con riferimento alla CDFUE, il Regno Unito ottenne (insieme alla Polonia) la sottoscrizione del Protocollo n. 30 per limitare l'applicazione della Carta sul proprio territorio, soprattutto con riferimento al Titolo IV, sebbene la Corte di giustizia abbia chiarito (anche se con esplicito riferimento al par. 1.1 del Protocollo) che questo non ha l'effetto di esonerare la Repubblica di Polonia e il Regno Unito dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta, né di impedire ad un giudice di uno di questi Stati membri di vigilare sull'osservanza di tali disposizioni (cfr. Corte giust., grande sezione, 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.*, spec. punti 119 e 120). Se la questione è ormai superata a causa del recesso del Regno Unito dall'Unione europea, è, tuttavia, significativa di tale atteggiamento la previsione del European Union (Withdrawal) Act 2018 che nel "nazionalizzare" il diritto dell'Unione europea vigente al momento del recesso, esclude espressamente la Carta: alla sez. 5, punto 4, si dice, infatti, chiaramente che «The Charter of Fundamental Rights is not part of domestic law on or after exit day».

⁵ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709.

zionale di tutela dei diritti fondamentali che, pur non sempre avendo carattere vincolante, concorrevano, in una grammatica abbastanza classica nel pensiero della Corte di giustizia, a formare per l'appunto un principio generale (nelle conclusioni venivano evocate: la Carta sociale europea, il Patto sui diritti civili e politici, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori)⁶. In tali conclusioni l'avvocato generale Tizzano ha affermato che la Carta aveva eseguito una puntuale e importante ricognizione di quei diritti (tra cui il diritto alle ferie annuali retribuite), nati attraverso formanti eteronomi, ovvero attraverso valori giuridici formalmente esterni all'ordinamento giuridico dell'Unione (nella logica del *restatement of law*). La Corte poi, nella sentenza, non accennò alla CDFUE, ma questo in omaggio a una scelta di politica del diritto, che potremmo definire marcatamente "positivista", per la quale quello strumento non venne mai evocato nella giurisprudenza della Corte di giustizia fino a che esso non divenne giuridicamente vincolante (e quindi strumento di diritto positivo)⁷, per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale tendenza di "reticenza" del giudice dell'Unione, in netta contrapposizione con i propri avvocati generali, è forse anche spiegabile con la già acquisita consapevolezza dell'importanza che lo strumento in questione era destinato ad assumere, sì che dovette apparire opportuno ai giudici della Corte attendere che quell'importanza potesse posarsi anche sulla sicura obbligatorietà giuridica del medesimo.

Nel tempo la Carta ha assunto una rilevanza, che forse il Prof. Tizzano si attendeva, ma che rimane comunque sorprendente: se vi è un passaggio che ritengo condivisibile della pronuncia della Corte costituzionale n. 269/2017, in specie del suo par. 5.2 del considerato in diritto, è proprio quello secondo cui il punto di svolta, o di trasformazione, del diritto dell'Unione (e quindi anche dei rapporti tra ordinamenti nazionali e or-

⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2011, *BECTU*, causa C-173/99, ECLI:EU:C:2001:81. I fatti della controversia erano antecedenti al 1° dicembre 2009 (data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

⁷ Si veda, in proposito, quanto rilevato nella successiva nota (29), circa la precisione "temporale" delle pronunce della Corte di giustizia circa il dare rilievo alle norme della Carta.

dinamento dell'Unione, nonché del ruolo delle Corti costituzionali e di quello della Corte di giustizia) – che ha condotto poi la Corte a fare quelle riflessioni, a noi tutti note, e in parte mitigate dalla giurisprudenza successiva⁸ – è l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona con l'attribuzione di effetti giuridici vincolanti alla CDFUE. Quel passaggio della sentenza della Corte costituzionale ci parla proprio di «trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea» per effetto del citato fenomeno⁹.

In effetti, l'ingresso della Carta all'interno del diritto vincolante dell'Unione europea ha segnato un impulso straordinario, come ci ha ricordato anche la Prof.ssa Violini¹⁰: se, da un lato, si è assistito a una più ampia tutela materiale (si sono affermati i “nuovi diritti” o “diritti di nuova generazione”¹¹), dall'altro si è assistito anche ad un'articolazione della riflessione che si è andata inserendo nella distinzione tra principi e diritti, evidenziandone una minore consistenza di quanto a prima vista potrebbe apparire, con tutte le conseguenze che ne sono potute derivare¹². Vi è stata inoltre l'identificazione di un ulteriore livello di tutela affidato alle disposizioni orizzontali della Carta che intercettano la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni, l'una e le altre divenute così contenuto minimo irriducibile degli stessi diritti riconosciuti dalla Carta (v.

⁸ Il riferimento è alle sentenze Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20; 21 marzo 2019, n. 63 e 10 maggio 2019, n. 112 nonché all'ordinanza Corte cost. 10 maggio 2019, n. 117. Sul dibattito che questa giurisprudenza della Corte costituzionale ha provocato e per una chiara visione del modello di interazione tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, v. A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 ss.

⁹ Già nella sentenza n. 80/2011 la Corte cost. aveva evidenziato le innovazioni al sistema di tutela dei diritti fondamentali apportate dal Trattato di Lisbona.

¹⁰ Cfr. L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra principi e diritti?*, in questo Volume.

¹¹ Si pensi al divieto delle pratiche eugenetiche e al divieto della clonazione riproduttiva contenuti nell'art. 3, ma anche alla protezione dei dati personali di cui all'art. 8, alla tutela dell'ambiente di cui all'art. 37 CDFUE.

¹² Sul punto si consenta un rinvio a M. CONDINANZI, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016.

art. 52, parr. 3 e 4, CDFUE)¹³. Le conseguenze a mio avviso più significative, tuttavia, risiedono proprio nella riconosciuta efficacia diretta orizzontale delle disposizioni della CDFUE.

2. *L'invocabilità della Carta nei rapporti orizzontali, tra limiti e prospettive.*

Le ragioni che hanno consentito di affermare l'efficacia diretta della CDFUE non sono poi particolarmente innovative: dal momento in cui la Carta ha assunto lo stesso valore giuridico dei trattati, per espressa statuizione normativa dell'art. 6, par. 1, TUE, è parso naturale richiamare la giurisprudenza della Corte di giustizia che risale sostanzialmente a *Van Gend en Loos*¹⁴, secondo cui il trattato e tutte le norme che ne condividono la natura (e, quindi, dal 1° dicembre 2009 anche la CDFUE), sono in grado di attribuire diritti ai singoli, non soltanto come tali, ma anche come contropartita di obblighi imposti agli Stati membri. Della pronuncia *Van Gend en Loos* è bene ricordare, in questo contesto, il passaggio in cui non si accenna solo ai diritti, ma anche agli obblighi: è la Corte ad affermare che «il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi», anche in contropartita agli obblighi degli Stati¹⁵. Con ciò la Corte, in allora, intese evidentemente mettere in rilievo una specifica dimensione “verticale” del diritto invocabile nel caso di specie (con riferimento all'allora art. 12 TCEE, oggi art. 30 TFUE), cionondimeno rimane evidente e ineludibile il riferimento alla attribuzione anche di obblighi ai singoli. Ebbene, l'attribuzione ai singoli di obblighi da parte del diritto dell'Unione corrisponde all'attribuzione di diritti a persone anch'esse soggetti di diritto nell'ordina-

¹³ Su questa problematica disposizione, v. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), cit., p. 1061 ss.

¹⁴ Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1.

¹⁵ *Ibidem*.

mento giuridico dell'Unione¹⁶. Questo principio, riconosciuto alle norme del trattato, è poi migrato anche al diritto derivato: con riferimento ai regolamenti, venendo facilmente veicolato dal canone espresso della loro diretta applicabilità (v. art. 288 TFUE) e, successivamente, ha investito anche le direttive, dove le norme attributive di diritti ai singoli sono sì direttamente invocabili dinanzi al giudice nazionale, ma solo nella dimensione verticale, e mai orizzontale¹⁷, del rapporto in cui rilevano.

Perché si ha quest'interruzione della catena? Le ragioni, a mio modo di vedere, sono sostanzialmente due: innanzitutto perché riconoscere efficacia diretta alle direttive nei rapporti orizzontali equivarrebbe ad attribuire alle direttive efficacia pari a quella dei regolamenti, ponendosi quindi un tema di rapporto con il principio di attribuzione delle competenze che ne risulterebbe sostanzialmente violato; in secondo luogo perché la dottrina dell'effetto diretto delle direttive nei rapporti verticali è figlia di una logica di arricchimento della sfera giuridica individuale e questa stessa logica di arricchimento non potrebbe tollerare di essere sviluppata a detrimento della sfera giuridica di colui che sta all'altro terminale della relazione giuridica. In altre parole, secondo la Corte di giustizia, sarebbe impensabile che tale dottrina possa risolversi da un lato in un arricchimento, ma dall'altro in una compressione della sfera giuridica del soggetto. Tale logica appare manifesta in *Poplawski*¹⁸, ove la Corte ricorda che «secondo costante giurisprudenza della Corte, una direttiva non

¹⁶L'efficacia "orizzontale" delle norme del Trattato è stata affermata con particolare precisione in materia di diritti sociali: a partire dalla ben nota sentenza sull'allora art. 119 CEE (sul diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore) nel caso *Defrenne*, Corte giust., 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1976:56), fino alla recente pronuncia del 3 giugno 2021, causa C-624/19, *Tesco Stores*, ECLI:EU:C:2021:429, dove si ribadisce l'effetto diretto orizzontale dell'attuale art. 157 TFUE.

¹⁷Sul punto, anche con riferimento alle interazioni con la Carta, si consenta il riferimento a 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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019.

¹⁸Corte giust., Grande sezione, 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530.

può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale»¹⁹ e che «a norma dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, il carattere vincolante di una direttiva, sul quale si fonda la possibilità di invocarla, sussiste solo nei confronti dello “Stato membro cui è rivolta”, e che l'Unione ha il potere di sancire, in modo generale e astratto, con effetto immediato, obblighi a carico dei singoli solo ove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti»²⁰. Nello stesso senso, l'avvocato generale Hogan, nelle conclusioni del 16 luglio 2020 in *Bulstrad Vienna Insurance Group* ha affermato che l'esclusione dell'effetto diretto orizzontale delle direttive discende da «principi basilari e di giustizia elementare»²¹: in sostanza, tutti i tentativi di riconoscere un effetto diretto orizzontale alle direttive sono oggi destinati all'insuccesso. È però vero che il divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive conosce una mitigazione o, per usare le parole dell'avvocato generale Bot nelle sue conclusioni in *TSN*, una “compensazione”²². Tale divieto è, infatti, superabile riconoscendo effetto diretto orizzontale ai principi generali che si possono intravedere dietro alle norme di alcune direttive: è questa la giurisprudenza *Mangold*²³, *Küçükdeveci*²⁴, che poi prosegue secondo un filone piuttosto consolidato, dove accade quel fenomeno a cui faceva riferimento il Prof. Nascimbene nella propria relazione²⁵, di circolarità dei valori giuridici all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, per cui, in sostanza: (i) ci troviamo di fronte a un atto di diritto derivato, (ii) questo atto di diritto

¹⁹ *Ivi*, punto 65.

²⁰ *Ivi*, punto 66.

²¹ Conclusioni dell'avvocato generale Hogan del 16 luglio 2020, *Bulstrad Vienna Insurance Group*, causa C-427/19, ECLI:EU:C:2020:589, punto 74.

²² Conclusioni dell'avvocato generale Bot del 4 giugno 2019, *TSN*, cause riunite C-609/17 e C-610/17, ECLI:EU:C:2019:459, punto 3.

²³ Corte giust., *Mangold*, cit.

²⁴ Corte giust., 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21.

²⁵ Si veda la relazione pubblicata in questo Volume e ripresa nel contributo B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 22 aprile 2021.

derivato scaturisce (anche) dall'apprezzamento di valori giuridici di diritto internazionale che traduce e cristallizza, per l'appunto, nel diritto derivato, (iii) attraverso la norma di diritto derivato e, soprattutto, in virtù dei principi che derivano dall'ordinamento internazionale o dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che la norma di diritto derivato concretizza, si va costruendo un principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, (iv) quando questo principio generale viene consacrato (cristallizzato) in una norma della Carta, ecco che improvvisamente, sempre sulla base di questo principio di circolarità, esso illumina di sé la norma di diritto derivato. In altre parole, quel principio generale si riflette avvantaggiando o rafforzando la tutela che discende dalla norma di diritto derivato perché quella norma di diritto derivato, pur contenuta in una direttiva, finisce per godere dell'effetto diretto orizzontale che è proprio invece del principio generale o della norma della Carta. Certo, ad essere rigorosi, bisognerebbe a questo punto distinguere quanto "contenuto" della posizione giuridica soggettiva prevista dal diritto derivato (dalla direttiva) sia davvero ricavabile dal/riconducibile al principio o alla norma della Carta, ma per la naturale efficacia espansiva che si riconosce alle norme che attribuiscono diritti fondamentali, è abbastanza naturale che l'intera posizione soggettiva, nelle sue articolazioni previste dalla direttiva, sia considerata espressione del diritto fondamentale iscritto nel principio o nella Carta, poco rilevando, a questo punto, che la direttiva sia anche largamente antecedente la Carta, giacché se quest'ultima ha una sua precisa data di entrata in vigore, non è così per il principio sottostante la norma della Carta, più facilmente "retrodatabile" e considerabile come immanente nel sistema²⁶.

Si è già fatto cenno al possibile conflitto tra il riconoscimento di un effetto diretto orizzontale a (talune delle) norme della Carta e la previsione del suo art. 51: è il caso di ricordare le conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nella causa *Dominguez*²⁷, che ha ammesso l'esistenza

²⁶ Sul rapporto tra principio generale e norma della Carta nella protezione dei diritti fondamentali successivamente al Trattato di Lisbona, cfr. C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, p. 110 ss.

²⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak dell'8 settembre 2011, *Maribel Dominguez*, causa C-282/10, ECLI:EU:C:2011:559.

di un “numero chiuso” di soggetti nei cui confronti è possibile invocare la Carta. In effetti, secondo quanto disposto dal citato art. 51 CDFUE, le disposizioni della Carta si applicano «alle istituzioni (...), come pure agli Stati membri, esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione»: ciò ha condotto ad una breve stagione interpretativa secondo la quale la Carta avrebbe potuto essere invocata solo nei confronti delle istituzioni e degli Stati membri e quindi non nei rapporti interprivatistici orizzontali.

Tale lettura è stata successivamente rivista in maniera abbastanza netta e cristallina e superata con più argomenti nell’assai noto tritico della giurisprudenza sulle ferie del 6 novembre 2018²⁸. Intanto è stata superata in virtù della formulazione letterale dell’art. 51 CDFUE (come già d’altronde in *Egenberger*)²⁹ dove, per quanto sia vero che in esso si afferma l’invocabilità della Carta nei confronti di istituzioni e Stati membri, dall’altro nulla dice sulla possibile invocabilità della stessa nei confronti di altri soggetti (possibilità, che, pertanto, non può dirsi con certezza esclusa dal dato normativo letterale); inoltre, dalla lettura dell’art. 51 CDFUE, appare evidente che questa non è una norma che ha lo scopo di individuare i soggetti nei cui confronti la Carta è invocabile, ma è piuttosto una norma sulla limitazione delle competenze. Ciò emerge chiaramente, a mio modo di vedere, dalla formulazione dell’art. 51 CDFUE laddove la prima frase del par. 1 afferma che «le disposizioni della presente Carta si

²⁸ Corte giust., 6 novembre 2018, *Bauer*, cause riunite C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871; Corte giust., 6 novembre 2018, *Max Planck*, causa C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 e Corte giust., 6 novembre 2018, *Kreuziger*, causa C-619/16, ECLI:EU:C:2018:872. Sul punto si consenta nuovamente il rinvio a M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale*, cit. Si veda anche: V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile ‘crossroad’ fra le Corti*; G. MAMMONE, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie: un nuovo corso per la disapplicazione?*; G. AMOROSO, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*; G. BRONZINI, *Il ‘Tritico’ della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*; L.S. ROSSI *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*; S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, tutti in *Federalismi*, 22 maggio 2019.

²⁹ Corte giust., 17 aprile 2018, *Egenberger*, causa C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257.

applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri» e, la seconda frase, che «[p]ertanto (quindi conseguendo a ciò che viene ritenuto discendere dalla prima frase), i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione». Il citato articolo stabilisce quindi che la funzione di rispetto e quella promozionale dei diritti sanciti dalla Carta deve avvenire nel limite del rispetto delle competenze conferite all'Unione dai trattati, senza tuttavia precludere alle norme della Carta la capacità di produrre conseguenze giuridiche – entro il suo campo di applicazione – anche nei riguardi di soggetti privati come tali non riconducibili alla nozione di Stato o di istituzione. Non è pertanto possibile far derivare dall'art. 51 CDFUE il divieto di attribuire effetti orizzontali in capo alle norme della Carta.

Da questa lettura sono discese due conseguenze: la prima è una intensa applicazione della Carta nel c.d. diritto antidiscriminatorio. In proposito si pensi a *Egenberger*³⁰, *IR*³¹, *Achatzi*³², giurisprudenza che ha riconosciuto l'effetto diretto orizzontale delle direttive facendo valere il sottostante (o sovrastante) principio di non discriminazione. Vero è che il diritto antidiscriminatorio è, tuttavia, dal punto di vista innanzitutto metodologico, un fenomeno a sé stante dove l'effetto diretto opera in buona sostanza secondo un "effetto escludente": in virtù della norma della Carta s'impedisce la rilevanza della norma discriminatoria che finisce per sfavorire la parte debole o, comunque, il soggetto che invece dovrebbe essere tutelato. In senso tecnico, pertanto, non abbiamo l'attribuzione di una posizione soggettiva prevista e tutelata dalla norma della CDFUE, della Carta viene in rilievo la preclusione discriminatoria che conduce il soggetto invocante a vedersi riconoscere il

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Corte giust., 11 settembre 2018, *IR*, causa C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696. In questa pronuncia, in ragione della collocazione dei fatti di causa in un momento precedente l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il divieto di trattamento discriminatorio viene applicato in forza del principio generale, come tale antecedente la sua codificazione nella Carta, pur riconoscendosi che tale principio «è ora sancito dall'art. 21 della Carta».

³² Corte giust., 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation c. Markus Achatzi*, causa C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43.

vantaggio giuridico previsto dalla norma nazionale. Diverso, e maggiormente innovativo, è il secondo effetto: la valorizzazione delle norme del Titolo IV della Carta, dedicate alla solidarietà e ai diritti sociali, andandole progressivamente affrancando dalla presunzione di appartenenza ai principi.

3. *Il ruolo della Carta nella valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione europea.*

Come noto, la CDFUE è il primo documento sovranazionale ad affermare, in un unico testo, i diritti sociali e solidaristici insieme ai diritti civili e politici³³. Nonostante la nuova enfasi per i diritti sociali, fin dall'inizio si è reputato che le norme in tema di solidarietà, relative a detti diritti (ovvero quella racchiuse nel Titolo IV così rubricato), fossero essenzialmente dei principi, in quanto non avrebbero potuto avere attuazione, se non tramite le legislazioni nazionali³⁴. Tale interpretazione si impone per le norme che fanno espresso rinvio alle condizioni fissate dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali, ma essa appare necessaria anche là dove, pur non essendovi tale rinvio, risulta impossibile – per la stessa applicazione della norma – prescindere dal diritto nazionale. Ad esempio, con riferimento al diritto alle ferie, se è vero che l'art. 31, par. 2, prevede che «ogni lavoratore ha diritto (...) a ferie annuali retribuite» senza alcun rinvio alla determinazione del diritto dell'Unione o nazionale secondo il rispettivo ambito di competenze, è pur vero che tale ulteriore normativa è necessaria per disciplinare detto diritto quanto alla misura, le condizioni e l'eventuale indennizzo sostitutivo: il testo della CDFUE non è sufficiente a determinare tali con-

³³ Come ricordato da D. TEGA, *I Diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, p. 67 ss.

³⁴ Tale considerazione pare essere applicabile anche alle altre disposizioni della CDFUE relative a diritti sociali, pur contenute in altri Titoli, quali: l'art. 14 (Diritto all'istruzione) e l'art. 15 (Libertà professionale e diritto di lavorare), nel Titolo II (Libertà) e l'art. 24 (Diritti del minore), l'art. 25 (Diritti degli anziani), l'art. 26 (Inserimento delle persone con disabilità), nel Titolo III (Uguaglianza).

tenuti. Proprio la giurisprudenza relativa al diritto alle ferie³⁵ – ovvero, alla sua “monetizzazione” – sottolinea il fatto che il diritto all’indennità sostitutiva debba essere concepito insieme ad uno stato di consapevolezza del lavoratore, il quale deve essere reso edotto del proprio diritto alle ferie per potervi rinunciare (monetizzandolo) e che quest’onere di consapevolezza deve essere, sul piano della verifica probatoria, dimostrato dal datore di lavoro, il quale invochi il proprio diritto a monetizzare le ferie non godute. Ebbene, la Corte di giustizia deduce tutti questi contenuti dalla sola norma della CDFUE, che, a differenza della direttiva, è disposizione suscettibile di effetto diretto orizzontale. Evidentemente, dietro questo risultato c’è una *fiction*: in realtà, la norma della Carta si salda direttamente alla norma della direttiva, e, in qualche modo, ne assume il contenuto, molto più articolato e come tale non deducibile dalla sola norma della Carta (si pensi appunto alla disciplina della “monetizzazione” del diritto alle ferie) ulteriormente arricchito da una fitta opera interpretativa della Corte di giustizia. La *fiction* diviene pressoché palese nella successiva pronuncia del 25 giugno 2020, *QH*³⁶, dove la Corte, nel contesto di una controversia giuslavoristica tipicamente orizzontale, dopo aver ricordato che il diritto alle ferie è principio essenziale del diritto sociale dell’Unione che si “riflette” negli artt. 7 della direttiva 93/104/CE e 7 della direttiva 2003/88, afferma come esso «sia stato espressamente sancito come diritto fondamentale all’art. 31, paragrafo 2, della Carta»³⁷ e in esso si ritrovi non solo il diritto alle ferie annuali, ma altresì il diritto all’indennità finanziaria per le ferie annuali non godute, componente quest’ultima indispensabile del diritto in questione, ma certo non menzionata dalla Carta. E, infatti, in un successivo passaggio, la sentenza ammette il lavoratore reintegrato giudizialmente a

³⁵ Cfr. ancora Corte giust., *Bauer*, cit.; Corte giust., *Max Planck*, cit. e Corte giust., *Kreuziger*, cit.

³⁶ Corte giust., 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19, *QH/Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria e CV/Iccrea Banca S.p.A.*, ECLI:EU:C:2020:504. Nella successiva sentenza Corte giust., 25 novembre 2021, causa C-233/20, *job-medium*, ECLI:EU:C:2021:960, l’effetto diretto orizzontale dell’art. 7, par. 1., della direttiva 2003/88 viene riaffermato, sulla base di una lettura della direttiva semplicemente “alla luc” dell’art. 31, par. 2, della Carta.

³⁷ Corte giust., *QH/Varhoven*, cit., punto 83.

seguito dell'annullamento del suo licenziamento illegittimo, a reclamare l'indennità per le ferie non godute tra il periodo del licenziamento e la data della sua reintegrazione, ma ciò, si badi, «sul fondamento dell'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88»³⁸. La Carta, a questo punto, funge da sfondo della controversia: affermato l'ancoraggio della norma della direttiva al tessuto di diritti fondamentali che la CDFUE garantisce, è la direttiva che viene, senza più ipocrisia, chiamata a suffragare la pretesa giuridica della parte nel contesto della controversia orizzontale.

Risulta quindi evidente l'opera effettuata dalla Corte di giustizia che, invocando l'effetto orizzontale delle disposizioni della Carta, attribuisce una nuova efficacia ai diritti sociali, là dove si tratta non di (semplicemente) evitare l'applicazione di norme discriminatorie, ma di riempire di contenuto (anche molto articolato) complessi diritti soggettivi chiamati a disciplinare il mondo del lavoro. Al tempo stesso, tale opera compensa – per così dire – l'assenza di effetto orizzontale delle norme delle direttive.

Un altro esempio di tale lettura “espansiva” della CDFUE si trova nella giurisprudenza *CCOO*, relativa all'art. 31, par. 2, CDFUE, con riferimento al diritto al riposo³⁹: ebbene, anche in questo caso è sulla base dell'art. 31, par. 2, CDFUE che sono state lette le norme della direttiva rilevante nel caso di specie (la direttiva 2003/88/CE), fino al punto di affermare, non solo che il diritto al riposo deve essere effettivo, ma anche che lo deve essere il controllo del rispetto del diritto al riposo (e quindi che l'impresa deve dotarsi di meccanismi di registrazione delle presenze per consentire la verifica effettiva del diritto al riposo da parte del datore di lavoro). Tutto ciò è stato fatto discendere da una lettura della disposizione della Carta che prevede, piuttosto sinteticamente, che il lavoratore abbia diritto a periodi di riposo giornalieri e settimanali.

Se è vero che l'efficacia diretta delle norme della Carta nei rapporti orizzontali lasci intravedere segnali di espansione anche a norme diverse da quelle sui diritti sociali⁴⁰, si può certamente affermare che, nella giu-

³⁸ *Ivi*, punto 87.

³⁹ Corte giust., 14 maggio 2019, causa C-55/18, *CCOO*, ECLI:EU:C:2019:402.

⁴⁰ Merita di essere segnalata Corte giust., 15 aprile 2021, causa C-30/19, *Braathens Regional Aviation*, ECLI:EU:C:2021:269, in cui la Corte richiama l'art. 47 della Carta

risprudenza della Corte di giustizia sugli effetti diretti della Carta, accanto al pilastro del diritto antidiscriminatorio, si sta affermando, innanzitutto, un pilastro di diritto sociale dotato di nuova – e più ampia – efficacia. Attraverso l'opera della Corte di giustizia si compensa pertanto la tradizionale limitazione di efficacia dei diritti sociali, determinata dalla loro qualificazione come principi all'interno della CDFUE. Nemmeno il Pilastro dei diritti sociali proclamato solennemente da Parlamento, Consiglio e Commissione nel vertice di Göteborg il 17 novembre 2017⁴¹ era riuscito a garantire tale efficacia ai diritti sociali, fortemente compressi dalle misure di lotta alla crisi economico-finanziaria degli anni precedenti⁴²: si è, anzi, temuto che uno strumento di *soft law* avente ad oggetto i medesimi principi della CDFUE potesse avere proprio l'effetto contrario, ovvero di minarne l'efficacia⁴³. È pur vero che l'obiettivo del Pilastro è quello di guidare l'agenda politica e l'iniziativa legislativa di Stati ed istituzioni, più che assurgere a nuovo catalogo di diritti fondamentali direttamente applicabile⁴⁴. Ed effettivamente, nel quadro del Pilastro

per assicurare la disapplicazione di una norma di diritto interno che impedisca al giudice nazionale investito di un ricorso per risarcimento del danno fondato su di un'asserita discriminazione (vietata dalla direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) di esaminare la domanda diretta a far constatare il comportamento discriminatorio allorché il convenuto abbia accettato di versare il risarcimento senza tuttavia riconoscere la sussistenza della discriminazione.

⁴¹ Cfr. Parlamento europeo, Consiglio, Commissione europea, *Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *GUUE*, C 428, p. 10 del 13 dicembre 2017, nonché la Comunicazione della Commissione, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, del 24 aprile 2017, COM(2017)250, alla quale si affianca la *Proposta di proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali* dello stesso giorno, COM(2017)251.

⁴² Sul punto si consenta un rinvio a M. CONDINANZI, *Unione economica e monetaria e politica sociale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 241 ss.

⁴³ Cfr. *ex multis*, S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 953 ss.; A. COZZI, *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quaderni cost.*, 2018, p. 507 ss.

⁴⁴ Così anche B. DE WITTE, *Two Charters and a Pillar, The Slow Constitutionaliza-*

sono state già approvate diverse iniziative quali la direttiva relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare⁴⁵; la direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE che introduce nuovi diritti minimi e nuove norme sulle informazioni da fornire ai lavoratori in merito alle loro condizioni di lavoro⁴⁶; il regolamento per l'istituzione di un'Autorità europea del lavoro⁴⁷. Occorre tuttavia considerare che, se è pur vero che il Pilastro è richiamato nei considerando, al pari della CDFUE, ovviamente la base giuridica rimane sempre nel Trattato.

In conclusione, occorre chiedersi se l'orientamento che attribuisce efficacia diretta anche orizzontale alle norme della CDFUE in materia sociale continuerà o se, invece, non debba riscontrarsi una "controtendenza". L'impressione è che la stessa Corte di giustizia abbia recentemente optato per un'interpretazione più tradizionale, come nella sentenza *TSN*⁴⁸: in effetti, in quell'occasione, la Grande Sezione della Corte sembra essere tornata indietro, o comunque non aver scelto quella linea interpretativa che pure aveva annunciato in alcune altre pronunce, ovvero quella di ricondurre all'ambito di applicazione della Carta tutte quelle fattispecie in cui potesse intravedersi una competenza dell'Unione. Nel caso di specie, la direttiva in questione, se da un lato stabiliva un periodo feriale di quattro settimane, dall'altro (essendo una direttiva di armoniz-

tion of Social Rights in European Law, in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS (a cura di), *Constitutionalism under stress*, Oxford, 2020, p. 191 ss.

⁴⁵ Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio, in *GUUE*, L 188 del 12 luglio 2019, p. 79.

⁴⁶ Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, in *GUUE*, L 186 del 11 luglio 2019, p. 105.

⁴⁷ Regolamento (UE) 2019/1149 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che istituisce l'Autorità europea del lavoro, che modifica i regolamenti (CE) n. 883/2004, (UE) n. 492/2011, e (UE) 2016/589 e che abroga la decisione (UE) 2016/344, in *GUUE*, L 186 del 11 luglio 2019, p. 21.

⁴⁸ Corte giust., 19 novembre 2019, cause riunite C-609/17 e C-610/17, *TSN*, ECLI:EU:C:2019:981.

zazione minima) sanciva che gli Stati fossero liberi di introdurre una durata maggiore del periodo feriale. Ebbene, nel momento in cui gli Stati abbiano adottato una disposizione che introduce un periodo di ferie maggiore, tale disposizione (adottata in virtù della clausola abilitante contenuta nella direttiva) soggiace o meno all'applicazione della Carta? La Corte di giustizia ha risposto negativamente, mentre l'avvocato generale aveva invocato una logica di prolungamento del diritto conferito dalla norma della direttiva, quindi rientrando comunque nell'ambito di applicazione della CDFUE⁴⁹.

Questa lettura può essere vista come il tentativo di bilanciamento di quell'altra giurisprudenza che va invece nel verso di un'espansione dell'efficacia orizzontale delle disposizioni della Carta, riempiendole di un contenuto che si ricava, in verità, soltanto dal diritto derivato e, in particolare, dalle direttive (interpretate dalla Corte), rispetto alle quali tuttavia l'efficacia orizzontale, come sappiamo, è preclusa.

Ad oggi è possibile registrare entrambi gli orientamenti nelle sentenze della Corte e nelle conclusioni degli avvocati generali: ad esempio, l'avvocato generale Hogan, nelle conclusioni alla causa *KV*⁵⁰, ha recentemente ribadito l'applicabilità della Carta e dei principi generali del diritto dell'Unione alla legislazione nazionale che attua la deroga di cui all'art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109, al fine di affermare il diritto dei cittadini di Paesi terzi ad accedere ad indennità di prestazione sociale per l'alloggio su un piano di parità rispetto ai cittadini dell'Unione. Lo stesso avvocato generale, nelle conclusioni alla causa *Job-Medium*, è tornato sul tema dell'indennità per ferie annuali non godute versata alla cessazione del rapporto di lavoro, interpretando l'art. 7, par. 2, della direttiva 2003/88 e l'art. 31, par. 2, della Carta nel senso che ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale non è dovuta alcuna indennità per ferie annuali in riferimento all'ultimo anno di lavoro in corso qualora il lavoratore ponga fine unilateralmente, anticipatamente e senza giusta causa al rapporto di lavoro⁵¹.

⁴⁹ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Bot, 4 giugno 2019, cit.

⁵⁰ Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Hogan, 2 marzo 2021, in causa C-94/20, *Land Oberösterreich c. KV*, ECLI:EU:C:2021:155.

⁵¹ Conclusioni dell'avvocato generale Hogan, 15 aprile 2021, in causa C-233/20, *WD c. Job-medium GmbH*, in liquidazione, in ECLI:EU:C:2021:304.

Occorrerà attendere per vedere se si consoliderà l'uno o l'altro orientamento: è probabile che quanto più si affermerà l'attuazione a livello nazionale e comunitario del Pilastro dei diritti sociali da un punto di vista legislativo, tanto meno sarà avvertita, da parte della Corte di giustizia, l'esigenza di colmare le lacune di tutela dei diritti sociali attraverso la combinazione di direttive e CDFUE al di là del tradizionale uso di queste fonti.

Bibliografia

- AMALFITANO C., *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, p. 110 ss.
- AMOROSO G., *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- ANDERSON D., MURPHY C., *The Charter of fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *Eu after Lisbon*, Oxford, 2011.
- BENOIT-ROHMER F. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Parigi, 2000.
- BRONZINI G., *Il 'Trittico' della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A., PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, 2005.
- BUTLER I., *Ensuring compliance with the Charter of Fundamental Rights in legislative drafting: the practice of the European Commission*, in *ELR*, 2012, p. 397 ss.
- CANNIZZARO E., *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *DUE*, 2012, p. 23 ss.
- CARLIER J.Y., DE SCHUTTER O. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002.
- CONDINANZI M., *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016.
- CONDINANZI M., *Unione economica e monetaria e politica sociale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 241 ss.

- CONDINANZI M., *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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 22 maggio 2019.
- COZZI A., *Perché il Pilastro europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quaderni cost.*, 2018, p. 507 ss.
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *DUE*, 2008, p. 655 ss.
- DE WITTE B., *Two Charters and a Pillar, The Slow Constitutionalization of Social Rights in European Law*, in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS (a cura di), *Constitutionalism under stress*, Oxford, 2020, p. 191 ss.
- DI FEDERICO G. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, 2011.
- FERRARO F., *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- FERRARO F., LAZZERINI N., *Art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.
- GIUBBONI B., *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni cost.*, 2017, p. 953 ss.
- IGLESIAS SANCHEZ S., *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *CMLR*, 2012, p. 1565 ss.
- LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.
- LENAERTS K., *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *ECLR*, 2012, p. 377 ss.
- LENAERTS K., *The EU Charter of Fundamental Rights: scope of application and methods of interpretation*, in M. D'ALESSIO, V. KRONENBERGER, V. PLACCO (dirs.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, p. 107 ss.
- MAMMONE G., *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie: un nuovo corso per la disapplicazione?*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

- MUIR E., *The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 185 ss.
- NASCIMBENE B., *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 22 aprile 2021.
- PALLADINO R., *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, 2019, p. 175 ss.
- PEERS S., WARD A., *The European Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004.
- PICCONE V., *Diritti fondamentali e tutele nel difficile 'crossroad' fra le Corti*, in *Federalismi*, 22 maggio 201.
- PICCONE V., POLLICINO O. (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: efficacia ed effettività*, Napoli, 2018.
- PICHERAL C., COUTRON L., *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2012.
- POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, in *DPCE*, 2008, p. 101 ss.
- ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.
- ROSSI L.S., *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- SCIARRA S., *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.
- TEGA D., *I Diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, p. 67 ss.
- TIZZANO A., *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *DUE*, 2014, p. 429 ss.
- TIZZANO A., *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2019.
- TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.
- VEZZANI S., *L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali: problemi e prospettive alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea, Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 199 ss.

CAPITOLO 6

SINDACATO ACCENTRATO DI COSTITUZIONALITÀ E DIRETTA APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

Gino Scaccia

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Il rapporto fra Carta di Nizza e Costituzione nazionale nella dogmatica delle fonti. – 3. La tensione irrisolta fra applicazione diretta della Carta e controllo accentrato di legittimità costituzionale. – 4. Granital rivisitato o interpretato autenticamente? – 5. Epilogo. Le ragioni del sindacato accentrato: l'ineliminabile politicità dei diritti e il paradosso della neutralità delle Corti costituzionali nazionali.

1. *Prologo.*

Nessuno nel dibattito scientifico ravvisa nel riconoscimento del valore giuridico dei Trattati alla Carta di Nizza-Strasburgo l'epifania di un potere costituente europeo, almeno se intendiamo questo potere secondo la teorizzazione classica¹.

¹Fra la vastissima letteratura sul punto, si consenta di limitare il rinvio a C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, Roma, 1945, che intende per potere costituente “quello strumento di ristrutturazione straordinaria degli assetti di potere e di diritto che conduce all'ordine”; e a C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, nella trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di Antonio Caracciolo, Milano, 1984, p. 109 ss., per il quale il potere costituente coincide con «la volontà politica la cui autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire l'esistenza dell'unità politica».

La Carta non amplia né modifica l'assetto di competenze definito nei Trattati, non estende il proprio ambito di applicazione al di là delle competenze dell'Unione (art. 51, par. 2, Carta), non riassume in sé le Costituzioni nazionali e rappresenta anzi la soluzione di ripiego rispetto al fallito tentativo di dotare l'Unione di un autentico Trattato costituzionale. Eppure pochi dubitano che il riconoscimento a livello europeo di una costellazione di diritti con pieno valore giuridico abbia impresso un moto di accelerazione impetuosa al processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione, perché ha attratto nell'orbita del diritto dell'Unione un contenuto tipico e necessario della Costituzione, come scolpisce con sintesi esemplare il celebre art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto 1789².

In questo scenario, in cui il diritto europeo, dopo lunga navigazione, varca le colonne d'Ercole della "materia costituzionale", il rapporto fra diritti protetti dalla Carta e diritti enunciati nelle costituzioni nazionali si articola in modo apparentemente lineare, schematico, tanto da essere riducibile in un sillogismo aristotelico³.

A premessa maggiore di questo sillogismo sta il dato incontrovertibile che le norme di diritto europeo, *in primis* i Trattati, prevalgono sulle concorrenti disposizioni nazionali, salvo il limite dei principi supremi, ed affermano il proprio primato o attraverso l'invalidazione della norma nazionale incompatibile oppure nella forma della *non*-applicazione del diritto interno, e ciò a seconda che il diritto UE sia o meno munito di effetto diretto⁴.

² L'art. 16 recita: «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Che la "materia" costituzionale, nella dottrina della Costituzione del XXI secolo, incorpori strutturalmente, e anzi *debba* incorporare, la protezione dei diritti non richiede particolare dimostrazione (per tutti si veda A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir. – Annali*, VIII, Milano, 2015).

³ ARISTOTELE, *Analitici primi*, in M. ZANATTA (a cura di), *Organon. Categorie – Dell'interpretazione – Analitici primi*, Torino, 1996, p. 18, definisce il sillogismo come «*un discorso in cui, posti taluni oggetti, alcunché di diverso dagli oggetti stabiliti risulta necessariamente, per il fatto che questi oggetti sussistono*».

⁴ L'indirizzo accolto dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza Granital n. 170/1984 è nel senso che la diretta applicazione non produce la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da

Premessa minore del nostro sillogismo è l'assunto, egualmente certo, che la Carta dei diritti – dopo la ratifica del Trattato di Lisbona – ha piena forza normativa e partecipa dunque della natura delle norme euro-unitarie, collocandosi sul medesimo livello dei Trattati⁵.

Su queste basi è possibile concludere pianamente che anche le previsioni contenute nella Carta, salvi sempre i controlimiti, prevalgono su ogni concorrente disposizione di diritto nazionale, integrando il parametro costituzionale quando siano sprovviste di effetto diretto ovvero autorizzando la corrispondente disapplicazione delle norme interne, quando abbiano diretta efficacia.

Corollario e insieme fattore di chiusura di questo teorema normativo è la regola della massimizzazione della tutela dei diritti, scolpita nell'art. 53 della Carta di Nizza: nel concorso fra tutele e rimedi diversi, rinviati alla Carta, alle Costituzioni nazionali e alla CEDU, la protezione accordata dal diritto europeo o convenzionale non può essere inferiore a quella posta nell'ordinamento interno, sicché anche gli eventuali dissidi interpretativi fra le diverse "Corti dei diritti" sono destinati a ricomporsi nell'ottica della migliore e più larga tutela⁶.

parte del giudice nazionale al caso oggetto della sua cognizione. Si è precisato nella sentenza n. 168/1991 che in questi casi, a rigore, dovrebbe parlarsi di «non applicazione» della legge nazionale (piuttosto che di «disapplicazione» che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti). L'attributo della diretta applicabilità è stato, come noto, riconosciuto dapprima ai regolamenti (sentenza n. 170/1984), quindi alle pronunce rese dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (sentenza n. 113/1985) e di giudizio di condanna (sentenza n. 389/1989), nonché alle direttive dettagliate (sentenza n. 64/1990).

⁵ Fra i primi a interrogarsi sulle conseguenze derivanti dall'attribuzione alla Carta dei diritti, nell'art. 6, par. 1, TUE, della forza giuridica dei Trattati, L.S. ROSSI, "Same legal Value as the Treaties?" *Rank, Primacy and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *German Law Journal*, n. 4/2017, pp. 771-798; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights*, in *Common Mkt. L. Rev.*, n. 5/2012, pp. 1565-1611.

⁶ Conformemente alla regola del *plus* di tutela affermata dalla stessa Corte costituzionale fin dalle sentenze nn. 311 e 317/2009. In quest'ultima si legge che «*Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali*» (*Considerato in diritto*, punto 7).

Il “metapprincipio” del *plus di tutela* – come è stato definito da autorevole dottrina⁷ – dovrebbe dunque porre fine a ogni discussione, acquietare ogni animo, assicurando che il gioco degli accordi e disaccordi fra le giurisdizioni multilivello si chiuda comunque con una somma positiva, un risultato che amplia la sfera di protezione delle libertà fondamentali.

Questo schema concettuale è dotato di rigore ferreo nella prospettiva del diritto europeo e internazionale. Nella diversa prospettiva del costituzionalista, che per statuto scientifico non può eludere la domanda sulle “cause ultime”, sull’aristotelico primo motore immobile⁸, quella sequenza argomentativa non può essere invece accolta in modo aporoflemmatico. A ben vedere essa poggia infatti, a sua volta, sul postulato che l’operatore giuridico nazionale chiamato a far valere la *primauté* del diritto dell’Unione sia autorizzato ad applicare tanto la norma nazionale quanto la norma europea che concorrono nella disciplina della medesima fattispecie, senza riguardo al rango formale attinto dalla disciplina interna, e quindi anche rispetto a fonti costituzionali. Così ha statuito da un cinquantennio la giurisprudenza euro-unitaria senza ambiguità o esitazioni e in assoluta coerenza con una ricostruzione monista dei rapporti fra diritto UE e ordinamenti nazionali. La Corte di giustizia, in effetti, da sempre ritiene con saldezza ferrea che il primato della disciplina europea non possa trovare ostacolo alcuno nella normativa interna, quale che ne sia il grado di forza giuridica⁹. E tuttavia il «dato as-

⁷ A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, pp. 132 e 136, dove lo definisce come «l’autentica Grundnorm delle relazioni tra le Carte (e, di riflesso, degli ordinamenti sulle stesse fondati), criterio di composizione delle fonti (rectius, delle norme) in sistema, fattore di preorientamento interpretativo di ogni documento normativo, in ispecie di quelli che danno il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti». Sul punto si veda anche A. RANDAZZO, *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2020.

⁸ Aristotele, *Metafisica*, V, 11; XII, 8, 24 ss., nonché *Fisica*, VIII, 8, 9, ove si individua la causa finale dell’intero universo nel primo motore immobile (πρῶτον κινῶν ἀκίνητον), che tutto muove senza essere mosso perché attrae a sé la realtà come oggetto d’amore (κινεῖ ὡς ἐρώμενον).

⁹ Chiarissima al riguardo la sentenza della Corte giust., 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, punto 17: «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applica-

siomatico»¹⁰ della *primauté*, nell'ottica del costituzionalista, deve misurarsi con la *ratio essendi* del sindacato accentrato, il quale, come impedisce al giudice comune di estendere a fattispecie diverse da quelle scrutinate dalla Consulta la *ratio decidendi* di sentenze di illegittimità costituzionale¹¹, così implica il divieto per ogni giudice di applicare direttamente, ma anche di *disapplicare* norme di rango costituzionale. Più precisamente, impedisce al giudice comune di estromettere dal suo percorso argomentativo norme costituzionali enunciative di diritti inviolabili e principi istituzionali-organizzativi qualificabili come supremi¹². Princi-

bili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere "ipso jure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie». Che impedire la valida formazione di un atto interno non equivalga a riconoscerne la nullità-inesistenza è precisato dalla stessa Corte giust., sent. 22 ottobre 1998, C-10-22/97, *Ministero delle Finanze c. Incoge*, punto 18 ss.

¹⁰ Come lo definisce C. BLUMANN, *Querelles internes*, in E. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2009, pp. 93-112. Il primato del diritto dell'Unione è stato sancito in modo stentoreo anche nei confronti delle norme nazionali aventi rango costituzionale nella sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3: «il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato». In termini sostanzialmente analoghi, fra le molte, v. sentenze 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 59-60; 4 febbraio 2016, C-336/14, *Sebat Ince*, punto 53; 8 settembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten c. Burgmeisterin der Stadt Bergheim*, punto 69; 19 giugno 1990, C-213/89, *The Queen e Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, punto 18; 24 gennaio 2013, C-186/11 e C-209/11, *Stanleybet International e a.*, punto 38.

¹¹ In questi casi, infatti, è «imprescindibile – nella logica, voluta dal legislatore costituente, del sindacato accentrato di legittimità costituzionale – l'intervento di questa Corte» (sent. n. 191/2020, punto 4.1 del *Cons. dir.*).

¹² A partire dalla sentenza n. 183/1973, *Cons. dir.*, punto 9, la Corte costituzionale ha affermato che «in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate»; ha escluso che siffatte limitazioni possano conferire agli organi comunitari «un inammissibile potere di

pi fra i quali un posto eminente spetta all'art. 134, che situa il sindacato di costituzionalità «a fondamento dell'architettura costituzionale»¹³.

Ben si comprende, allora, come il riconoscimento alla Carta di Nizza-Strasburgo di effetti orizzontali diretti¹⁴ e la sostanziale omogeneità di contenuti fra Carta e Costituzione quanto alla disciplina dei diritti pongano in un campo di tensione le logiche del sindacato accentrato e il principio supremo di cui esso è espressione.

Per poter cogliere pienamente i termini di questo rapporto intrinsecamente dialettico, è necessario ricostruire la relazione che intercorre fra Carta e Costituzione sul piano della dogmatica delle fonti. Ciò consentirà di apprezzare la differenza ontologica fra la Carta e le “comuni” norme di diritto UE e di argomentare la tesi che con la linea giurisprudenziale inaugurata dalla sentenza n. 269/2017¹⁵, la Corte costituzionale, lungi

violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana» e ha concluso che «in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali».

¹³Cfr. sentenza n. 269/2017 e n. 20/2019. Fin dalla sentenza n. 38/1957, con la quale la preesistente competenza dell'Alta Corte per la Regione Siciliana è stata riassorbita nel sindacato accentrato di costituzionalità, la Corte costituzionale ha statuito che «la ratio di tutto il sistema, così delle garanzie giurisdizionali come delle autonomie regionali, quale è delineato dalla Costituzione (...) postula la necessità dell'unità della giurisdizione costituzionale ed esclude la possibilità di competenze speciali».

¹⁴Si vedano, per tutte, CGUE, C-414/16, *Egenberger*, ove si dichiara l'effetto diretto (anche orizzontale) dell'art. 21 della Carta di Nizza con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, nonché C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft*, ove si riconosce l'effetto diretto (anche in tal caso orizzontale) dell'art. 31, par. 2, della Carta quanto al diritto alle ferie annuali retribuite. Sull'effetto diretto orizzontale ancora, *ante Cartam*, CGUE sentenze 22 ottobre 2005, C-144/04, *Mangold*, e, *post Cartam*, sempre con riferimento all'art. 21, sentenze 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kucukdeveci*, punto 51 e 18 settembre 2017, C-409/16, *Kalliri*.

¹⁵L'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza sopra citata è stato, come noto, precisato nella successiva sentenza n. 20/2019, nella quale il giudice costituzionale ha avuto cura di chiarire che, ferma restando la “prima parola” spettante alla Corte costituzionale nel caso in cui rilevi il rango costituzionale della questione oggetto del giudizio, nulla vieta che «i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro av-

dallo smentire gli assunti della sentenza Granital, che poggiava su presupposti profondamente diversi, abbia in realtà cercato – forse con qualche timidezza – di richiamare i giudici comuni all’osservanza delle logiche che presidono alla tutela accentrata dei diritti radicati nella Costituzione, senza con ciò pregiudicare i poteri e le attribuzioni della Corte di giustizia dell’Unione europea¹⁶.

2. *Il rapporto fra Carta di Nizza e Costituzione nazionale nella dogmatica delle fonti.*

È quanto mai arduo ricondurre i rapporti fra diritto nazionale ed euro-unitario negli schemi concettuali che tradizionalmente governano la sistemazione delle fonti normative a livello statale. Nella prospettiva del costituzionalista, la perdurante separazione fra ordinamenti interno ed europeo, pur nel loro reciproco coordinamento, non consente, in particolare, di classificare le rispettive fonti di produzione secondo una limpida e incontestabile gerarchia formale e astratta e lascia piuttosto campo all’applicazione del criterio di competenza.

viso necessaria» (Considerato in diritto 2.3). Di mero schiarimento si tratta, più che di una correzione del precedente indirizzo, giacché il passaggio appena citato era, a ben vedere, già contenuto nella stessa sentenza n. 269, sebbene ivi richiamato per il tramite di una citazione della giurisprudenza euro-unitaria alla quale la Corte costituzionale, evidentemente, mostrava di aderire.

¹⁶ Si veda, al riguardo, la sentenza n. 11/2020, nella quale la Consulta pare ribadire non solo il monopolio interpretativo in ordine alla Carta costituzionale ma anche la crucialità del vaglio di legittimità costituzionale nel caso in cui vengano in rilievo, quali norme interposte, le disposizioni del diritto dell’Unione, precisando, altresì, che «*qualora sia lo stesso giudice comune, nell’ambito di un incidente di costituzionalità, a 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 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.), con conseguente eliminazione dall’ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione» (ex plurimis, sentenza n. 63 del 2019)*» (Considerato in diritto 3.4).

Il sistema statale “si apre” alla normazione europea «lasciando che le regole in cui essa si concreta vengano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle»¹⁷; e, nelle materie di competenza dei Trattati, si ritrae anche con il suo livello normativo costituzionale, salvi i principi supremi e i diritti inalienabili della persona umana. Questa ritrazione può essere giustificata assumendo che la norma euro-unitaria ritaglia dalla norma nazionale fattispecie, oggetti, rapporti di vita per attrarli nel perimetro regolativo della disciplina europea. E tuttavia non può mai costituirsi, in favore del diritto dell’Unione, una *riserva astratta* di materia, la quale presupporrebbe l’assoluta, incondizionata e irreversibile rinuncia da parte dello Stato italiano all’esercizio, in quella materia, della propria potestà legislativa e implicherebbe perciò, inammissibilmente, il carattere parziale della sovranità della Costituzione.

Se ci si colloca dal punto di vista del diritto nazionale, dunque, l’incompetenza assoluta della norma interna al cospetto di quella euro-unitaria risulta evenienza teoricamente inaccettabile, almeno fin quando la “dottrina dei controlimiti” non si dissolverà per l’incorporazione della Costituzione italiana in una futuribile Costituzione federale europea. Resta, infatti, fermo che il trasferimento agli organi dell’Unione del potere di emanare norme giuridiche in relazione a determinate materie non comporta la «radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria»¹⁸. Lo schema competenziale che governa le relazioni fra diritto interno e comunitario non è, difatti, quello della separazione-esclusione, vale a dire della riserva esclusiva e astratta di competenza (da cui consegue un effetto preclusivo necessario e assoluto a carico della fonte interna, inabilitata a porre qualsivoglia disciplina nell’ambito riservato alla fonte competente), ma piuttosto quello della *preferenza* per la fonte comunitaria, da valutare in concreto, rispetto al contenuto dell’atto. Può dirsi allora, meglio precisando, che all’Unione europea spetta una potestà regolativa abilitata a circoscrivere la corrispondente competenza nazionale attraverso positivi e concreti interventi normativi. Il vincolo gravante sul diritto nazionale non è, dunque, *neces-*

¹⁷ Corte cost., sentenza n. 170/1984, punto 4 *Cons. dir.*

¹⁸ Così, Corte cost., sentenza n. 232/1975, punto 6 *Cons. dir.*

sario e *a priori*, ma *eventuale e a posteriori*. «Tanto ciò è vero» – come è stato autorevolmente osservato – «che, fino a concreta emanazione delle norme comunitarie, la competenza nazionale rimane intatta e piena e, successivamente, viene, pro parte, a cadere o ad essere circoscritta in misura corrispondente allo ‘spazio’ normativo occupato dalla norma comunitaria»¹⁹.

La disciplina dell’Unione è autorizzata a conformare l’ambito di competenza della legge nazionale, a delimitarne i contorni e, simmetricamente, la norma nazionale esplicantesi in una sfera sottratta alla propria competenza da un positivo e concreto intervento comunitario deve considerarsi, puramente e semplicemente, incompetente. Un’incompetenza, tuttavia – giova ribadirlo – che non discende mai da un *difetto in astratto* di potestà legislativa, ma risulta sempre dall’incompatibilità dispositiva, originaria o sopravvenuta, con una norma di diritto UE²⁰. L’antinomia fra norme interne ed euro-unitarie è sciolta, infatti, senza eliminare uno dei termini della relazione di incompatibilità. La norma interna, inapplicabile nell’area di sovrapposizione con la norma comunitaria, ovvero nello spazio in cui norma nazionale ed unionale sussumono identiche fattispecie, riconducendo ad esse effetti diversi, conserva integra la sua validità ed efficacia «fuori dall’ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria»²¹ e torna a riespandersi agli ambiti ad essa sottratti quando la normativa dell’Unione sia eventualmente rimossa o modificata. In questo specifico senso suole dirsi che la *primauté* del diritto dell’Unione non si esprime in una prevalenza gerarchica o di validità (*Geltungsvorrang*), ma

¹⁹ F. MODUGNO, *È illegittimo l’art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee? (Variazioni critiche e ricostruttive)*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 924.

²⁰ Sulla nozione di difetto in astratto di funzione legislativa e sulla correlazione tra riserva astratta di competenza ed effetto preclusivo a carico della fonte non riservataria, si permetta di rinviare a G. SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, Ancora in tema di rapporti Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V della Parte II della Costituzione*, IV, Napoli, 2008, p. 113 ss., ove si ragiona dei caratteri propri delle competenze esclusive statali di cui al secondo comma dell’art. 117 Cost. e le si raffronta con le competenze residuali delle Regioni.

²¹ In questi termini, Corte cost., sentenza n. 170/1984, in *Cons. dir.*, p. 5.

solo in una priorità nell'applicazione (*Anwendungsvorrang*)²². Con la rilevante conseguenza che il diritto europeo autoapplicativo non provoca alcun effetto estintivo o modificativo sul diritto nazionale²³, e che le norme euro-unitarie operano semplicemente come condizione risolutiva (quando sopravvengano) o sospensiva (quando precedano) dell'efficacia di norme interne insistenti sullo stesso campo materiale²⁴.

L'inefficacia della disciplina nazionale è apprezzata in concreto; quasi mai è raffigurabile come rapporto *fra disposizioni*, una sola delle quali promanante dal soggetto investito della titolarità formale del potere di adottarla, ma assume correntemente la forma di un'incompatibilità *fra norme*. La rilevazione dell'effetto preclusivo a carico della legislazione nazionale non procede, perciò, dalla norma attributiva di competenza, ma prevede, come suo passaggio logico ineludibile, l'esame contenutistico dell'atto di esercizio della competenza. Da questo dovrà desumersi se il fine che anima la disciplina europea sia l'armonizzazione totale o parziale delle normative nazionali. Se essa sia capace, in altri termini, di occupare integralmente o solo in parte un determinato campo materiale²⁵.

²² Così H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tuebingen, 1972, p. 288. La nozione di *Anwendungsvorrang* come evidenza C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008 è stata assunta come cifra ricostruttiva del rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale tedesche (p. 133, nt. 25), nonché da ulteriori Paesi europei (pp. 134-140 e ivi ampi riferimenti bibliografici). C. GAUTRON, *La communauté doctrinale*, in F. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, cit., p. 21 ss., pp. 26-27 esprime l'avviso che, in base alla dottrina della *primauté interne* la scelta dei modi in cui si esprime la primazia del diritto dell'Unione non sia espressione delle prerogative sovrane degli Stati membri, «mais seulement de leur autonomie procédurale dans l'application et l'exécution des normes communautaires».

²³ Corte cost., sentenza n. 389/1989 nonché n. 168/1991.

²⁴ La 'non applicazione', non dispiegando alcun effetto sull'esistenza della norma nazionale, non fa venire meno l'esigenza «che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie» (vedi Corte cost., sentenze. nn. 389/1989 e 94/1995. V. anche l'art. 9, comma 1, lett. a), legge 4 febbraio 2005, n. 11.

²⁵ In questi termini può essere interpretata la scelta del Trattato di Lisbona di non riprodurre l'art. 1-12 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il quale

Nella cornice sistematica così sommariamente illustrata si inserisce il celebre passaggio della sentenza n. 269/2017 in cui la Consulta, in un'ottica assiologico-sostanziale, ha riconosciuto alla Carta di Nizza – dopo il Trattato di Lisbona – valore giuridico «tipicamente costituzionale»²⁶. Una qualificazione più che giustificata. La forza giuridica degli atti dell'ordinamento europeo, infatti, non discende da loro connotati formali, cioè dai modi di produzione, ma deriva dalla loro struttura nomologica, vale a dire dai contenuti precettivi (l'esempio delle direttive dettagliate è al riguardo paradigmatico). Il sistema delle fonti normative non è, di conseguenza, ordinabile secondo un'astratta gerarchia formale, costruita sulla base dell'equivalenza tra *forza* e *forma* dell'atto, ma piuttosto alla stregua di una «gerarchia di contenuti» (come l'ha definita Vezio Crisafulli in pagine insuperate²⁷), ove il valore della fonte, a prescindere dal suo procedimento di formazione, è dato dalla capacità di imporre condizioni procedurali o limiti sostanziali ad altre fonti, che per ciò stesso ne risultano subordinate. È agevole a questo punto comprendere perché la Carta si discosti nettamente dalle “comuni” norme europee e si collochi al vertice della scala gerarchica delle fonti dell'Unione, situandosi al di sopra degli stessi Trattati. I diritti in essa enunciati impongono, in effetti, un vincolo teleologico e un limite di contenuto a tutte le istituzioni e tutti gli atti di diritto UE, senza eccezione alcuna, potendo per essi fungere da parametro. Seppure, dunque, la Carta di Nizza non è norma costituzionale nella forma, essa lo è per la sostanza dei suoi contenuti precettivi. Per questo non è azzardato considerarla la “Costituzione dei diritti” dell'Unione che concorre con le corrispondenti previsioni delle Costi-

descriveva in modo perentorio l'effetto di preclusione astratta operante a carico della legislazione degli Stati membri nelle materie assegnate alla competenza esclusiva dell'Unione. Esso infatti prevedeva «Quando la Costituzione attribuisce all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per attuare gli atti dell'Unione».

²⁶ Così 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*, 13 maggio 2019, p. 245.

²⁷ V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 779 ss.

tuzioni nazionali e si raccorda – nei modi previsti nell’art. 53 della medesima Carta – con l’altro testo materialmente costituzionale preordinato alla garanzia dei diritti fondamentali: la Convenzione europea dei diritti dell’uomo²⁸.

Ulteriormente specificando: negli ambiti presidiati dal diritto dell’Unione, il rapporto fra Costituzione e Carta dei diritti è un rapporto tra fonti omogenee, che non sono gerarchicamente ordinabili né in base a forza, né in base a contenuto, vista la sostanziale sovrapponibilità dei loro rispettivi precetti normativi. Le due fonti operano perciò in regime di *concorso libero*.

Al riguardo, la Corte costituzionale ha osservato che si pone un problema di concorrenza di tutele con «trattati internazionali sui diritti umani, che vincolano il potere legislativo statale e regionale ai sensi e nei limiti di cui all’art. 117, primo comma, Cost.» solo in quanto tali trattati siano assunti come parametri interposti, «potendo altrimenti essere utilizzati soltanto quali strumenti interpretativi delle corrispondenti garanzie costituzionali»²⁹. Il riferimento è alla CEDU, che – al pari della Carta di Nizza – reca norme costitutive di obblighi internazionali di caratura costituzionale; e appresta riconoscimento a diritti che sovente si sovrappongono parzialmente o integralmente a quelli enunciati in Costituzione, con il rischio di asimmetrie di tutela³⁰. CEDU e Carta dei diritti non ricevono però, com’è risaputo, il medesimo trattamento giuridico. Secondo i principi enunciati nelle sentenze n. 348 e n. 349/2007, infatti, le ipotesi di violazione della CEDU (siano o meno congiunte a corrispondenti violazioni della Costituzione) non danno luogo alla disapplicazione

²⁸ Sul rapporto tra le due Carte si veda I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi*, n. 19/2020.

²⁹ Sentenza n. 62/2021; analoghe formulazioni si rintracciano nelle sentenze n. 102/2020 e n. 120/2018.

³⁰ Come ben evidenziato, tra le altre, nella sentenza n. 264/2012, nella quale la Corte costituzionale pone l’accento sulle peculiarità del sindacato svolto dalla Corte EDU, la quale, operando al di fuori del circuito politico degli singoli Stati, è chiamata ad assicurare la tutela dei diritti di volta in volta in considerazione «*in modo parcellizzato*», contrariamente a quanto richiesto al giudice costituzionale, tenuto a garantire che «*la tutela dei diritti fondamentali [sia] sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*» (*Considerato in diritto* 4.1.).

diretta della norma interna confliggente, ma confluiscono nel giudizio di legittimità costituzionale; sono quindi riassorbite in una medesima *quaestio legitimitatis* per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.³¹. Il filtro del giudizio incidentale, riflesso del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»³², media il confronto fra i due parametri (nazionale e convenzionale)³³, e scongiura la disapplicazione diretta della legge da parte dei giudici comuni, e quindi l'elusione del meccanismo di sindacato accentrato. Se però alla Carta dei diritti si riconosce effetto orizzontale diretto, la disapplicazione del diritto nazionale con essa incompatibile e la conseguente elusione del giudizio incidentale diventano possibili. Perché la Carta venga in rilievo in un giudizio e sia applicabile da parte di un giudice comune occorre, difatti, che si realizzi una sovrapposizione di tutele non astratta, ipotetica, ma reale, concreta, e pertanto suscettibile di dare luogo all'applicazione di due differenziate *regulae iuris* alla medesima fattispecie. Si realizza in questo caso un *concorso alternativo* fra norme: una norma ricavata da una previsione della Carta e una norma desunta da un enunciato costituzionale. L'applicazione giudiziale diretta alla fattispecie di una norma della CDFUE si risolve perciò nella *non applicazione* dell'omologa disposizione costituzionale che il giudice assume violata e che dovrebbe porre a parametro di una questione incidentale di costituzionalità, a ciò vincolandolo il principio di soggezione

³¹ La questione di costituzionalità si pone, dunque, come un «*possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU*», che si compie in prima battuta nelle forme ed entro i limiti in cui lo consenta l'interpretazione conformativa (così sentenza n. 25/2019, *Considerato in diritto*, punto 13).

³² Sentenze n. 49/2015 (*Considerato in diritto*, punto 4) e n. 25/2019. Osserva efficacemente R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 26 marzo 2015, p. 188, che, nella difficile operazione di bilanciamento cui sarà chiamato, il giudice comune dovrà tenere «*sul suo scrittoio la Costituzione, la CEDU e le Carte che tutelano i diritti fondamentali, avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani*».

³³ Significativa al riguardo è la sentenza da ultimo citata (Corte cost., n. 25/2019), nella quale si afferma che la Corte costituzionale è chiamata a verificare che il bilanciamento da svolgersi, in una prospettiva generale, tra i diversi principi costituzionali in rilievo non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente – rispetto a quella da compiersi in ordine all'accertamento della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU.

alla legge di cui all'art. 101, in connessione sistematica con l'art. 134 Cost., che affida a un giudice unico e centralizzato l'applicazione diretta e l'interpretazione ultima delle disposizioni di rango costituzionale. Con ciò logicamente escludendo che il giudice comune possa applicare o disapplicare in via diretta norme costituzionali senza interpellare il giudice costituzionale.

3. *La tensione irrisolta fra applicazione diretta della Carta e controllo accentratò di legittimità costituzionale.*

L'immanente tensione tra applicazione diretta della CDFUE e sindacato accentratò di legittimità costituzionale è destinata ad aumentare, da un lato, per l'ambiguità dei criteri in base ai quali la Corte di Lussemburgo riconosce effetto diretto alle norme della Carta di Nizza-Strasburgo (a); dall'altro, per la stessa incerta delimitazione dell'ambito di applicazione della Carta (b).

a. Quanto al primo profilo, mi permetto solo alcuni rilievi rispetto alla relazione di Lorenza Violini e Maria Elena Gennusa, che hanno mostrato già la scivolosità del criterio fondato sulla partizione fra diritti e principi³⁴.

Secondo le *Spiegazioni* all'art. 52 della Carta i principi non danno luogo «a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri». Sembra con ciò volersi dire che le posizioni soggettive riconducibili a formulazioni della Carta recanti principi non si traducono in pretese direttamente azionabili in sede giurisdizionale, cioè nei rapporti orizzontali, ma possono semmai venire in rilievo in via indiretta, come condizioni di validità delle norme nazionali con esse incompatibili. I "diritti" sarebbero dunque dotati di effetto orizzontale diretto, i principi no. Il criterio dovrebbe fornire chiarimenti utili a ripartire nettamente le disposizioni che, in quanto direttamente applicabili dai giudici comuni, entrano in *concorso alternativo* con le norme costituzionali (*ergo* con il sindacato accentratò) e quelle

³⁴ L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra principi e diritti*, in questo volume.

che, non essendo dotate di diretta applicabilità, integrano il parametro interposto di costituzionalità e sono perciò riassorbite nel giudizio incidentale. Esso, tuttavia, è generalmente considerato fonte della più vasta ambiguità. Per limitarci solo alle voci più critiche, la distinzione è stata definita «oscura e imprevedibile»³⁵, giuridicamente «irrilevante»³⁶, «priva di fondamento e incoerente»³⁷, addirittura un «miscuglio indegno anche di un apprendista stregone»³⁸. E l'enumerazione potrebbe proseguire a lungo.

Soprattutto opinabile è la tesi che diritti costituzionali fondamentali, nei termini generalissimi e “universali” in cui sono fraseggiati nella Carta, ossia in un documento dotato di carattere dichiaratamente costituzionale, possano essere dotati di diretta efficacia. Se con questo vuole intendersi che i diritti si traducono normativamente in regole capaci di impadronirsi di una fattispecie somministrando per essa una regola dettagliata e precisa, tanto da prendere il posto della corrispondente e concorrente regola nazionale, ebbene la produzione di questo specifico effetto appare contraria alle più accreditate teorizzazioni sulla struttura normativa delle prescrizioni enunciative diritti fondamentali. Ci viene in soccorso, in particolare, l'autorità di Robert Alexy. Il teorico tedesco, nella sua monumentale *Theorie der Grundrechte*, dopo aver dimostrato che i diritti fondamentali

³⁵ D. ANDERSON, C.C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, in *EUJ working paper* n. 2011/08, p. 6, ora in *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, pp. 160-162 definisce la distinzione fra diritti e principi “inconsistent”.

³⁶ S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, pp. 1505-1507.

³⁷ C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2/2008, p. 193.

³⁸ S. PRECHAL, *Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. DE ZWAAN, J. H. JANS, F. A. NELISSEN (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, pp. 177, 182: «Indeed, one may wonder in how far such a brew, unworthy even for a sorcerer's apprentice, will contribute to legal certainty about the justiciability of the Charter's rights, since this is what everything is about»). In termini analoghi, A. O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 2/2018, p. 11 ss.

assumono la forma normativa di enunciazioni di principio, li qualifica come «*precetti di ottimizzazione relativi a possibilità giuridiche e normative*»³⁹. Si vuole dire con ciò che essi aspirano, tutti, alla massima possibile attuazione, ma sono condizionati da elementi fattuali, relativi alla disponibilità di risorse organizzative e strumentali, e da elementi giuridici, vale a dire dalla necessità di bilanciarli con altri interessi o diritti dotati dello stesso grado di riconoscimento a livello costituzionale.

In questo scenario pluralistico, in cui convivono una costellazione di diritti che aspirano tutti a divenire – schmittianamente – “tiranni”⁴⁰, epperò non sono collocabili in un ordine preventivo e stabile di tipo “gerarchico-verticale”⁴¹, le norme enunciative diritti restano prive di una fattispecie «*dotata di valore deduttivo*»⁴² dalla quale sia possibile ricavare una precisa e circostanziata regola da porre come premessa del sillogismo giudiziario⁴³.

³⁹ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, 1986, p. 100 «*Prinzipien sind Optimierungsgebote relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten*».

⁴⁰ Lo ha ricordato nel modo più autorevole la Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2013 sul caso dell'ILVA di Taranto, con chiara evocazione dell'opera di Carl Schmitt, *Die Tyrannie der Werte*, Duncker & Humblot, 1960.

⁴¹ Lo rileva R. DE STEFANO, *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori* (1982), ora in *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, 1990, p. 387. I complessi bilanciamenti ai quali la Corte costituzionale procede si puntualizzano, secondo l'espressione di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 79-84 in una «*regola di prevalenza*» di un interesse o valore su un altro che vale solo *rebus sic stantibus*.

⁴² Così L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, p. 1151.

⁴³ La ricostruzione delle norme costituzionali di principio come norme senza fattispecie è stata diffusa in dottrina dagli studi di R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, trad.it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90 ss. ed è accolta in Italia ad es. da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 149. Sulla distinzione tra regole e principi la letteratura è vastissima: si vedano *ex plurimis* R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 71 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 494 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, p. 181 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, cit., p. 66 ss.; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 601 ss.; IDEM, *Principii di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 143 ss.

Nei termini sopra descritti, il criterio che presume di fondare sulla distinzione fra diritti e principi una differenza di regime applicativo delle norme della Carta di Nizza ha basi scientifiche fragilissime. Esso inoltre non resiste alla verifica applicativa.

Pensiamo esemplarmente al divieto di discriminazione, il cui effetto diretto orizzontale è stato riconosciuto, tra l'altro, nelle sentenze della Corte di giustizia *Egenberger* e *Cresco Investigation*⁴⁴.

Metto da parte il fatto che in tutti gli ordinamenti occidentali questo divieto è espressione di un generale e comprensivo *principio* di eguaglianza – il che prova una volta di più l'evanescenza della distinzione fra diritti e principi – e mi concentro sulla struttura argomentativa del giudizio di eguaglianza-non discriminazione. Giova premettere, al riguardo, che l'eguaglianza è un concetto di relazione, nel senso che una discriminazione può essere predicata solo in riferimento a un termine di comparazione. Due fattispecie, categorie, classi possono considerarsi simili (od omogenee), solo quando sono accomunate da un carattere o un attributo considerato rilevante: quello che Norberto Bobbio definisce «*ragione sufficiente*»⁴⁵; e la ricerca di questa ragione sufficiente non implica un'attività puramente ricognitiva, assiologicamente neutra. È al contrario un'attività valutativa⁴⁶, permeabile a scelte impegnative sul piano etico: va definita, infatti, in relazione ai fini della legislazione e ai valori costituzionali di riferimento. Mentre dunque nell'Ottocento, in presenza di una società monoclasse e scarsamente pluralizzata, il principio di non discriminazione poteva tradursi puramente e semplicemente in un divieto di leggi particolari e *ad personam*, in un precetto di generalità della legge, tanto da divenire quasi un attributo della forza di legge (secondo la lettura propo-

⁴⁴ CGUE, C-414/16, *Egenberger*; C-193/17, *Cresco Investigation*, entrambe relative al divieto di discriminazione in base alla religione.

⁴⁵ Di «*somiglianza rilevante*» parla N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 603, che riporta il concetto a quello di *ragione sufficiente*, nel senso che per somiglianza rilevante, nel contesto del procedimento analogico, si deve intendere quella proprietà comune ad x ed y che rappresenta la ragione sufficiente dell'attribuzione ad x della qualificazione da estendere ad y. E la ragion sufficiente di una norma giuridica non è altro che la *ratio legis*.

⁴⁶ Così G. CARCATERRA, *Analogia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Roma, 1988, p. 10.

sta da Carlo Esposito⁴⁷), negli assetti sociali contemporanei, solcati da numerose e profonde differenze sul piano religioso, culturale e addirittura antropologico, l'eguaglianza non è più plausibilmente configurabile come *isonomia*, cioè uniforme applicazione, ma piuttosto va declinata come diritto a un ragionevole riconoscimento delle diversità. Si risolve, in definitiva, in un giudizio di ragionevolezza della discriminazione introdotta dalla legge, al quale non sono estranee, ma coesenziali, scelte di valore impegnative sul piano morale (dunque *politiche* in senso largo).

È più che dubbio, perciò, che una disposizione enunciativa di un divieto di discriminazione possa essere precisa, chiara e incondizionata, applicabile quale regola dettagliata e uniforme in sostituzione del corrispondente principio costituzionale di eguaglianza; e che le complesse e poliedriche applicazioni del canone dell'eguaglianza-ragionevolezza, con i bilanciamenti e le scelte di valore che esso ineluttabilmente incorpora, possano essere affidate alle cure del giudice comune. Va inoltre considerato che il ripristino di una condizione di eguaglianza atto a superare la discriminazione giudizialmente accertata richiede l'estensione dei precetti legislativi, per il tramite di sentenze additive, ad ambiti e fattispecie che in essi non erano contemplati e che invece avrebbero dovuto esserlo. L'applicazione diretta di una disposizione che sancisce un divieto di discriminazione può implicare perciò l'addizione al precetto censurato di un frammento normativo. Un'attività creativa, nomopoietica che, attenuatosi ormai nella giurisprudenza costituzionale il rigore della dottrina delle "rime obbligate"⁴⁸, appare più vicina alla produzione giuridica che

⁴⁷ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 17 ss. La teoria espositiana, ancora permeata di una ideologia e di una *Weltanschauung* liberali, ha un nobile antecedente nella dottrina costituzionale di CARL SCHMITT, *Unabhängigkeit des Richters, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin-Leipzig, 1926; e *Verfassungslehre*, cit., p. 154, il quale aveva ricondotto il significato del principio di eguaglianza ad un generale divieto di leggi eccezionali, concrete, personali.

⁴⁸ Secondo V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1707 ss., l'attività normativa derivante dalle sentenze costituzionali di tipo additivo dà forma a una legislazione «a rime obbligate», nel senso che «La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore». Da alcuni anni, la Corte, interpretando in

all'attività dichiarativa di una volontà legislativa già formatasi. Un'attività, insomma, che in un sistema di controllo accentrato di legittimità costituzionale è improprio affidare alla responsabilità del giudice comune.

b. Venendo all'incertezza dell'ambito di applicazione della Carta, va premesso che l'indefinitezza della linea di riparto delle competenze è un carattere strutturale del diritto dell'Unione. Nell'art. 5 TUE si stabilisce che «in virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti». La norma corrisponde all'esigenza di legare più saldamente le attribuzioni dell'Unione alla enumerazione testuale delle competenze, anziché alle finalità talora molto generiche che i Trattati perseguono. Va tuttavia considerato che, pur dove la materia di competenza euro-unionale sia definita in termini oggettivi, la teoria dell'*effetto utile* consente di agganciare alla materia-base profili e ambiti ulteriori, non riconducibili alla formulazione letterale del titolo di competenza, ma sui quali è necessario si estenda la disciplina europea per non pregiudicare la realizzazione di obiettivi posti nei Trattati. Inoltre, anche là dove una competenza originariamente attratta all'Unione attraverso il riferimento a una "politica" comunitaria sia stata in seguito definita più puntualmente in termini oggettivi, l'intervenuto esercizio della competenza da parte dell'Unione impedisce ogni riappropriazione di esso da parte degli Stati membri, salva sempre la dichiarazione di invalidità della norma euro-unitaria. L'enumerazione della competenza unionale vale, quindi, a impedire in futuro *enlargement of functions*, ad evitare il ricorso a competenze autoriproducentisi, che sostituirebbero di senso il principio della competenza di attribuzione, ma non consente di riaprire alle fonti statali spazi ormai occupati dal diritto UE. Nemmeno le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona sembrano aver conferito una più stabile e rigida strutturazione all'assetto delle competenze. Al contrario continuano a perpetuarsi interpretazioni estensive delle at-

modo meno rigido la teoria delle rime obbligate, ha ammesso la possibilità di ricavare la soluzione additiva da «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento», pur se queste non siano desumibili in via diretta e automatica da fonti di livello costituzionale (così sentenza n. 236/2016, punti 4.4 e 5 del *Cons. dir.*; nei medesimi termini, v. decc. nn. 207, 222, 233/2018; 40, 99, 242/2019; 132, 152, 156/2020).

tribuzioni dell'Unione, connesse alla teoria dei poteri impliciti o all'uso della clausola delle competenze sussidiarie (art. 352 TFUE); come del resto è naturale. È stato difatti giustamente osservato che la natura dinamica, non pienamente predicibile, del percorso di integrazione e di 'federalizzazione' europea mal si concilia con la previsione di un assetto di competenze del tutto rigido⁴⁹, di tal ché l'eliminazione di ogni meccanismo di flessibilità nel riparto delle attribuzioni, oltre ad essere tecnicamente problematica, rischierebbe di contrastare con le ragioni dell'effettività storica e sarebbe quindi indesiderabile in un ordine di considerazioni prettamente politico.

L'insieme degli elementi sopra sinteticamente considerati fa sì che le competenze euro-unitarie continuino a essere costruite in chiave eminentemente finalistica⁵⁰: la competenza è ritenuta in relazione agli oggetti e rapporti strumentalmente connessi allo scopo e non è pertanto delimitabile in via interpretativa attraverso il riferimento a un oggetto, un bene, un istituto, né trova in precedenti qualificazioni normative un principio di definizione. Al contrario, essa può essere apprezzata solo nell'atto in cui viene in concreto esercitata; nel caso della Carta di Nizza, nell'atto in cui un giudice ritiene di poter sussumere la medesima fattispecie all'interno delle concorrenti cornici regolatorie della Costituzione e della CDFUE.

A questo specifico riguardo, la costante giurisprudenza lussemburghese ha precisato che le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri «quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»⁵¹, e che a tal fine il collegamento richiesto dall'art. 51, par. 1, della

⁴⁹ H. BLANKE, *Essentialia des Entwurfs des Europaeischen Verfassungsvertrages*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, p. 95 ss.

⁵⁰ Il rilievo è comune in dottrina. *Ex plurimis*, v. A. BLECKMANN, *Teleologie und dynamische Auslegung des Europaeischen Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 1979, p. 239 ss.; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 79, 84; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 327 ss.

⁵¹ *Ex plurimis*, CGUE, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* e, più recentemente, Ottava sezione, ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, *Caixa Económica Montepio Geral c. Carlos Samuel Pimenta Marinh e altri*; che hanno in tal modo interpretato l'art. 51 CDFUE, «[l]e disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attua-

Carta tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione «non si identifica nella mera affinità tra le materie prese in esame e nell'indiretta influenza che una materia esercita sull'altra»⁵².

La Corte costituzionale, per parte sua, pone nella circostanza che la materia interessata dalle questioni di legittimità costituzionale ricada entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la «condizione dalla quale dipende la stessa applicabilità della Carta negli ordinamenti degli Stati membri», sempre ai sensi di quanto disposto dall'art. 51 della Carta⁵³. Affinché la CDFUE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale occorre, più precisamente, che la fattispecie oggetto di legislazione interna «sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»; inoltre non è sufficiente che la materia sia genericamente riferibile a un ambito nel quale l'Unione ha competenza, ma è necessario che tale competenza sia stata *in concreto* esercitata⁵⁴.

Alla stregua di questi orientamenti, la CDFUE sembrerebbe venire in rilievo solo quando la disciplina nazionale sia direttamente attuativa di una normativa euro-unitaria. La Corte di giustizia ha però considerato

zione del diritto dell'Unione» (comma 1, primo periodo). Così anche la sentenza del 10 luglio 2014, *Julian Hernández e a.* (C-198/13), nella quale la Corte di Lussemburgo ha chiarito che, al fine di stabilire se una misura nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta, occorre verificare, *inter alia*, se la normativa nazionale in considerazione attui una disposizione del diritto europeo, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli del diritto UE, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa (punti 36, 37).

⁵² Sentenza n. 254/2020, punto 2.2. del *Considerato in diritto*, che richiama al riguardo l'ordinanza della Corte giust., 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ contro Balga srl*, punto 26.

⁵³ Corte cost., sentenze nn. 37/2019, 194/2018, 11/2017, 63/2016 e 80/2011.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., sentenze nn. 254/2020 e 194/2018. Sul punto anche sentenza n. 63/2016, *Considerato in diritto*, punto 7; nello stesso senso, sentenza n. 111/2017 e ordinanza n. 138/2011.

applicabile la Carta anche in ipotesi in cui la regolazione nazionale era solo strumentalmente connessa alla disciplina unionale⁵⁵. Nella sentenza Fransson si è infatti statuito che le norme nazionali svedesi sulle sovrattasse e i procedimenti penali per frode fiscale «*costituiscono un'attuazione degli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112 (già articoli 2 e 22 della sesta direttiva) e dell'articolo 325 TFUE e, pertanto, del diritto dell'Unione*», sebbene tali discipline nazionali non fossero state adottate per trasporre la direttiva sopra richiamata 2006/112. I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto decisivo, a tal fine, che comunque la normativa svedese «*mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata*» e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dall'art. 325 del TUE «*di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione*» (punti 27 e 28).

Con la sentenza Fransson, la Corte di giustizia ha proiettato la Carta su nuovi ambiti di applicazione, non direttamente correlati alla disciplina materiale dell'Unione, ma piuttosto a questa connessi per il tramite di disposizioni processuali e sanzionatorie. Ciò rende strutturalmente mobili, e indefinibili in astratto, i confini applicativi della Carta. L'enfasi sul criterio di stretta connessione o di strumentalità conduce generalmente, infatti, alla dilatazione applicativa della competenza connessa in danno della competenza con essa concorrente, come mostra l'esperienza applicativa delle competenze per connessione⁵⁶. Un approdo che non era così scontato né così pianamente desumibile dalla regola di riparto dettata nell'art. 51 CDFUE.

Non sorprende, perciò, che il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, tra i primi, abbia colto il rischio di tracimazione della Carta dei diritti oltre i confini tracciati dal diritto UE. Nella sentenza sulla legge per la raccolta dei dati con finalità antiterroristiche, i giudici di Karlsruhe hanno valutato criticamente l'estensione operata dalla Corte di giustizia, e concluso che la decisione Fransson – nell'ottica di una relazione improntata alla

⁵⁵ Mi chiedo se in applicazione dello stesso principio potrebbe considerarsi connessa alla disciplina della proprietà privata la previsione penalistica che punisce il furto, che indubbiamente rappresenta il presidio più avanzato della tutela dominicale e in questi larghi termini può dirsi strumentale alla protezione della prima.

⁵⁶ Su questa tipologia di competenza, v. per tutti S. MANGIAMELI, *La connessione, il principio di strumentalità, la "Gesichtspunkttheorie" e l'enumerazione regionale*, in *Le Regioni*, 1991, nonché ID., *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992, p. 63 ss.

leale collaborazione⁵⁷ – vada interpretata in modo restrittivo, come riferita al solo ambito della legislazione in tema di IVA, senza esprimere un principio di ordine generale. In caso contrario, quella sentenza – secondo il giudice costituzionale tedesco – sarebbe stata un atto *ultra vires* e avrebbe «*endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order*».

Tirando le fila del discorso: la ricognizione della normativa di attuazione del diritto europeo è, in sé, alquanto complessa, anche alla luce dell'incerto e mobile quadro delle competenze unionali a struttura finalistica; ma la linea che separa gli ambiti di rilevanza nazionale da quelli di rilievo euro-unitario diventa addirittura labilissima se il criterio-guida per l'applicazione della Carta si risolve – come nella sentenza Fransson – nella mera connessione teleologico-strumentale fra obiettivi dei Trattati e atti interni. Tanto più che nel corso degli anni e con l'incedere progressivo dell'integrazione europea, gli obiettivi dell'Unione tendono a divenire tendenzialmente omnicomprensivi, sicché, in una prospettiva evolutiva, potrebbe presto venir meno ogni limite all'applicazione della Carta.

4. *Granital rivisitato o interpretato autenticamente?*

Nella generale cornice sistemica finora delineata si inserisce la peculiare vicenda italiana, ove la giurisdizione, spesso interpretando la propria indipendenza come legittimazione a sviluppare non già *politiche della giurisdizione*, ma *politiche del diritto*, subisce senza resistenze e anzi ostentandolo il «forte fascino»⁵⁸ del potere di disapplicazione della legge ed è generalmente proclive a riconoscere diretta efficacia alla Carta anche a

⁵⁷ Bundesverfassungsgericht, *Press Release N. 31/2013 of 24 April 2013, Judgment of 24 April 2013* 1 BvR 1215/07 «*As part of a cooperative relationship, this decision must not be read in a way that would view it as an apparent ultra vires act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order*».

⁵⁸ Lo ammette, con encomiabile onestà intellettuale, R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019.

prezzo di qualche forzatura interpretativa, come è pronta a riassorbire, strategicamente, vizi di legittimità costituzionale in altrettante ipotesi di incompatibilità con la CDFUE per eludere il controllo accentrato di costituzionalità.

In altra sede, alla quale posso qui solo fare rinvio, ho riportato alcuni dati che evidenziano con l'oggettività dei numeri la non sorprendente marginalizzazione di cui il controllo costituzionale ha sofferto in tempi recenti⁵⁹. Se questo è il quadro d'insieme, è comprensibile che la Corte costituzionale, in coerenza con la difesa del proprio ruolo istituzionale, abbia cercato di scongiurare le ipotesi di spiazzamento del giudizio incidentale⁶⁰, rivendicando a sé, nella arcinota sentenza n. 269/2017, il diritto di parlare per prima⁶¹ nelle questioni doppiamente pregiudiziali che attengano a violazioni di diritti radicati nella Costituzione e nella Carta di Nizza-Strasburgo.

La presa di posizione della Consulta, in quella importante decisione, è certo indirizzata alla Corte di giustizia, che peraltro con le precisazioni contenute nelle decisioni nn. 20, 63, 117/119 si è vista confermare l'integrità dei propri poteri e delle proprie attribuzioni; ma il vero bersaglio sono i giudici comuni. La linea che connette la sentenza n. 269 alle ultime pronunce sul tema⁶², esprime, infatti, e pur con qualche interna distonia, la medesima esigenza: vigilare sulle condizioni che consentono ai giudici comuni di liberarsi dal vincolo di soggezione alla legge, affinché non ne risulti compromessa la *ratio essendi* del sindacato accentrato.

Tutto ciò non pregiudica il primato del diritto UE, né implica una revisione delle coordinate teoriche su cui poggiava la sentenza Granital, e

⁵⁹ Si consenta il rinvio a G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2018.

⁶⁰ J. KOMAREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 527 parla di *displacement* come consapevole strategia della Corte di giustizia.

⁶¹ Più ampiamente, sull'importanza del ruolo delle Corti costituzionali nazionali nella definizione e nella preservazione, nell'ambito del processo di integrazione europea, del nucleo dei principi costituzionali, si veda, tra gli altri, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

⁶² Si vedano le sentenze n. 182 e 254/2020 nonché le ordinanze n. 216 e 217/2021.

induce a dubitare delle tesi secondo le quali la giurisprudenza costituzionale del 2017, al contrario, le avrebbe ridimensionate nella loro portata, riviste o addirittura stravolte e tradite⁶³. Le enunciazioni contenute nella sentenza Granital non erano, infatti, tali da poter essere estese *sic et simpliciter* alla Carta dei diritti. Quella seminale pronuncia, come è stato convincentemente argomentato⁶⁴, ha introdotto una deroga al modello accentrato di giustizia costituzionale e al principio per il quale le fonti primarie sono un *numerus clausus* con l'obiettivo di garantire al regolamento comunitario la produzione degli effetti per esso prevista nei Trattati, giacché in questo ambito la negazione al regolamento del suo effetto tipico avrebbe pregiudicato l'armonizzazione della disciplina e con ciò stesso la realizzazione degli scopi dei Trattati.

È questione controversa, tuttavia, se in tema di diritti fondamentali sia legittimo portare l'armonizzazione al punto in cui essa si è spinta con riferimento ai principi di libera circolazione, soggiorno, stabilimento o se non ci si debba piuttosto arrestare ad un livello più ridotto. L'istanza di uniformità sembrerebbe, in effetti, più forte quando si tratti di dare svolgimento ai principi di struttura del diritto UE, risultando qui pressante l'obiettivo di edificare un mercato unico, il cui assetto liberamente concorrenziale sarebbe compromesso da differenziate discipline nazionali. Diversamente, nel campo della tutela dei diritti fondamentali, non sem-

⁶³ Per una rappresentazione dell'ampio dibattito sviluppatosi sulla sentenza n. 269/2017 si permetta, per brevità di citazione, di far rinvio ai contributi indicati in G. SCACCIA, *L'inversione*, cit.; ID., *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, p. 265 ss.; ID., *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* 6/2019, p. 166 ss.

⁶⁴ G. SORRENTI, «L'essenziale è invisibile agli occhi»? Ancora sulla doppia pregiudizialità passando per ... Saint Exupery, in *Consulta Online*, n. 1/2021, p. 3, osserva che «la deroga introdotta da Granital al modello accentrato di giustizia costituzionale» e al principio del *numerus clausus* delle fonti primarie riconducibile agli artt. 70, 76 e 77 Cost. «rispondeva all'esigenza di rispettare il carattere del regolamento comunitario quale fonte immediatamente applicabile, insuscettibile di essere condizionata per la sua produzione di effetti all'adozione di qualsiasi atto tipico degli organi investiti di pubblici poteri nell'ordinamento interno».

brano sussistere le stesse esigenze di regolazione uniforme, di integrale armonizzazione. Al contrario, la diversità delle tradizioni storico-culturali, e in definitiva costituzionali, legittima l'operare di una riserva di sovranità in capo agli Stati membri sulla conformazione dei diritti dotati di garanzia costituzionale.

Anche mettendo da parte questa notazione più generale, e tornando alla sentenza *Granital*, non sembra dubitabile che quella pronuncia sia tutta giocata nell'orizzonte del diritto legislativo, della forza di legge. Essa dimostra con raffinatezza come gli atti europei, in quanto provenienti da un ordinamento esterno, ancorché coordinato a quello nazionale, non possano operare secondo il modello della *Invalidationsnorm* né della *Derogationsnorm*, ma siano in grado di vincere la forza della legge e di proporsi al giudice come regole applicabili in luogo di quelle nazionali. Il presupposto della sentenza è che, nella logica dell'ordinamento costituzionale interno, entrambi i materiali normativi a disposizione del giudice comune – unionale e nazionale – siano da questo applicabili nei rapporti fra privati. Ciò era evidente in quella sentenza, che si occupava di regolamenti, ma è stato chiarito anche in successive decisioni che hanno esteso l'effetto diretto alle direttive dettagliate, precisando però che queste hanno effetto solo verticale⁶⁵.

In questi termini ed entro questi limiti il primato del diritto UE può affermarsi secondo lo schema della prevalenza nell'applicazione. Se invece manca la *Drittwirkung* dei diritti in questione e ricorrono le condizioni per far valere una censura di legittimità costituzionale, il giudice comune non può eludere il controllo incidentale se non disapplicando, oltre alla norma costituzionale di volta in volta pertinente, anche l'art. 134, in connessione sistematica con l'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, che lo vincola a sottoporre alla Corte ogni ipotesi di incompatibili-

⁶⁵ Si veda, ad esempio, CGUE, C-282/10, *Dominguez*, relativa alla violazione del diritto alle ferie di una dipendente di un ente privato. Sul punto anche CGUE, C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-396/17, *Martin Leitner*, C-6/90 e C-9/90, *Franovich contro Italia*. Pur ponendosi lungo il tracciato giurisprudenziale sopra riportato, pare in parte discostarsene la sentenza *Farrell* del 10 ottobre 2016 (C-413/15), con la quale la Corte di Lussemburgo ha ampliato la platea dei destinatari delle direttive dettagliate stabilendo che gli effetti diretti sono opponibili ad enti di diritto privato nel caso in cui lo Stato affidi loro compiti di interesse pubblico.

tà della legge con parametri a questa superiori per potersi sottrarre al vincolo di soggezione disposto nell'art. 101, comma 2, Cost.⁶⁶.

In breve, e riepilogando: la sentenza n. 170/1984 non può – se non a prezzo di un'evidente forzatura – interpretarsi nel senso che abbia riconosciuto al giudice nazionale la potestà di disapplicare norme costituzionali al punto da pregiudicare la funzionalità del sindacato accentrato⁶⁷. La svolta del 2017 è, dunque, apparente: non segna un esercizio di *outruling*, ma di *distinguishing* sulla dottrina Granital. Precisa i limiti del sindacato di disapplicazione della legge quando questo comprometta le condizioni di effettività del controllo incidentale e tutela così un principio costituzionale di struttura che non era né poteva essere nell'orizzonte della sentenza Granital, se si considera che a quel tempo il firmamento dei diritti brillava della luce delle quattro libertà fondamentali, che esigono un'intensa armonizzazione, mentre lasciava in un cono d'ombra diritti fondamentali *non mercantili* in relazione ai quali esigenze di uniformità regolativa sono assai meno pressanti.

Per questo la Corte costituzionale ha potuto senza contraddirsi affermare che il primato è salvo e salvo è il regime di disapplicazione delle norme di diritto UE, quale definito nella sentenza n. 170/1984: quella sentenza non può infatti estendersi al caso in cui la diretta applicabilità di norme europee sia in grado di paralizzare l'efficacia delle norme fondative del sindacato di costituzionalità. L'inversione della doppia pregiudiziale può trovare, in definitiva, solide giustificazioni teoriche, se e nella misura in cui la Corte rivendichi la priorità del giudizio costituzionale nell'interpretazione dei diritti radicati ad un tempo nella Costituzione e nella Car-

⁶⁶ Nota limpidamente G. SORRENTI, op. cit., p. 7, «posto che i giudizi incidentali sulle leggi in cui entra in gioco il rispetto dei diritti fondamentali, sanciti sia in Costituzione che nella CDFUE, possono avere origine – anzi hanno origine frequentemente – in controversie tra parti di natura privata, in esse non si potrebbe prevenire l'instaurazione del giudizio costituzionale tramite la disapplicazione della legge di dubbia compatibilità con il dettato del Bill of Rights europeo, a piena garanzia del primato del diritto dell'Unione. Questa circostanza si può avere solo nelle ipotesi (...) in cui si rivendicano diritti dotati di Drittwirkung».

⁶⁷ Cfr. P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2417 ss., cui si deve la felice definizione della dottrina dei controlimiti, o meglio, delle «controlimitazioni alle limitazioni di sovranità» ex art. 11 Cost.

ta di Nizza. Appare invece meno solida nei casi in cui si pretenda di attrarre all'area del controllo costituzionale anche norme europee diverse dalla Carta⁶⁸. In definitiva, e riprendendo il titolo di un volume recente⁶⁹, Granital non è stata *rivisitata*, ma solo *interpretata autenticamente*, delimitandone il perimetro applicativo.

5. *Epilogo. Le ragioni del sindacato accentrato: l'ineliminabile politicità dei diritti e il paradosso della neutralità delle Corti costituzionali nazionali.*

Giunti al termine del nostro percorso argomentativo, resta da chiedersi provocatoriamente: perché, nella prospettiva del *quivis de populo*, il controllo accentrato dovrebbe essere preferito all'applicazione diretta della Carta di Nizza, corroborata se del caso dall'efficacia *erga omnes* delle pronunce interpretative della Corte di giustizia?

In fondo l'applicazione diretta della Carta sembra essere la modalità più efficace per garantire ai diritti effettività e immediatezza di tutela, ed è forse per questo che gode di generalizzato apprezzamento da parte degli studiosi e soprattutto dei giudici. Inoltre la Corte di giustizia, per ragioni tanto evidenti da non richiedere alcun dispendio di energie argomentative, sfugge a ogni tentativo di cattura politica – un tema che la vicenda della Corte costituzionale polacca ha fatto tornare tristemente attuale – e realizza dunque il modello di una giurisdizione neutrale, quasi del tutto disancorata dai vincoli sistemici e dalle condizionalità che inevitabilmente gravano sulle Corti costituzionali nazionali per la necessità ad esse imminente di conservare e accrescere la propria legittimazione politica nel con-

⁶⁸ La stretta correlazione, nella sentenza n. 269/2017, fra priorità logico-cronologica del giudizio costituzionale e attinenza della censura a due esclusivi parametri – Costituzione e Carta di Nizza – risulta in modo inequivoco dal fatto che la questione proposta in riferimento a disposizioni dei Trattati enuncianti la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 del TFUE), veniva dichiarata inammissibile in base al rilievo che «il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame».

⁶⁹ C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

fronto costante con gli attori del sistema di governo⁷⁰. Sembrerebbe, insomma, non esservi ragione alcuna per porre ostacoli o ritardi all'avanzata trionfale della Carta dei diritti. Nessuno, del resto, può seriamente dubitare che il livello di protezione dei diritti sia ormai, a livello europeo, pari e in molti casi superiore a quello assicurato a livello interno⁷¹.

E tuttavia il problema non è di quantità o di estensione della tutela, ma di qualità dei bilanciamenti attraverso i quali si giunge alla decisione.

Il giudice costituzionale, beninteso, non ha l'esclusiva dei bilanciamenti. Anche i giudici comuni li operano. E tuttavia, fra i due tipi di bilanciamento corre una differenza essenziale. Quello dei giudici è comunque strumentale a fornire al decisore una delle premesse del sillogismo. I bilanciamenti del giudice costituzionale, invece, stante l'assenza di una preventiva e astratta graduazione fra diritti che consenta di porli in un ordine stabile di tipo gerarchico-verticale non pongono una delle premesse del sillogismo, ma *si identificano con la decisione*, nel senso che fissano una regola di prevalenza fra diritti dotati del medesimo livello di protezione formale. Questa operazione – ed è il punto davvero decisivo – attinge un livello di scelta discrezionale, di politicità dunque – che in un sistema di sindacato accentrato non è nella disponibilità della giurisdizione comune. Diversamente dal giudizio comune, inoltre, il giudizio inci-

⁷⁰ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism*, in G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, 2019, spec. pp. 146-155. Sul punto resta fondamentale l'insegnamento di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014 (ristampa).

⁷¹ Al riguardo, occorre rammentare come la stessa Commissione europea, nella recente Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni recante la "*Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*" [COM(2020) 711 final], adottata il 2 dicembre 2020, evidenzia l'importanza di rafforzare i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali per far fronte alle sfide inedite venute ad emersione a seguito della diffusione della imponente crisi sanitaria da Covid-19, prevedendo altresì una serie di misure volte a tracciare quattro parallele direttrici di sviluppo (prevenzione, promozione, attuazione e applicazione). In particolare, con specifico riguardo ai profili della promozione e dell'attuazione, la Commissione UE incoraggia gli Stati membri ad adottare gli strumenti più opportuni per favorire l'apprendimento reciproco condividendo le migliori pratiche sull'uso e sulla conoscenza della Carta, anche a livello locale, sulla pagina web dedicata messa a disposizione sul portale europeo della giustizia elettronica.

dentale non è rivolto esclusivamente alla tutela della posizione soggettiva dedotta nel processo principale, ma si emancipa dalla vicenda che ad esso ha dato innesco⁷², la assume nella sua capacità di universalizzarsi in modo da rendere una pronuncia non su un caso isolato e irripetibile, ma su un archetipo legislativo⁷³. E così nell'*iter* motivazionale delle pronunce costituzionali la posizione soggettiva in giudizio viene commisurata con interessi istituzionali e valori comunitari che non possono essere nel perimetro decisorio del giudice comune, perché estranei agli interessi versati dalle parti nel processo, e quindi al *thema decidendum*.

Si coglie in tal modo il senso profondo dell'affermazione, ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui la Corte – ed essa sola – appresta una tutela sistemica e integrata alle posizioni soggettive in giudizio⁷⁴. La presa in considerazione, nei bilanciamenti costituzionali, di un ventaglio quanto mai variopinto di diritti e principi istituzionali estranei al campo di indagine di altri giudici spiega perché la massimizzazione della tutela dei di-

⁷² Sia consentito il rinvio a G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019, p. 176.

⁷³ La diversità di oggetto e dunque l'autonomia del giudizio incidentale rispetto al giudizio *a quo* è a fondamento dell'art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, il quale prevede che, nell'ambito del giudizio in via incidentale, «[l]a sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale». Per giurisprudenza consolidata, il giudizio incidentale «non risente delle vicende di fatto successive all'ordinanza di remissione che concernono il rapporto dedotto nel processo principale». Ai fini della valutazione della rilevanza della questione, non vengono pertanto in rilievo eventi sopravvenuti «tra i quali sono comprese anche la definizione stragiudiziale della controversia o comunque la cessazione, per qualsiasi causa, del giudizio rimasto sospeso davanti al giudice *a quo*» (sentenza n. 241/2020; n. 180/2018; n. 264/2017; nn. 242 e 162/2014 e n. 120/2013).

⁷⁴ L'affermazione secondo la quale la Corte «elabora una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» risale alla sentenza n. 264/2012, nel caso assai noto delle 'pensioni svizzere'; il medesimo principio è stato ribadito in numerose successive pronunce, fra le quali, ad esempio, la n. 174/2019 in cui si statuisce che i diritti sanciti dalla Costituzione «non possono non interagire con quelli previsti dalle fonti sovranazionali e internazionali in un quadro di reciproca integrazione e quindi di bilanciamento».

ritti – regola d'oro del *multilevel constitutionalism* – non sempre e necessariamente coincide con la massimizzazione della tutela costituzionale⁷⁵. L'interesse individual-soggettivo all'incremento di protezione giuridica deve essere infatti bilanciato con principi istituzional-organizzativi che possono opporsi a tale incremento di tutela. Posizioni soggettive che avrebbero meritato protezione alla luce della normativa UE e convenzionale possono essere dunque (e sono state in concreto) sacrificate a esigenze ordinamentali egualmente meritevoli di considerazione; e simmetricamente, misure limitative dei diritti che trovano fondamento nel diritto europeo e convenzionale possono non avere ingresso nell'ordinamento nazionale quando ciò sia impedito dall'esigenza di preservare principi di struttura del sistema costituzionale.

Si pensi paradigmaticamente, per la prima ipotesi, alla sentenza n. 230/2012⁷⁶; per la seconda, alla 'saga' Taricco, davvero troppo nota perché debba in questa sede indugiarsi oltre su di essa.

⁷⁵Nel caso di contrasto tra norma interna e norma CEDU, la Corte, sebbene non possa sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, resta comunque legittimata a «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» (Corte cost., sentenza n. 236/2011, punto 9 del *Diritto*).

⁷⁶Nella sentenza n. 230/2012 si assumeva che dal principio *nulla poena sine lege* enunciato nell'art. 7 della CEDU potesse trarsi la conseguenza che un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponesse la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo. Nel caso di specie il mutamento di giurisprudenza della Cassazione, che escludeva la rilevanza penale del fatto, avrebbe certamente determinato un incremento nella tutela soggettiva rispetto alla corrispondente previsione dell'art. 25, comma 2, Cost., producendo uno scarto di tutela in favore della CEDU. Tanto più che il principio convenzionale – secondo la Consulta – dovrebbe «operare non soltanto in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza che escludano la rilevanza penale del fatto (...) ma anche a quelli che si limitino a rendere più mite la risposta punitiva, negando, ad esempio, l'applicabilità di circostanze aggravanti o riconducendo il fatto ad un paradigma sanzionatorio meno grave». Nella logica della regola dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento, la Corte avrebbe dovuto assicurare la protezione più ampia alla posizione giuridica della parte del giudizio *a quo*, che rivendicava l'applicazione retroattiva di una pronuncia della Cassazione equivalente, negli effetti, ad una *abolitio criminis*. Se avesse applicato meccanicamente la regola del plus di tutela, dunque, la Corte avrebbe dovuto accogliere la censura e ampliare il perimetro applicativo dell'art. 25 Cost. adeguandolo a quello dell'art. 7 CEDU. Così non è stato. I

Un sistema di sindacato accentrato presuppone che i diritti non siano conformati in via puramente giurisprudenziale, ma esprime l'esigenza – di cui può farsi interprete solo una Corte formata su base tecnico-politica – che essi siano forgiati nel confronto continuo con i processi di deliberazione pubblica affinché restino ancorati alla loro dimensione storico-concreta⁷⁷.

Volendo usare una formula sintetica, e correndo il rischio che sia approssimativa: il sindacato accentrato presuppone la *politicità* dei diritti fondamentali, che interpreta, applica e conforma in una dimensione che sfugge alle possibilità di un giudice selezionato per concorso. Per questo, a una valutazione riassuntiva, pare ingeneroso vedere nelle pronunce più recenti della Corte costituzionale il segno di un antistorico sovranismo anti-europeo. Piuttosto può dirsi che in esse la Corte ha difeso le ragioni profonde del sindacato accentrato e la dimensione politica dei diritti fondamentali. Lo ha fatto agendo su un duplice registro. Sul lato dei giudici comuni, ha sollecitato senza imporla la sospensione temporanea del rinvio pregiudiziale nelle more dell'accertamento della legittimità costituzionale della legge⁷⁸. Sul lato della Corte di giustizia,

giudici di Palazzo della Consulta hanno, infatti, respinto la premessa, dalla quale muoveva il rimettente, che «la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa» per la dirimente ragione che ad essa si oppone, ancor prima della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost. «il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. (...) Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (eius est abrogare cuius est condere)». La soluzione che assicurava al ricorrente un *plus di tutela* è stata scartata per l'esigenza di non pregiudicare il principio di legalità in materia penale, in virtù del quale nessuna *abolitio criminis* può essere disposta in via giurisprudenziale, imponendosi sempre, in forza del principio di stretta legalità operante in materia penale (art. 25 Cost.), una scelta riferibile al legislatore democratico.

⁷⁷ Per maggiori svolgimenti del tema, si rinvia a G. SCACCIA, *The lesson learned from the Taricco Saga. Judicial nationalism and the constitutional review of EU law*, in *American University International Law Review*, n. 35/2020, Issue 4, p. 821 ss.; ID., *Cortes Supranacionales de Justicia y Activismo Judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 44/2019, p. 177 ss. ed ivi più ampi riferimenti.

⁷⁸ Di «*paralisi temporanea*» parla R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando*

si è disposta a fornire all'elaborazione dei diritti europei il contributo della specifica identità culturale e costituzionale italiana⁷⁹, grazie a un impiego più convinto di strumenti di dialogo in passato colpevolmente trascurati.

Nel quadro dell'integrazione fra sistemi, non è escluso che proprio in questa funzione di preservazione della caratura politica dei diritti fondamentali, le Corti costituzionali nazionali possano rinvenire una delle più ricche fonti della loro legittimazione.

Bibliografia

- ALEX Y R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, 1986, p. 100.
- ANDERSON D., MURPHY C.C., *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, in *EUI working paper* n. 2011/08, 6, ora in *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, pp. 160-162.
- ANRÒ I., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi*, n. 19/2020.
- ARISTOTELE, *Metafisica*, V, 11; XII, 8, p. 24 ss.
- ARISTOTELE, *Fisica*, VIII, 8, p. 9.
- BLANKE H., *Essentialia des Entwurfs des Europaischen Verfassungsvertrages*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, p. 95 ss.
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2417 ss.

per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 30 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, p. 162 allude alla volontà della Corte di «proporre, nella tutela dei diritti fondamentali, un nuovo 'patto' ai giudici comuni».

⁷⁹ Si segnala, sul punto, che nella sopra citata *Comunicazione*, adottata il 2 dicembre scorso, la Commissione europea non ha mancato di precisare che tre Stati membri, tra i quali l'Italia, non hanno ancora istituito un ente nazionale indipendente per i diritti umani, in violazione peraltro di quanto stabilito con la risoluzione 48/134 sulle «Istituzioni nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani», con la quale è stato stabilito che tutti gli Stati del mondo debbono provvedere alla creazione di apposite istituzioni nazionali preposte ad assicurare la protezione dei diritti fondamentali.

- BLECKMANN A., *Teleologie und dynamische Auslegung des Europaeischen Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 1979, p. 239 ss.
- BOBBIO N., *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 603.
- BLUMANN C., *Querelles internes*, in E. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2009, pp. 93-112.
- CARCATERRA G., *Analogia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Roma, 1988, p. 10.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a Bologna, 2020.
- CONTI R., *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019.
- CONTI R., *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 26 marzo 2015, p. 188.
- COZZI A.O., *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 2/2018, p. 11 ss.
- CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 779 ss.
- CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1707 ss.
- DE STEFANO R., *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori* (1982), ora in *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, 1990, p. 387.
- DWORKIN R., *Taking Rights seriously*, trad.it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90 ss.
- GAUTRON C., *La communauté doctrinale*, in F. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, cit., p. 21 ss., pp. 26-27.
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, cit., p. 66 ss.
- GUASTINI R., *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, p. 601 ss.; ID., *Principii di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 143 ss.
- HILSON C., *Rights and Principles in EU Law: A distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2/2008, p. 193.
- IGLESIAS SÁNCHEZ S., *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights*, in *Common Mkt. L. Rev.*, n. 5/2012, pp. 1565-1611.
- IPSEN H.P., *Europaeisches Gemeinschaftsrecht*, Tuebingen, 1972, p. 288.

- KOMAREK J., *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 527.
- MENGONI L., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Modena, 1996, p. 1151.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014 (ristampa).
- MODUGNO F., *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee? (Variazioni critiche e ricostruttive)*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 924.
- MORTATI C., *La teoria del potere costituente*, Roma, 1945.
- PAGOTTO C., *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008.
- PEERS S., PRECHAL S., *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, pp. 1505-1507.
- PRECHAL S., *Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. DE ZWAAN, J.H. JANS, F.A. NELISSEN (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, pp. 177, 182.
- RANDAZZO A., *Il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2020.
- ROSSI L.S., *"Same legal Value as the Treaties?" Rank, Primacy and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *German Law Journal*, n. 4/2017, pp. 771-798.
- RUGGERI A., *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*, 13 maggio 2019, p. 245.
- RUGGERI A., *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, pp. 132 e 136.
- SCACCIA G., *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, p. 265 ss.
- SCACCIA G., *Cortes Supranacionales de Justicia y Activismo Judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 44/2019, p. 177 ss.
- SCACCIA G., *The lesson learned from the Taricco Saga. Judicial nationalism and the constitutional review of EU law*, in *American University International Law Review*, n. 35/2020, Issue 4, p. 821 ss.
- SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928.
- SORRENTI G., *«L'essenziale è invisibile agli occhi»? Ancora sulla doppia pregiudizialità passando per ... Saint Exupery*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, p. 3.

STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 79, 84; DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 327 ss.

ZANATTA M., (a cura di) *Organon. Categorie – Dell'interpretazione – Analitici primi*, Torino, 1996, p. 18.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 149.

CAPITOLO 7

IL RAPPORTO TRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE GIURISDIZIONI NAZIONALI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Paola Mori

SOMMARIO: 1. L'*obiter dictum* della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 e la giurisprudenza successiva. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla c.d. doppia pregiudizialità. – 3. L'autonomia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 4. La competenza della Corte di giustizia a interpretarne le disposizioni. – 5. ... e a definirne l'efficacia diretta alla luce del principio del primato.

1. *L'obiter dictum della sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 e la giurisprudenza successiva.*

Nel 2017 una sorta di terremoto ha scosso quelle che sembravano le ormai solide fondamenta dei rapporti tra il diritto dell'Unione e l'ordinamento nazionale, mettendo in discussione la giurisprudenza costituzionale consolidatasi a partire dalla sentenza *Granital*¹. Con il noto e commentatissimo *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269/2017 la Consulta è infatti intervenuta sul ruolo e sulla posizione del giudice comune nel processo di protezione dei diritti fondamentali, limitandone il potere di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e accentrando su di sé

¹ Corte cost., sent. n. 170 del 5 giugno 1984.

il controllo del rispetto dei diritti fondamentali quali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla base di tale presa di posizione vi è la considerazione che la Carta sarebbe «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto tipicamente costituzionale», con la conseguenza che i principi e i diritti in essa enunciati «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana». Questo carattere renderebbe dunque necessario «un intervento *erga omnes*» del giudice delle leggi, con la conseguenza che, «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, deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE»².

Come spesso accade, anche questo sisma è stato anticipato da alcuni eventi tellurici anticipatori, si pensi alla vicenda *Taricco*³, e seguito da una serie di movimenti di assestamento che ne hanno precisato la portata.

In considerazione del fatto che questo intervento è volto a dar conto della posizione assunta nel frattempo dalla Corte di giustizia, mi limiterò

² Corte cost., sent. n. 269 del 7 novembre 2017, par. 5.2.

³ Si ricorda qui che, a seguito della sentenza della Corte giust., 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:555, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, ha chiesto «un nuovo chiarimento da parte della Corte di giustizia sul significato da attribuire all'art. 325 TFUE sulla base della sentenza *Taricco*». La Corte di Lussemburgo si è pronunciata su tale richiesta con la sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936 a cui ha fatto seguito la Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 31 maggio 2018. La dottrina in argomento è vastissima, ci si limita qui a rinviare a A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; P. MORI, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 407 ss.; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018. Ma si veda anche la sentenza n. 133/2016 su cui R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi "anticomunitarie": il passo del gambero?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, www.dirittounioneeuropea.eu, luglio 2016.

a ricordare brevemente come la Corte costituzionale sembri nel frattempo aver rimodulato la propria posizione ⁴.

La giurisprudenza costituzionale successiva sembra infatti aver ridimensionato la portata di quell'*obiter dictum* per quanto riguarda in particolare la priorità del rinvio di costituzionalità nel caso di doppia pregiudizialità e la questione della definizione del potere del giudice comune «di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione» ⁵.

Difatti, già nella sentenza n. 20/2019 la Corte costituzionale ha considerato che «i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia

⁴ Sulla giurisprudenza costituzionale più recente v., tra i molti, 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; 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, 29 aprile 2020; 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*, 2020, p. 493 ss.; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.it, I, 2019; B. NASCIMBENE, *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)*, in *Eurojus*, 3/2020, <http://rivista.eurojus.it>; ID., *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata*, in questo volume; A. RUGGERI, *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.it, I, 2019, p. 219 ss.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, www.dirittounioneeuropea.eu, 2017; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 729 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti fra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.it, I, 2019; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 ss.; L.S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana*, in www.federalismi.it, 1° agosto 2018; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni cos.*, 2019, p. 481 ss.

⁵ Corte cost. n. 269/2017, cit., par. 5.2 (corsivo aggiunto).

dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» e, ricorrendone i presupposti, «non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Secondo i giudici costituzionali «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione»⁶. Inoltre, la Consulta ha riconosciuto al giudice comune il potere/dovere sia di rinviare in ogni momento alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE sia di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma dell'Unione dotata di effetto diretto⁷.

Resta però la decisione di escludere ogni preclusione circa la scelta dei rimedi giurisdizionali in concorso – rinvio alla Corte costituzionale ovvero rinvio alla Corte di giustizia – e quindi l'abbandono della giurisprudenza secondo cui, in presenza di norme europee provviste di efficacia diretta, «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione», con la conseguenza che in quel tipo di casi la questione di costituzionalità doveva essere considerata inammissibile⁸. Ciò ha evidentemente posto una serie di delicati problemi per quanto riguarda i compiti dei giudici comuni nell'applicazione del diritto dell'Unione nei loro rapporti con la Corte costituzionale e con la Corte di giustizia⁹.

⁶ Corte cost., sent. n. 20 del 23 gennaio 2019 par. 2.3; v. anche sent. n. 63 del 20 gennaio 2019; n. 112 del 6 marzo 2019.

⁷ Corte cost., sent. n. 112 e ordinanza n. 117 del 10 maggio 2019.

⁸ Corte cost., sent. n. 284 del 13 luglio 2007, par. 3, «in quanto non compete a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto e trarne le conseguenze qui precisate» e cioè la non applicazione.

⁹ In argomento si vedano le considerazioni di C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., p. 17 ss.; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019, www.giustizia

Nel contempo sembra delinearsi un ruolo più attivo della Corte costituzionale rispetto a questioni che toccano le norme di diritto dell'Unione, in particolare quando sollevano profili di compatibilità con i diritti fondamentali e la Carta. La Consulta, infatti, ha anche recentemente ribadito che «quando è lo stesso giudice rimettente a sollevare una questione di legittimità costituzionale che investe anche le norme della Carta, questa Corte non può esimersi dal valutare se la disposizione censurata infranga, in pari tempo, i principi costituzionali e le garanzie sancite dalla Carta». E, in quanto giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE, essa esperisce il rinvio pregiudiziale «ogniqualevolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti erga omnes»¹⁰.

insieme.it; 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 *www.federalismi.it*, 10 luglio 2019, p. 9 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, cit.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 729 ss.

¹⁰ Così nell'ordinanza n. 182 dell'8 luglio 2020, par. 3.1; ma v. già ordinanza n. 117/2019 cit. Con l'ordinanza n. 182/2020 la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se la normativa italiana – che subordina alla titolarità del permesso per soggiornanti UE di lungo periodo la concessione agli stranieri degli assegni di natalità e di maternità – sia compatibile con l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che prevede il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale, e con l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE, sulla parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini degli Stati membri. Sull'ordinanza v. N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, p. 1463 ss. Con l'ordinanza n. 117/2019 la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di Lussemburgo se le disposizioni rilevanti della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 possano essere interpretate nel senso che permettono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuta di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura "punitiva". In subordine, qualora la risposta della Corte di giustizia fosse negativa, la Consulta ha posto la questione di validità delle disposizioni europee rilevanti per contrasto con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza 2 febbraio 2021, causa C-

Da molti tacciati, più o meno esplicitamente, di «sovrano costituzionale», i giudici costituzionali sembrano ora pronti a dialogare con la Corte di Lussemburgo, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (...), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)», con ciò riconoscendo la Corte di giustizia come «depositaria del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati»¹¹.

E tuttavia, pur a fronte di questa giurisprudenza “dialogante”, non si può escludere l'eventualità che la Corte costituzionale prenda posizione su questioni riguardanti il diritto dell'Unione esclusivamente sulla base di parametri costituzionali interni¹² oppure interpretando il diritto dell'U-

481/19, *DB*, ECLI:EU:C:2021:84, dichiarando che «l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale». A seguito di tale pronuncia la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 84 del 13 aprile 2021, dichiarando l'illegittimità dell'art. 187-*quinquiesdecies*, d.lgs. n. 58 del 1998 (c.d. TUF) nella misura in cui tale disposizione sottopone a severa sanzione pecuniaria chi si rifiuti di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte dalle quali possa emergere la responsabilità per un illecito amministrativo-punitivo o penale. Per una ricostruzione della vicenda v. M. ARANCI, *Da Roma a Lussemburgo... e ritorno: la pronuncia della Consulta sul diritto al silenzio*, in *Eurojus*, 10 maggio 2021.

¹¹ Ordinanza n. 182/2020, par. 3.2. Nella sentenza n. 20/2019 la Corte aveva infatti affermato di voler «contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, 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, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (par. 2.3).

¹² V. sentenza n. 20/2019 in cui la Consulta si è pronunciata sulla questione relativa alla violazione della normativa europea sulla *privacy* in relazione all'obbligo delle Pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione attestante i compensi

nione ma senza interpellare a sua volta la Corte di giustizia. Se è vero infatti che in tempi recenti la Consulta, adita nel corso di procedimenti incidentali di legittimità costituzionale, ha in alcuni casi fatto applicazione dell'art. 267 TFUE interpellando la Corte di giustizia su questioni di validità di atti dell'Unione o di interpretazione delle relative norme¹³, non può neppure escludersi il rischio, peraltro già concretatosi in alcuni casi, che essa decida senza consultare la Corte di giustizia¹⁴. Eventualità, que-

e i rimborsi ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi nonché le dichiarazioni relative ai redditi e ai dati patrimoniali degli stessi e dei loro familiari, stabilendo che «lo scrutinio intorno al punto di equilibrio individuato dal legislatore sulla questione della pubblicità dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti amministrativi va condotto alla stregua del parametro costituzionale interno evocato dal giudice a quo (art. 3 Cost.), come integrato dai principi di derivazione europea» (par. 3.1); sul punto v. P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019*, cit. Più recentemente, nella sentenza n. 44/2020 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 12, lett. b), della legge della Regione Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), in quanto subordina l'accesso ai servizi abitativi pubblici al requisito della «residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda». Il giudice rimettente dubitava della legittimità di tale disciplina con diversi parametri costituzionali, tra cui l'art. 3 Cost, commi 1 e 2, 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. La Corte ha deciso che l'art. 22, comma 1, lett. 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.». Osserva R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, cit., che la sentenza «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 Carta e della lettura che la stessa riceve da parte del suo interprete autentico, la Corte di giustizia».

¹³ Corte cost., ordinanze n. 207 del 3 luglio 2013; 117 del 6 marzo 2019; 182 dell'8 luglio 2020.

¹⁴ V. sentenza n. 133/2016 in cui la Corte costituzionale ha deciso per l'infondatezza della questione senza interpellare la Corte di giustizia. La Consulta era stata investita dal

TAR Emilia-Romagna della conformità, con alcuni parametri, tra cui l'art. 117, comma 1, Cost. dell'art. 1, commi 1, 2 e 3 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 9 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114, nella parte in cui impone la brusca interruzione del trattamento in servizio ottenuto, in applicazione delle leggi precedenti, nonostante il compimento del settantesimo anno, per alcune categorie di impiegati pubblici (avvocati dello Stato, docenti universitari). In particolare, i giudici rimettenti dubitavano della conformità della disposizione censurata con gli artt. 1, 2 e 6, par. 1, della direttiva n. 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nella parte in cui vieta discriminazioni in base all'età. Come è noto, in base alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, le disposizioni della direttiva (che riflettono il principio generale di diritto dell'Unione, oggi sancito dall'art. 21 CDFUE) sono dotate di efficacia diretta e dunque, i giudici amministrativi, previo eventuale coinvolgimento della Corte di giustizia, avrebbero dovuto disapplicare la normativa nazionale con esse contrastanti, anziché rimettere la questione alla Corte costituzionale. La Corte costituzionale è invece entrata nel merito e ha ritenuto infondata la questione giustificando la misura in esame, in considerazione del fatto che le finalità di ricambio generazionale ad essa sottese rientrano nell'ambito delle «legittime finalità di politica del lavoro» e non fanno sorgere discriminazioni sulla base dell'età *ex art. 6, par. 1, della citata direttiva*. Sulla sentenza si vedano le osservazioni critiche di R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi "anticomunitarie": il passo del gambero?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, www.diritto.unioneuropea.eu, luglio 2016. Ma anche Corte cost., sent. n. 56 del 10 marzo 2015, in cui la Corte ha respinto la richiesta della parte di chiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 in quanto «si tratta di questioni inammissibili, perché non sollevate dal giudice rimettente» (punto 3.1. del Considerato in diritto); in senso critico v. A. RUGGERI, *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)*, in *Consulta online*, 2015/I, p. 281 ss.

Un problema simile si è posto più recentemente, nella sentenza n. 76 del 24 marzo 2021 nel giudizio di costituzionalità di alcune disposizioni della legge della Regione Valle d'Aosta 11 febbraio 2020, n. 3, che introducono modalità di gestione dei rifiuti speciali le quali, oltre a eccedere le competenze statutarie, violerebbero la disciplina posta dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia di ambiente) che costituisce attuazione di obblighi comunitari. Richiesta dalla difesa della Regione di rinviare in via pregiudiziale alla Corte di giustizia la Corte costituzionale ha stabilito che «solo dopo l'esame del merito andrà presa in considerazione» tale richiesta (par. 6.), per poi concludere, senza alcuna motivazione, che «l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, della legge reg. Valle d'Aosta n. 3 del 2020, nella parte in cui introduce i commi 2, 3 e 4 dell'art. 16-bis della legge reg. Valle d'Aosta n. 31 del 2007, comporta l'in-

sta, che può comportare la violazione dell'obbligo di rinvio gravante sul giudice «avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno»¹⁵.

In effetti, nell'ordinanza n. 207/2013 la Corte costituzionale ha ritenuto di avere «la natura di “giurisdizione nazionale” ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale»¹⁶. E dunque essa è tenuta a rispettare l'obbligo di cui all'art. 267, par. 3, TFUE, come definito nella sua portata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tenendo conto in particolare della teoria dell'*acte clair* che consente al giudice di ultima istanza di attenuare la portata di quell'obbligo¹⁷. Rimane comunque la necessità di accompagnare «a circostanziata dimostrazione»¹⁸, ovvero di motivare adeguatamente, l'eventuale decisione di non rinviare alla Corte di giustizia¹⁹.

sussistenza dei presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea chiesto dalla difesa della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste».

¹⁵ La violazione dell'obbligo di rinvio di cui all'art. 267, comma 3, TFUE può giustificare l'apertura di una procedura di infrazione, v. Corte giust., 4 ottobre 201, *Commissione c. Francia*, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811.

¹⁶ Il punto era stato già affermato con riferimento ai ricorsi in via d'azione nell'ordinanza n. 103 del 13 febbraio 2008, sulla quale v. E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza 103 del 2008*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 789 ss.

¹⁷ Sull'argomento v., M. CONDINANZI, *I giudici italiani “avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno” ed il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 295 ss.; S. FORTUNATO, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 351 ss.; F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 139 ss.

¹⁸ Corte giust., sent. 28 luglio 2016, C-379/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603, punto 53. Da ultimo v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Bobek alla causa *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, 15 aprile 2021, ECLI:EU:C:2021:291, su cui v. P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri Cilfit nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, www.dirittounioneuropea.eu, maggio 2021, a cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

¹⁹ Si ricorda che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso posizione sulla

2. *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla c.d. doppia pregiudizialità.*

Possiamo ora chiederci se gli echi di queste prese di posizione della Corte costituzionale italiana abbiano prodotto qualche mutamento degno di nota nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ebbene, direi che i giudici di Lussemburgo abbiano mantenuto una linea di continuità nella propria giurisprudenza, confermando quelli che sono i principi cardine dell'ordinamento giuridico dell'Unione e dei suoi rapporti con quelli nazionali.

Il nucleo del discorso va ricondotto al parere 2/13²⁰ là dove la Corte ha ricostruito, alla luce della giurisprudenza pregressa, quelli che sono i caratteri fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Ovvero «una struttura costituzionale», un «quadro costituzionale», che si caratterizza per tre fattori: l'autonomia, il primato e l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini degli Stati membri nonché agli Stati stessi. «Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati». E l'altro cardine del sistema è il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE: «la chiave di volta del sistema giurisdizionale» concepito dai Trattati che, «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, 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»²¹.

necessità di motivare il mancato rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, da ultimo, 13 febbraio 2020, *Sanofi Pasteur c. Francia*, CE:ECHR:2020:0213JUD002513716, par. 81.

²⁰ Corte giust., parere 18 dicembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, punti 167 ss.; più recentemente v. sentenze 24 ottobre 2018, C-234/17, *XC*, ECLI:EU:C:2018:853, punti 36 ss.

In argomento v. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 441 ss.

²¹ *Ivi*, punto 176.

Qual è l'impatto di queste affermazioni e in particolare del principio del primato sulla questione della doppia pregiudizialità²²?

In proposito va innanzitutto ricordato che dal principio del primato del diritto dell'Unione deriva l'obbligo del giudice nazionale di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, di propria iniziativa e anche qualora sia vincolato alla pronunzia del giudice superiore, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contrastante con le norme del diritto dell'Unione direttamente applicabili²³. Questo principio è stato applicato anche con riguardo alle pronunce delle Corti costituzionali, penso al caso *Filipiak*, in cui la Corte ha stabilito che il giudice nazionale, in quel caso polacco, deve applicare il diritto dell'Unione, disapplicando le disposizioni nazionali contrarie, senza tener conto della sentenza con cui la Corte costituzionale polacca aveva deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali»²⁴.

²² Sulla doppia pregiudizialità e le sue possibili varianti, v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 201, nota 53; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, cit. p. 729 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 289 ss.

²³ In proposito la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale non deve essere «vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli debba attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte», sentenza 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Intereidil*, ECLI:EU:C:2011:671, punti 38-39 e giurisprudenza ivi citata, nonché, con riguardo al principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria del Cons. Stato, sent. 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE (Puligienica)*, punti 37 ss., ECLI:EU:C:2011:671, su cui v. 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 europeo*, 31 maggio 2017, www.dirittounioneuropea.eu.

²⁴ La Corte di giustizia ha stabilito che «il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali», sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, punto 8, ECLI:EU:C:2009:719. Da ultimo, sentenza 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 et C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorelor din România»*, ECLI:EU:C:2021:393, punti 240 ss.

Per quanto riguarda più specificatamente la problematica della doppia pregiudizialità occorre ricordare che fin dalla sentenza *Mecanarte* la Corte aveva affermato che «un giudice nazionale, adito in una controversia concernente il diritto comunitario, il quale constati l'incostituzionalità di una norma nazionale, non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'art. 177 del Trattato CEE, di sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione e alla validità del diritto comunitario per il fatto che detta constatazione sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale»²⁵.

La questione è stata poi precisata nel caso *Melki e Abdeli* in cui la Corte di giustizia ha affrontato la questione con riferimento al procedimento prioritario di legittimità costituzionale delle leggi nazionali previsto dall'ordinamento francese²⁶. Nella sentenza i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che un procedimento siffatto, nei limiti in cui abbia l'effetto di impedire a tutti gli altri giudici nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, è incompatibile con l'art. 267 TFUE. Un procedimento prioritario di costituzionalità può ritenersi ammissibile solo ricorrendo tre precise condizioni. Ovvero, i giudici ordinari devono restare liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento e

²⁵ Corte giust., 27 giugno 1991, C-348/89, *Mecanarte*, ECLI:EU:C:1991:278, punto 46; il caso, sollevato dal *Tribunal Fiscal Aduaneiro* di Porto, riguardava la questione se il giudice nazionale sia competente a procedere al rinvio pregiudiziale, nella misura in cui rilevi l'incostituzionalità delle disposizioni nazionali considerate, dato che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto interno è soggetta, secondo l'art. 280, n. 3, della Costituzione portoghese, al ricorso dinanzi alla Corte costituzionale portoghese e che, di conseguenza, solo quest'ultima potrebbe essere competente a procedere al rinvio pregiudiziale in tali cause.

²⁶ Corte giust., 22 giugno 2010, cause C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363. Il caso riguardava la compatibilità, con il diritto dell'Unione e in specie con l'art. 267 TFUE, della normativa francese, recentemente modificata, istitutiva di un procedimento incidentale di controllo di legittimità costituzionale delle leggi nazionali, che impone ai giudici di pronunciarsi in via prioritaria sulla trasmissione al *Conseil constitutionnel* di una questione vertente sulla conformità con la Costituzione di una disposizione di diritto interno quando, contemporaneamente, è posta in discussione la conformità della medesima con le disposizioni del diritto dell'Unione.

anche al termine del procedimento incidentale di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; liberi di adottare qualsiasi misura necessaria a garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; liberi, infine, di disapplicare, al termine del procedimento incidentale di costituzionalità, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

La Corte è più volte tornata sull'argomento con riferimento al sistema costituzionale di altri Stati membri ²⁷ tra cui anche quello italiano.

Il riferimento è qui alla sentenza *Global Starnet*, riguardante la questione posta dal Consiglio di Stato italiano e su cui si era già pronunciata la Consulta, la quale aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, omettendo però di rinviare essa stessa alla Corte di giustizia ²⁸. Nella sentenza, resa a distanza di poco più di un mese dalla sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, i giudici del Kirchberg affermano che l'obbligo di rinvio di cui all'art. 267, par. 3, TFUE sussiste anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme interne rilevanti aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione. Secondo la Corte di giustizia, infatti, «qualora il giudice nazionale ritenga che una

²⁷ V. Corte giust., sent. 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B*, ECLI:EU:C:2014:2195. dove è stata affrontata la questione della compatibilità, con il diritto dell'Unione e in specie con l'art. 267 TFUE, del sistema austriaco che impone ai giudici d'appello o di ultima istanza, qualora ritengano che una legge nazionale sia in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali, di adire in via prioritaria la Corte costituzionale con una domanda di annullamento con effetti *erga omnes*, senza potersi limitare a disapplicarla nel caso di specie; 4 giugno 2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, ECLI:EU:C:2015:354, in cui la Corte ha valutato la compatibilità con l'art. 267 TFUE dell'art. 100, par. 1, prima frase, della Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania dal quale deriva l'obbligo per il giudice comune il quale nutra dei dubbi riguardo alla compatibilità di una normativa nazionale tanto con il diritto dell'Unione quanto con la Costituzione, di sottoporre al *Bundesverfassungsgericht* la questione e di sospendere il procedimento principale, privandolo in tal modo della facoltà o, eventualmente, dispensandolo dall'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia le questioni concernenti l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione.

²⁸ Corte cost., sent. n. 56/2015, su cui v. sopra nota 13.

norma nazionale sia non soltanto contraria al diritto dell'Unione, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo di rinvio, ex articolo 267 TFUE, e ciò anche nel caso in cui che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale»²⁹.

E ancora, i giudici di Lussemburgo sono ritornati sul tema nella sentenza *Adusbef e a.*³⁰, resa sulla domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato dopo che la Consulta ha dichiarato la conformità alla Costituzione italiana della normativa rilevante nel procedimento principale³¹. In questo caso, la Corte di giustizia ha respinto l'eccezione di irricevibilità sollevata da una delle parti in ragione di un possibile rischio di incompatibilità tra la pronuncia della Corte costituzionale e quella di Lussemburgo. Secondo quest'ultima, infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione e in specie dell'art. 267 TFUE rischierebbe di essere compromessa se, in ragione dell'esistenza di un procedimento 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. Pertanto, la circostanza «che la Corte costituzionale si sia pronunciata sulla conformità della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale alle disposizioni della Costituzione italiana non ha alcuna

²⁹ Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985, punti 21 ss.

³⁰ Corte giust., sent. 16 luglio 2020, C-686/18, *Adusbef e a.*, ECLI:EU:C:2020:567.

³¹ Corte cost., sent. n. 99 del 21 marzo 2018 in cui la Consulta, dopo aver escluso la necessità di rinviare alla Corte di giustizia in quanto la normativa europea rilevante non poneva problemi di interpretazione (par. 5.2.2 del Considerato in diritto), ha affermato che l'attuazione delle regole europee nell'ordinamento interno è avvenuta in piena conformità ad esse (par. 5.2.5) e ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2015, n. 33, sollevate dal Consiglio di Stato, in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77, comma 2, 95, 97 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

incidenza su tale obbligo [ex art. 267, par. 3, TFUE (di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione)]³².

Nonostante, dunque, che il problema sia comune a molti ordinamenti nazionali e indipendentemente dall'organizzazione costituzionale di ciascuno Stato membro, la Corte di giustizia mantiene fermo il principio secondo cui il giudice comune deve comunque poter mantenere la facoltà o rispettare l'obbligo di rinvio ex art. 267 e dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione della Corte di giustizia, anche a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale nazionale e quale che ne sia il contenuto, se del caso disapplicando la normativa nazionale incompatibile.

Questa giurisprudenza è coerente con l'affermazione che per quanto l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza e nell'autonomia procedurale di questi ultimi, ciò nondimeno «nell'esercizio di tale loro competenza gli Stati membri sono tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione» e, in particolare, l'art. 19, par. 1, comma 2, TUE³³. In altri termini, ogniqualevolta gli organi statali operano come parte del sistema dell'Unione agendo nei settori disciplinati dal diritto di questa, tale diritto assume portata conformativa, nel senso, cioè, che la struttura e l'organizzazione costituzionale degli Stati membri devono essere coerenti con il diritto dell'Unione e i suoi principi fondamentali e di conseguenza compete alla Corte di giustizia l'apprezzamento della conformità degli istituti nazionali a tale diritto e a tali principi³⁴. A questo proposito la Corte ha chiarito che, «richiedendo agli Stati membri di rispettare in tal modo detti obblighi, l'Unione non pretende affatto di esercitare essa stessa detta competenza né, pertanto, di

³² *Ivi*, punto 33.

³³ Corte giust., 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, C-619/18, EU:C:2019:531, punto 52.

³⁴ Secondo K. LENAERTS, *New Horizon for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2019, p. 33, «Those national rules are thus “circumscribed” by that fundamental principle»; in argomento v. anche, E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 158 ss.

arrogarsela»³⁵, ma il rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione.

Queste affermazioni, enunciate con riferimento all'art. 19, par. 1, TUE e all'art. 47 della Carta nelle sentenze relative all'indipendenza degli organi giurisdizionali in Polonia³⁶, sono state estese anche all'art. 267 TFUE.

In particolare, nella sentenza *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)* la Grande Sezione ha affrontato il caso riguardante le modifiche in successione della legge polacca sul Consiglio nazionale della magistratura, modifiche che hanno l'effetto di escludere il controllo giurisdizionale effettivo sulle decisioni di tale Consiglio con cui si presentano al presidente della Repubblica i candidati alle funzioni di giudice presso la Corte suprema. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto che disposizioni legislative di tal genere sono potenzialmente idonee a violare il diritto dell'Unione in quanto «una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale nazionale di avvalersi della suddetta facoltà o di conformarsi al suddetto obbligo [di adire la Corte in via pregiudiziale], i quali sono, invero, inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'articolo 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali». Con la conseguenza che, qualora il giudice nazionale accerti che l'adozione della legge di cui trattasi nel procedimento principale è avvenuta in violazione dell'art. 267 TFUE e dell'art. 4, par. 3, TUE, esso sarà tenuto a disapplicare tali disposizioni nazionali. Il principio del primato del diritto dell'Unione si impone infatti «a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi. Infatti, secondo giurisprudenza

³⁵ Corte giust. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, C-619/18, cit., punto 52.

³⁶ Corte giust., sent. del 24 giugno 2019, *Commissione/Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 52; 19 novembre 2019, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, punti da 134 a 139 e 145; 26 marzo 2020, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny*, C-558/18 e C-563/18, EU:C:2020:234, punto 36.

consolidata, non si può ammettere che le norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, pregiudichino l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione»³⁷.

3. *L'autonomia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.*

Passando ora al tema dell'interpretazione dei diritti e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, mi sembra che anche sotto questo profilo la Corte di giustizia, pur mostrandosi attenta alle sensibilità nazionali, confermi quelli che sono i principi cardine del sistema.

Abbiamo visto come la Carta si collochi al centro del sistema costituzionale dell'Unione, costituendo la fonte autonoma dei diritti fondamentali dell'Unione il cui rispetto si impone alle Istituzioni e agli organi dell'Unione ma anche agli Stati membri, seppur esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione³⁸. Pertanto, ogniqualvolta ci si trovi nel-

³⁷ Corte giust., sent. 2 marzo 2021, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, ECLI:EU:C:2021:153, punti 93, 141 e 148.

³⁸ Sull'ambito di applicazione della Carta, tra i molti, C. AMALFITANO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea compie venti anni*, in questo volume; M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, part. p. 196 ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; K. LE NAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *EuConst*, 2012, p. 375 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.; B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss.; D.V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 229 ss.; A. TIZZANO, *L'applicazione de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 429 ss.; A. WARD, *Article 51 – Field of Application*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (edited by), *The Eu Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, 2014, p. 1413 ss.; ZILLER, *Articolo 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 1044 ss.

l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione sono le norme della Carta a costituire il parametro di riferimento, lo standard comune, per la definizione dei diritti garantiti e la Corte di giustizia ne è il suo giudice.

Secondo la Corte di giustizia dall'«autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale», deriva la necessità che l'interpretazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta sia «garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione»³⁹.

Tale conclusione non è smentita da quel rinvio alle “fonti” delle sue disposizioni previsto dall'art. 6, par. 1, TUE e dall'art. 52, parr. 3 e 4, della stessa secondo i quali i diritti, le libertà e i principi della stessa devono essere interpretati alla luce dei corrispondenti diritti sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁴⁰. Per quanto riguarda in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che, anche se l'art. 6, par. 3, TUE, afferma che i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, «quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione»⁴¹. Richiamando le spiegazioni relative all'art. 52 della Carta, la Corte ha infatti sottolineato che «il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria

³⁹ Corte giust., parere 2/13, punto 170 e 177; sent. 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, p. 45.

⁴⁰ In argomento v. A. ADINOLFI, *Qualche riflessione sulla rilevanza nell'ordinamento dell'Unione europea dei trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 133 ss.; P. MORI, *Autonomia e primato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo: Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 169 ss.

⁴¹ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 44; più recentemente, 29 maggio 2018, C-426/16, *Liga van Moskeë en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e a.*, ECLI:EU:C:2018:335, punto 40. In argomento v. L.S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.it, I, 2020, p. 41 ss.

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”⁴².

La giurisprudenza successiva al Trattato di Lisbona, pur ricca di riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, riflette l’autonomia con cui la Corte di giustizia procede alla definizione del contenuto dei diritti fondamentali, adattandoli alle specificità del diritto dell’Unione. E la possibilità, prevista dall’art. 52, par. 3, della Carta che «il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa» di quella prevista dalla CEDU, porta i giudici di Lussemburgo di configurare con sempre maggior frequenza quest’ultima come uno standard minimo di tutela⁴³.

4. *La competenza della Corte di giustizia a interpretarne le disposizioni.*

All’autonomia contenutistica della Carta fa da *pendant* la competenza della Corte di giustizia a definire la portata dei diritti e dei principi in essa sanciti: difatti ad essa l’art. 19 TUE affida il compito di assicurare «il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati». Come è stato autorevolmente osservato, tale l’attività interpretativa dovrà essere svolta dalla Corte nel rispetto delle identità nazionali e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma soprattutto alla luce delle esigenze complessive e di sistema dell’Unione europea, operando

⁴² Corte giust., sent. 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, ECLI:EU:C:2018:193, punto 25. Sulle Spiegazioni v. J.P. JACQUÉ, *The Explanation Relating to the Charter of Fundamental Rights of The European Union*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (edited by), *The Eu Charter of Fundamental Rights. A commentary*, cit., p. 1715 ss.

⁴³ Corte giust., sent. 17 dicembre 2020, C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, ECLI:EU:C:2020:1031, p. 56, «Al riguardo, occorre ricordare che l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta mira a garantire la necessaria coerenza tra i diritti contenuti in quest’ultima e i diritti corrispondenti garantiti dalla CEDU, senza pregiudicare l’autonomia del diritto dell’Unione e della Corte di giustizia dell’Unione europea. Occorre quindi tenere conto dei diritti corrispondenti della CEDU ai fini dell’interpretazione della Carta, quale soglia di protezione minima»; v. anche sentenze del 21 maggio 2019, *Commissione/Ungheria (Usufrutti sui terreni agricoli)*, C-235/17, EU:C:2019:432, punto 72; 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 124.

una sintesi dei valori comuni così da contribuire alla formazione di «un patrimonio costituzionale comune»⁴⁴.

La necessità che sia la Corte di giustizia a svolgere l'operazione ermeneutica di definizione della portata e del contenuto dei diritti e dei principi sanciti nella Carta, mi sembra debba essere confermata anche per quei casi in cui gli Stati membri mantengono un margine di discrezionalità nella definizione del livello di tutela di un dato diritto.

Mi riferisco alla giurisprudenza *Åkerberg Fransson*, poi applicata in altri casi, tra cui *M.A.S.*, e che trova origine nella giurisprudenza sulle limitazioni delle libertà del mercato interno⁴⁵.

In *Åkerberg Fransson* la Corte di giustizia ha riconosciuto che qualora il caso riguardi un settore, al momento dei fatti, non armonizzato o armonizzato solo parzialmente, gli Stati membri e i loro giudici potranno «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 o l'effettività del diritto dell'Unione»⁴⁶.

Questa facoltà riconosciuta agli Stati membri non può però portare ad escludere la competenza della Corte di giustizia a verificare che l'esercizio di tale discrezionalità sia proporzionato e necessario rispetto al raggiungimento dell'interesse legittimamente perseguito e che soprattutto esso «non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come in-

⁴⁴ Così A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit. p. 20. In argomento v. anche R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 9 ss., il quale osserva come l'utilizzo delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri «è sempre stato condizionato dalla Corte – né potrebbe non esserlo – alla possibilità di ricavarne una indicazione capace di riflettere una sintesi tra tutte quelle tradizioni» (p. 20).

⁴⁵ Sul punto sia consentito rinviare a P. MORI, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, cit., p. 407 ss., in specie p. 434 ss., nonché, più recentemente, M.E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, p. 55 ss.

⁴⁶ Corte giust., sent. del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, cit., punti 29 e 47, e 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S., M.B.*, cit., punti 44-47.

terpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

Mi sembra infatti che quest'ultima verifica non possa che essere di competenza della Corte di giustizia e non delle varie Corti costituzionali o Corti supreme degli Stati membri. Qualsiasi misura nazionale di trasposizione deve infatti obbligatoriamente essere conforme ai criteri e ai principi stabiliti nella direttiva (anche se di armonizzazione minima) la quale a sua volta deve essere conforme ai Trattati e alla Carta. Di conseguenza, e direi in ogni caso, le misure nazionali devono essere interpretate alla luce della *ratio*, degli obiettivi e dei principi stabiliti nella direttiva e nel diritto primario dell'Unione. Pertanto, una volta accertato che una certa situazione rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, la maggiore o minore "intensità" dell'incidenza della normativa europea sull'ordinamento nazionale, ovvero la portata della discrezionalità di cui dispone il legislatore nazionale non mi sembra rilevante ai fini dell'individuazione del giudice competente a interpretare la norma europea ⁴⁷.

Piuttosto in questi casi, qualora sorga un dubbio interpretativo o di validità della normativa europea, mi sembrerebbe opportuno o, se del caso, necessario applicare l'art. 267 TFUE e interpellare la Corte di giustizia in via pregiudiziale, così da consentire, attraverso un dialogo proficuo tra il giudice europeo e quello nazionale, una soluzione certa e uniforme ⁴⁸. Sarà poi il giudice nazionale del rinvio ad applicare nello specifico procedimento il principio di diritto enunciato a Lussemburgo, coordi-

⁴⁷ Si veda in particolare Corte giust., sent. del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. e a.*, punti 65 ss., in cui la Corte ha ritenuto che la decisione adottata da uno Stato membro nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutogli dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 di esaminare o meno una domanda di asilo rispetto alla quale esso non è competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto regolamento, «dà attuazione al diritto dell'Unione ai fini dell'art. 6 TUE e/o dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

⁴⁸ Una prospettiva in parte diversa sembrerebbe quella di R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso la nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss., secondo il quale, in queste situazioni, il principio di "prossimità" comporta che è «il sistema interno con le sue procedure (*Melki*) e le sue regole sostanziali (*Fransson*) che si vede riconoscere la priorità (*in primis* temporale), fermo restando un successivo, eventuale, controllo di adeguatezza» da parte della Corte di giustizia.

nandolo con i principi e la normativa nazionali. Come ricordato anche recentemente nella sentenza *A.B. e a.*, «in forza dell'articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia non è competente ad applicare le norme del diritto dell'Unione a una fattispecie concreta, ma unicamente a pronunciarsi sull'interpretazione dei Trattati e degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione», fornendo al giudice nazionale «gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione che possano essergli utili per la valutazione degli effetti delle varie disposizioni di quest'ultimo»⁴⁹.

In tal modo viene valorizzato il ruolo, non solo applicativo ma anche interpretativo, del giudice nazionale, il quale sempre più spesso è chiamato ad applicare al caso concreto il principio di diritto enunciato al Kirchberg, lasciandogli ampi margini di valutazione nel bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco a livello europeo e a livello nazionale⁵⁰. Certamente la latitudine del compito affidato al giudice comune può sollevare difficoltà e soprattutto può non essere apprezzata dalla Corte costituzionale che invece richiede soluzioni *erga omnes* sulle questioni riguardanti i diritti fondamentali e a questo scopo rivendica di avere «la prima parola»⁵¹. In questa prospettiva è certamente auspicabile un dialogo quanto più intenso possibile tra la Corte di Lussemburgo e la Consulta.

5. ... e a definirne l'efficacia diretta alla luce del principio del primato.

In chiusura è opportuno dedicare qualche breve riflessione sul valore normativo delle disposizioni della Carta, in particolare sulla questione della loro efficacia diretta.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il cui art. 6, par. 1, TUE attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, la Corte

⁴⁹ Punto 96.

⁵⁰ Tra le molte v. sentenze del 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft*, punti 162 e 167; 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punto 59. In argomento v. anche P. MORI, *Il principio di legalità e il ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 97 ss.

⁵¹ Corte cost., sentenza n. 20/2019, par. 2.3.

di giustizia ha ben presto sgomberato il campo da ogni incertezza circa l' idoneità delle sue norme a produrre effetti diretti. I giudici di Lussemburgo hanno infatti sottolineato che le norme della Carta «non si distingu[ono] in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi»⁵². E hanno quindi riconosciuto gli effetti diretti, anche orizzontali, delle disposizioni della Carta che sanciscono un diritto di carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato il quale non richiede una precisazione ad opera di disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale⁵³. Pertanto, poiché in forza del principio del primato tutte le istituzioni degli Stati membri sono tenute a dare pieno effetto alle norme dell'Unione⁵⁴, il giudice nazionale ha l'obbligo, in primo luogo di valutare la possibilità di interpretare il diritto interno in modo conforme ai requisiti del diritto dell'Unione e, ove questo non sia possibile, di disapplicare la normativa nazionale incompatibile così da garantire la piena efficacia della Carta e

⁵² In *Egenberger* la Corte di giustizia ha infatti affermato che «riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'art. 21 della Carta non si distingue in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni», sentenza del 17 aprile 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, punto 77. Questo si riflette inevitabilmente anche sulle tecniche interpretative, sul punto v. G. D'AGNONE, *Alcune brevi osservazioni sui criteri utilizzati dalla Corte di giustizia per interpretare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *www.aisdue.it*, II, 2020.

⁵³ *Ivi*, punto 78. In argomento, tra i molti, v. i contributi di 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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*; ID., *L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali*, in questo volume; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*; L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*; S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in *www.federalismi.it*, 22 maggio 2019; nonché, 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 ss.

⁵⁴ Corte giust., sent. 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, cit., punto 158.

ottenere il risultato dell'effettivo godimento del diritto del singolo. La Corte ha anche ribadito che l'obbligo di disapplicazione deve essere eseguito dal giudice nazionale «di propria iniziativa,... senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁵⁵.

Questa giurisprudenza, ormai consistente, non si limita al principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta, ma riguarda anche altri diritti; si pensi diritto al *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta⁵⁶; a quello alle ferie annuali retribuite, di cui all'art. 31⁵⁷; o anche a quello alla tutela giurisdizionale effettiva, di cui all'art. 47⁵⁸.

Finalità prima di tale giurisprudenza è quella di garantire la piena efficacia delle disposizioni della Carta e ottenere il risultato dell'effettivo godimento del diritto del singolo. Considerato che le norme della Carta, per la loro stessa natura di norme-parametro, hanno «una formulazione assai generale, e talvolta persino generica»⁵⁹, difficilmente esse hanno carattere auto-applicativo. Questo ha portato la Corte a stabilire che la conseguenza dell'efficacia diretta della disposizione della Carta e della direttiva rilevante, non è tanto la sua applicazione diretta nel giudizio nazionale, quanto piuttosto l'applicazione della normativa nazionale "compatibile" in luogo di quella incompatibile, estendendo in via generale l'applicazione della norma speciale di maggior favore. Così è avvenuto ad esempio nel caso *Cresco*, dove la Corte ha stabilito che il diritto al giorno di riposo il venerdì Santo riconosciuto soltanto ai fedeli di una determinata confessione re-

⁵⁵ *Ivi*, punto 160. Come è noto tale affermazione, allora riferita ad un regolamento comunitario, risale alla sentenza 9 marzo 1978, 106/77, *Simmenthal*, punto 24.

⁵⁶ Corte giust., sent. 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punto 68.

⁵⁷ Corte giust., sent. del 6 novembre 2018, C-569/6 e C-570/16, *Bauer*; C-619/16, *Kreuziger*; C-684/16, *Max-Planck*.

⁵⁸ Corte giust., sent. 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, punto 78 29 luglio 2019, *Torubarov*, C-556/17, EU:C:2019:626, punto 56; 19 novembre 2019, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, punto 162; 14 maggio 2020, C-924/19, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, ECLI:EU:C:2020:367, punto 140.

⁵⁹ A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit., p. 21.

ligiosa deve essere riconosciuto ed esteso a tutti i lavoratori⁶⁰. Altrettanto è avvenuto nelle già citata sentenza *A.K.* dove la Corte ha stabilito che il principio del primato impone al giudice del rinvio, qualora accerti il contrasto delle disposizioni nazionali con il diritto dell'Unione, nella specie l'art. 47 della Carta, di disapplicare quelle disposizioni nazionali, siano esse di origine legislativa o costituzionale, e di applicare la legislazione nazionale precedentemente in vigore⁶¹.

Il quadro tratteggiato in questo intervento dà conto di una linea di continuità nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che interpreta il diritto dell'Unione, nei suoi vari ambiti, in coerenza con i principi cardine dell'ordinamento dell'Unione: la sua autonomia, il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri nonché l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi. Sarebbe irrealistico pensare che la Corte possa modificare tali coordinate per il semplice motivo che, come ricordato nella Dichiarazione n. 17 relativa al primato, tale principio, e suoi corollari, sono insiti nella struttura specifica dell'Unione.

Bibliografia

- ADINOLFI A., *Qualche riflessione sulla rilevanza nell'ordinamento dell'Unione europea dei trattati sui diritti umani diversi dalla CEDU*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 133 ss.
- AMALFITANO C., *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.
- AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018.
- AMALFITANO C., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea compie venti anni*, in questo volume.

⁶⁰ Corte giust., sent. 22 gennaio 2019, C-193/17, *Cresco*, ECLI:EU:C:2019:43, punto 80.

⁶¹ Corte giust., sent. 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*, cit.

- ARANCI M., *Da Roma a Lussemburgo... e ritorno: la pronuncia della Consulta sul diritto al silenzio*, in *Eurojus*, 10 maggio 2021.
- BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.
- BARTOLONI M.E., *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, part. p. 196 ss.
- BARTOLONI M.E., *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, p. 55 ss.
- BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- CANNIZZARO E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza 103 del 2008*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 789 ss.
- CONDINANZI M., *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" ed il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 295 ss.
- CONDINANZI M., *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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019.
- CONDINANZI M., *L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali*, in questo volume.
- CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 201.
- CONTI R., *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019, www.giustiziainsieme.it.
- DONATI F., *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, 29 aprile 2020.
- FERRARO F., *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019.
- FORTUNATO S., *L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 351 ss.
- JACQUÉ J.P., *The Explanation Relating to the Charter of Fundamental Rights of The European Union*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (edited by), *The Eu Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, 2014, p. 1715 ss.

- LAZZERINI N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.
- LAZZERINI N., *Dual Preliminarity Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, p. 1463 ss.
- LENAERTS K., *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *EuConst*, 2012, p. 375 ss.
- LENAERTS K., *New Horizon for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2019, p. 33.
- LUPO N., *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 *www.federalismi.it*, 10 luglio 2019, 9 ss.
- MASTROIANNI R., *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi "anticomunitarie": il passo del gambero?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, www.dirittounioneuropea.eu, luglio 2016.
- MASTROIANNI R., *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso la nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss.
- MASTROIANNI R., *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, in *European Papers*, 2020, p. 493 ss.
- MORI P., *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.it, I, 2019.
- MORI P., *Autonomia e primato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferrari Bravo: Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 169 ss.
- MORI P., *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 407 ss.
- MORI P., *Il principio di legalità e il ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 97 ss.
- MENGOZZI P., *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 23 ss.
- NASCIMBENE B., *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 49 ss.
- NASCIMBENE B., *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)*, in *Eurojus*, 3/2020, <http://rivista.eurojus.it>.
- NASCIMBENE B., *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata*, in questo volume.
- ROSSI L.S., “*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 ss.
- ROSSI L.S., *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della corte costituzionale italiana*, in *www.federalismi.it*, 1° agosto 2018.
- ROSSI L.S., *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*.
- RUGGERI A., *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)*, in *Consulta online*, 2015/I, p. 281 ss.
- SCHEPISI C., *Consiglio di Stato, ‘giudicato interno’ e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *Il diritto dell’Unione europea, Osservatorio europeo*, 31 maggio 2017, www.dirittounione europea.eu.
- SCHEPISI C., *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell’Unione europea, Osservatorio europeo*, www.dirittounione europea.eu, 2017.
- SCIARRA S., *Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019.
- SPITALERI F., *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 729 ss.
- SPITALERI F., *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE [a cura di], *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 139 ss.
- SKOURIS D.V., *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2013, p. 229 ss.
- TESAURO G., DE PASQUALE P., *Rapporti fra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, www.aisdue.it, I, 2019.
- TESAURO G., DE PASQUALE P., *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 289 ss.
- TIZZANO A., *L’application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2014, p. 429 ss.
- TIZZANO A., *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2019, p. 9 ss.

VIGANÒ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni cost.*, 2019, p. 481 ss.

WARD A., *Article 51 – Field of Application*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (edited by), *The Eu Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, 2014, p. 1413 ss.

ZILLER J., *Articolo 51*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 1044 ss.

CAPITOLO 8

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE
N. 269/2017, ED I SUOI SEGUITI,
NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE COMUNE

Antonello Cosentino

SOMMARIO: 1. Il superamento della “regola Granital”. – 2. La reazione del giudice comune. – 3. Un tentativo di conclusione.

1. *Il superamento della “regola Granital”.*

Come è ampiamente noto, l’attribuzione alle disposizioni della CDFUE dello «stesso valore giuridico dei trattati», per effetto dell’art. 6 del Trattato di Lisbona, ha messo in tensione il principio del controllo accentrato di costituzionalità fissato nell’art. 134 Cost.¹

Con l’acquisizione dello stesso valore giuridico dei trattati, infatti, le disposizioni della CDFUE – i cui contenuti precettivi intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione – risultano immediatamente applicabili, ove siano dotate di efficacia diretta², nelle controversie rientranti nel campo applicativo del diritto dell’Unione europea. In queste ultime controversie, quindi, il giudice nazionale ha il dovere,

¹ Su questa tensione mi limito a richiamare A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 4.

² Sulla evoluzione della originaria nozione di efficacia diretta v. G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 4.

per i principi fissati nella sentenza *Simmenthal*, di non applicare le norme interne contrastanti con un diritto fondamentale garantito da una disposizione della CDFUE dotata di efficacia diretta, eventualmente dopo aver verificato l'esatta interpretazione di tale disposizione mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La norma interna, non trovando applicazione, viene dunque sottratta al controllo – ed al potere di caducazione *erga omnes* – della Corte costituzionale; essa, ancorché non applicata in quella causa, permane nell'ordinamento nonostante il suo potenziale contrasto con la Costituzione, con conseguente pregiudizio della certezza del diritto.

Un tentativo di rimediare a questa tensione è stato offerto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017, che ha introdotto una eccezione alla regola giurisprudenziale – derivante dalla sentenza n. 170/1984, *Granital* – secondo cui la questione di compatibilità euro-unitaria di una norma nazionale, investendo la stessa applicabilità di tale norma, costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale della stessa, di cui condiziona la rilevanza.

Questa regola – regola *Granital* – è stata infatti ribaltata dalla sentenza n. 269/2017, con l'assegnazione della priorità alla questione di legittimità costituzionale nei casi in cui la disposizione di diritto dell'Unione, dotata di efficacia diretta, confligge con una norma nazionale sia contenuta nella CDFUE. In tali casi la valutazione di conformità delle norme nazionali alla CDFUE viene attratta nel giudizio incidentale di costituzionalità, nel cui ambito la stessa Corte costituzionale si riserva l'eventuale attivazione del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Con la sentenza n. 269/2017 in sostanza, per usare la brillante formulazione di un commentatore, la Corte costituzionale ha interrotto l'usucapione da parte della Corte di giustizia, rivendicando il diritto alla “prima parola”³.

La sentenza n. 269/2017 ha suscitato una mole imponente di commenti, sui quali, evidentemente, non è possibile soffermarsi⁴.

³In A. GUZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017.

⁴Un ampio elenco dei numerosissimi interventi di commento suscitati dalla senten-

Vi è comunque una generale convergenza sul rilievo che, con tale sentenza, la Corte costituzionale ha inteso recuperare la propria centralità nella tutela dei diritti fondamentali, per un verso riappropriandosi del potere di caducazione *erga omnes* delle disposizioni costituzionalmente illegittime, onde assicurare la certezza del diritto ed evitare il rischio di disparità di trattamenti; per altro verso, avocando a sé l'interlocuzione privilegiata con la Corte di giustizia, onde poter cooperare, mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, all'opera di definizione delle tradizioni costituzionali comuni che a quest'ultima compete. In tale prospettiva si può ritenere che la sentenza n. 269/2017 sia funzionale a potenziare il ruolo della Corte costituzionale più nei confronti della Corte di giustizia che nei confronti del giudice comune⁵.

Nel vastissimo dibattito che ha fatto seguito alla sentenza n. 269/2017 può tuttavia cogliersi un andamento che a me pare meriti di essere sottolineato: dopo una prima fase, in cui tra i commentatori prevaleva una valutazione della sentenza n. 269/2017 in termini di forte discontinuità rispetto alla giurisprudenza formatasi nel solco della sentenza *Granital*, sono gradatamente emerse letture più contestualizzanti, che hanno considerato la sentenza n. 269/2017 come uno sviluppo prevedibile, se non addirittura necessitato, dell'auto-riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della qualità di «organo giurisdizionale nazionale» ai sensi dell'art. 267 TFUE⁶. Vi sono state, addirittura, letture nettamente continui-

za n. 269/2017 si trova, in epigrafe al testo della sentenza medesima, in *ConsultaOnline*, www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html.

⁵ C'è, infatti, chi ha sostenuto che «La precedenza della pregiudiziale costituzionale dovrebbe essere esattamente intesa come l'affermazione della priorità del giudizio costituzionale non solo e non tanto per assicurare la supremazia della Costituzione, ma anche e soprattutto per fare dire, alla Corte costituzionale, la propria parola sulla Carta dei diritti dell'UE; o, anche, e meglio, sui rapporti tra la Costituzione italiana e la Carta dei diritti europei»; cfr. A. MORRONE, *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso*, in *Giustizia Insieme*, 12 novembre 2020.

⁶ Per una lettura della sentenza n. 269/2017 come diretta conseguenza del *revirement* segnato dalle ordinanze n. 103/2008 (in un giudizio in via principale) e n. 207/2013 (in un giudizio in via incidentale) in ordine alla configurabilità della Consulta quale giurisdizione nazionale *ex art. 267 TFUE*, v. 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*, 2019, spec. p. 11 ss.; in prospettiva analoga, cfr. anche N. LUPO,

ste, come quella secondo cui la sentenza n. 269/2017 «non si pone al di fuori di *Granital*, ma anzi ne riafferma, aggiornandolo, il presupposto ordinamentale, e cioè l'assetto duale e asimmetrico di ordinamenti distinti collocati su posizioni diverse ancorché reciprocamente connesse»⁷.

Quale che sia la prospettiva evolutiva in cui inquadrare la sentenza n. 269/2017 rispetto alla *Granital*, mi pare persuasiva l'opinione – che fra i commentatori sembra prevalente⁸ – che con le pronunce del 2019 nn. 20, 63, 112 e 117 la Consulta abbia, almeno parzialmente, corretto la 269/2017, ridimensionandone la portata innovativa e fornendo al contempo, come acutamente evidenziato in dottrina, elementi sia di *rassicurazione* (al giudice comune e alla Corte di giustizia) che di *conferma* del superamento della “regola *Granital*”⁹.

In estrema sintesi:

– la sentenza 23 gennaio 2019, n. 20 – dissipando i dubbi sorti sul noto inciso «per altri profili» contenuto nell'*obiter* della n. 269/2017¹⁰ – chiarisce che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria; al contempo, però, la stessa sentenza

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*, 10 luglio 2019, spec. p. 9 ss.

⁷ Così C. CARUSO, in *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020.

⁸ Ma non unanime; nel senso che la sentenza della Corte cost. n. 20/2019 sia in sostanziale continuità con la sentenza n. 269/2017, v. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020.

⁹ D. TEGA, *La Corte nel contesto, Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, p. 237.

¹⁰ Il richiamo, ovviamente, è al passo della sentenza n. 269/2017 in cui, dopo aver affermato che nei casi di “doppia pregiudizialità” deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, la Consulta fa riferimento al potere dei giudici comuni «di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione» (par. 5.2 del Considerato in diritto).

estende l'ambito della eccezione alla "regola *Granital*" anche al caso in cui la norma di diritto europeo che appaia in contrasto con quella nazionale sia contenuta in fonti del diritto euro-unitario primario e derivato diverse dalla CDFUE, purché in connessione con i diritti da quest'ultima tutelati;

– la sentenza 20 febbraio 2019, n. 63 sostituisce al ribaltamento della "regola *Granital*", recato dalla n. 269/2017, l'abolizione di tale regola, lasciando il giudice comune libero di scegliere se proporre il rinvio pregiudiziale o sollevare la questione di legittimità costituzionale e rassicurandolo sulla ammissibilità di quest'ultima, ove esso la scelga;

– la sentenza 10 maggio 2019, n. 112 e l'ordinanza 10 maggio 2019, n. 117 assestano il quadro, con piccoli ritocchi; in particolare va sottolineato come l'ordinanza n. 117/2019 corregga, opportunamente, il riferimento della sentenza n. 63/2019 al "potere", con un riferimento al "dovere", del giudice comune, ricorrendone i presupposti, «di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (par. 2 del Considerato in diritto).

Ulteriori conferme dell'assetto successivo alla sentenza n. 269/2017 – felicemente definito sistema "269 temperato"¹¹ – sono state poi offerte dalla Corte costituzionale nel 2020:

– con la sentenza 5 febbraio 2020, n. 11, che, citando espressamente la sentenza n. 63/2019, ribadisce che, «qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a 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 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.), con

¹¹ 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*, 2020, p. 1.

conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione» (cfr. par. 3.4 del Considerato in diritto);

– con la sentenza 9 marzo 2020, n. 44, che – senza pronunciarsi espressamente sul tema della doppia pregiudizialità – afferma l'illegittimità costituzionale di una disposizione di una legge regionale per contrasto con l'art. 3 Cost., contestualmente dichiarando assorbita la questione, pure sollevata dal remittente, di legittimità costituzionale della medesima disposizione in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., con riferimento alla direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003; in tal modo la Corte sembra applicare, pur senza menzionarla espressamente, la sentenza n. 20/2019¹² e, dunque, mostra di ritenere, sempre implicitamente, che la direttiva menzionata è “in connessione” con i diritti tutelati dalla CDFUE (in particolare, verosimilmente, dagli artt. 21 e 34 della Carta, richiamati nell'ordinanza di rimessione);

– con la ordinanza 30 luglio 2020, n. 182, che – investita della questione incidentale di legittimità costituzionale della disciplina del c.d. bonus bebè, sollevata dalla Corte di cassazione tanto con riferimento a parametri interni quanto con riferimento all'art. 117 Cost. – ha azionato il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, riepilogando e confermando, in motivazione, tutti i principi enunciati nelle sentenze del 2019 che hanno fatto (e dato) seguito alla sentenza n. 269/2017.

In definitiva, secondo il sistema “269 temperato” il giudice comune è libero, davanti ad un caso di doppia pregiudizialità, di decidere se rivolgersi in prima battuta alla Corte di giustizia o alla Corte costituzionale.

È allora il caso di esaminare come ha reagito il giudice comune al superamento della “regola *Granital*”.

2. *La reazione del giudice comune.*

Le prime reazioni sono arrivate quasi immediatamente; prima, cioè, che la “regola 269” ricevesse il temperamento recato dalle pronunce della

¹²La quale, come si è visto, ha esteso la “regola 269” anche alle ipotesi di contrasto tra norma interna e norme di diritto euro-unitario contenute in fonti diverse dalla CDFUE, purché in connessione con i diritti da quest'ultima tutelati.

Corte costituzionale del 2019. Tali reazioni sono giunte, innanzi tutto, dalla Corte di cassazione, la quale, gravata dallo specifico dovere di cui al comma 3 dell'art. 267 TFUE, si è dovuta misurare da subito con il nuovo indirizzo della Corte costituzionale.

L'atteggiamento della Suprema Corte non è stato univoco.

La prima risposta è venuta dalla Seconda Sezione civile con l'ordinanza n. 3831 del 16 febbraio 2018, che ha prestato ossequio alla nuova regola, pur mettendo espressamente in luce i profili di criticità che essa ravvisava nel celebre *obiter* della sentenza n. 269/2017¹³. Nella causa *Bolognesi c. CONSOB*, infatti, tale Sezione ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale, rispettivamente concernenti due distinte disposizioni del decreto legislativo n. 58/1998 (T.U.F.), sospettate di contrasto sia con parametri costituzionali interni, sia con talune disposizioni della CDFUE¹⁴.

Pochi mesi dopo tale prima risposta, la Sezione Lavoro della stessa Cassazione, con due pronunce pubblicate a pochi giorni di distanza l'una dall'altra (sentenza n. 12108 del 17 maggio 2018 e ordinanza n. 13678 del 30 maggio 2018) ha tracciato una strada alternativa a quella percorsa dalla Seconda Sezione civile.

¹³ L'ordinanza è definita «atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza» da L.S. ROSSI, *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 29 luglio 2018, p. 9.

¹⁴ Più precisamente, le questioni di legittimità costituzionale riguardavano l'art. 187 *quinquiesdecies* TUF (nel testo applicabile *ratione temporis*), in riferimento agli artt. 24, 111, 11 e 117 Cost. – gli ultimi due in relazione, tra l'altro, all'art. 47 della CDFUE – nella parte in cui detto articolo sanziona l'inottemperanza alle richieste informative della CONSOB anche nei confronti di colui al quale sia contestato un abuso di informazioni privilegiate; nonché l'art. 187 *sexies* TUF, in riferimento agli artt. 3, 42 11 e 117 Cost. – gli ultimi due in relazione, tra l'altro, agli artt. 17 e 49 CDFUE – nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito. A tale ordinanza la Corte costituzionale ha risposto con la sentenza n. 112/2019, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, *in parte qua*, l'art. 187 *sexies* TUF, e con l'ordinanza n. 117/2019, che ha azionato un doppio rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, interpretativo e di validità. Su tale rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481, *Bolognesi c. CONSOB*, a cui poi ha fatto seguito la sentenza della Corte cost. n. 84 del 30 aprile 2021, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF.

Con la sentenza n. 12108/2018 si è ritenuta immediatamente inapplicabile, senza necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità, una normativa interna contrastante con il divieto di discriminazione tra uomo e donna. In tale pronuncia la Cassazione ha affermato, in primo luogo, che l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017, appunto in quanto tale, sarebbe privo di efficacia vincolante¹⁵. La Suprema Corte ha poi ulteriormente svolto la duplice considerazione che, per un verso, il contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione europea aveva già formato oggetto di accertamento da parte della Corte di giustizia e, per altro verso, il diritto a non essere discriminati per sesso risultava tutelato già dalla direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 (riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego); cosicché la disposizione interna risultava in contrasto con una disposizione di diritto derivato e non, direttamente, con una disposizione della CDFUE. Quest'ultimo argomento – che oggi, dopo Corte cost. n. 20/2019, non potrebbe più essere speso – ha consentito alla Sezione Lavoro di eludere, in qualche misura, il nucleo del *dictum* della n. 269/2017, coprendo la CDFUE sotto lo schermo della suddetta direttiva 2006/54/CE.

Con la successiva ordinanza n. 13678/2018, per contro, la stessa Sezione Lavoro della Cassazione si è discostata esplicitamente dall'*obiter* della n. 269/2017, azionando il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia con diretto riferimento all'art. 21 CDFUE e dando espressamente atto di non ritenere necessario seguire le indicazioni rivolte dalla Corte costituzionale al giudice comune nella sentenza n. 269/2017. La pronuncia ha infatti ritenuto che, nella specie, il dialogo diretto con la Corte di giu-

¹⁵ In senso contrario, per l'affermazione della natura vincolante dell'*obiter*, cfr. L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017, dove si riprende l'affermazione di Carmela Salazar secondo cui la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta* «tende a perdere ogni valenza prescrittiva, se riferita alle sentenze dei giudici costituzionali». Cfr. C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994.

stizia dovesse considerarsi preferibile in ragione della «chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali» (par. 16). L'ordinanza n. 13678/2018 ha così in qualche modo prefigurato un criterio di scelta tra il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* e la questione di legittimità costituzionale – quello della prevalenza del profilo nazionale o del profilo euro-unitario – che è poi stato variamente sviluppato nel successivo dibattito dottrinario¹⁶.

Nella scia di Cass. n. 13678/2018 si pone anche l'ordinanza della Sezione Lavoro della Suprema Corte n. 451 del 10 gennaio 2019. In questo caso l'opzione per il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* viene privilegiata sul rilievo che «il dialogo diretto con la Corte di giustizia risulta essere, nel presente caso, lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali» (par. 48).

Alle prime reazioni della Corte di cassazione, fin qui riportate, hanno poi fatto seguito le pronunce che sono intervenute a valle del temperamento della “regola 269” operato dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 20 e n. 63 del 2019.

Di notevole interesse è l'ordinanza della Sezione Lavoro n. 16164 del 17 giugno 2019 (depositata insieme ad altre analoghe) che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale di una disposizione concernente il diritto all'assegno di natalità (c.d. bonus bebè). Tale ordinanza richiama esplicitamente la sentenza Corte cost. n. 63/2019, là dove si afferma che alla Corte costituzionale non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – alle norme corrispondenti della CDFUE che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti.

L'interesse dell'ordinanza n. 16164/2019 è duplice.

¹⁶ Sulla relazione tra Cass. 30 maggio 2018, n. 13678 e Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269 v. L.S. ROSSI, *op. ult. cit.*, nonché, volendo, A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018.

In primo luogo, essa – pur denunciando il contrasto della disposizione interna con molteplici disposizioni della CDFUE – opta per il giudizio incidentale di costituzionalità, invece che per il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, sul rilievo che «solo in sede di giudizio costituzionale è possibile, infatti, valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi» (par. 10). In tal modo la Cassazione sembra implicitamente valorizzare un altro dei criteri di scelta tra il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE e la questione di legittimità costituzionale che pure sono stati proposti dai commentatori, vale a dire quello del margine di apprezzamento, maggiore o minore, lasciato dal diritto dell'Unione al legislatore nazionale¹⁷.

Il secondo profilo di interesse dell'ordinanza n. 16164/2019 è da ravvisare nel rilievo che, nel giudizio incidentale di costituzionalità dalla stessa introdotto, la Corte costituzionale ha azionato il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, emettendo l'ordinanza n. 182/2020, sopra menzionata. La Sezione Lavoro della Cassazione ha dunque innescato un meccanismo processuale analogo a quello sviluppatosi a seguito della citata ordinanza n. 3831/2018 della Seconda Sezione civile della stessa Suprema Corte¹⁸; vale a dire, un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE disposto dalla Corte costituzionale. A tale rinvio hanno fatto seguito, prima, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 settembre 2021 (in causa *O.D. e altri c. INPS* C-350/20 ECLI:EU:C:2021:659), che ha affermato che il diritto dell'Unione europea, interpretato alla luce dell'articolo 34 CDFUE, osta ad una normativa come quella sospettata dalla Cassazione di illegittimità costituzionale; poi, la pronuncia della Corte costituzionale che tale normativa ha dichiarato costituzionalmente illegittima (la sentenza della Corte costituzionale non è ancora stata pubblicata al momento di chiusura del presente lavoro, ma è stata preannun-

¹⁷ Su tale criterio v. 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*, 29 aprile 2020, spec. p. 117 ss., nonché, con ulteriori precisazioni, F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, spec. p. 9 ss.

¹⁸ Per la parte dell'ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831 che riguarda il diritto al silenzio del destinatario di procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive; v. la precedente nota 14.

ciata da un comunicato stampa della stessa Corte costituzionale del 12 gennaio 2022).

In sostanza, con le ordinanze nn. 3831/2018 e 16164/2019 la Cassazione, sollevando questioni di legittimità costituzionale di norme interne in riferimento (anche) al parametro interposto della CDFUE, ha fornito alla Corte costituzionale l'*assist* per sollevare essa stessa il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. Sollevando le suddette questioni di legittimità costituzionale la Cassazione ha dunque aperto proprio la strada prefigurata nella sentenza n. 269/2017, vale a dire la strada che – nel segno della «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia» evocata nell'*obiter* – porta a Lussemburgo passando da Palazzo delle Consulta; la strada, in ultima analisi, che finisce con l'attribuire alla stessa Corte costituzionale il ruolo, cui sopra si è fatto cenno, di interlocutore nazionale privilegiato con la Corte di giustizia.

Degne di interesse, infine, sono le ordinanze della Sezione Lavoro nn. 9378 e 9379, entrambe depositate l'8 aprile 2021, con cui la Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 6 *bis*, della legge n. 153 del 1988, istitutiva dell'assegno al nucleo familiare. Tale disposizione esclude dal novero dei membri del nucleo cui è rivolto l'assegno i familiari dello straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica (salvo specifiche convenzioni internazionali o condizioni di reciprocità). La questione di legittimità costituzionale è riferita agli artt. 11 e 117 Cost. in relazione – nell'ordinanza n. 9378 – alla direttiva 2003/109/CE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, e – nell'ordinanza n. 9379 – alla direttiva 2011/98/UE, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro. Le due ordinanze sono state pronunciate dopo che la Corte di giustizia, decidendo su rinvii pregiudiziali sollevati proprio nei giudizi di cui si tratta, aveva affermato, con le sentenze del 25 novembre 2020 nelle cause C-302/19 e C-303/19, che entrambe le direttive sopra menzionate ostano a una normativa nazionale quale quella dettata dall'art. 2, comma 6 *bis*, della legge n. 153 del 1988.

La Sezione Lavoro della Cassazione ha escluso che la disposizione interna già ritenuta dalla Corte di giustizia in contrasto con il diritto dell'Unione – l'art. 2, comma 6 *bis*, legge n. 153 1988 – potesse essere “applicata”; ciò sul rilievo della mancanza di effetto diretto delle parti-

nenti norme di diritto dell'Unione¹⁹. In questa vicenda, quindi, la Suprema Corte non si è posta un problema di doppia pregiudizialità con riferimento a parametri fissati sia dalla Costituzione che dalla CDFUE – pur astrattamente ipotizzabile, in relazione all'art. 3 Cost. ed agli artt. 20 e 34 CDFUE²⁰ – ma ha ritenuto che la questione di legittimità costituzionale fosse necessitata dalla considerazione che «non potendosi dare immediata applicazione ad una disciplina euro unitaria inesistente, quella che viene definita “disapplicazione” altro non realizzerebbe che una modifica della norma nazionale» (ord. n. 9378/21, par. 21).

Esaurito l'esame degli orientamenti espressi in tema di doppia pregiudizialità dalla Corte di cassazione, è ora necessario, per offrire un quadro completo delle modalità con cui il giudice comune ha recepito il sistema “269 temperato”, dar conto anche di alcune pronunce di giudici ordinari di merito e di una pronuncia del giudice amministrativo.

Il Tribunale di Milano, con ordinanza del 5 agosto 2019, ha azionato il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE proponendo alla Corte di giustizia due quesiti, il secondo dei quali riguardava espressamente la compatibilità con gli artt. 20 e 30 CDFUE, oltre che con la direttiva 98/59/CE, dell'art. 10 del decreto legislativo n. 23 del 2015, in materia di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta. Detta ordinanza non ipotizza nemmeno la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale – quanto meno con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione agli artt. 20 e 30 CDFUE – né si misura in alcun modo con la giurisprudenza costituzionale in materia di doppia pregiudizialità, ma si avvale della libertà di scelta riconosciuta al giudice comune da Corte cost. n. 63/2019, dando per scontata, sembrerebbe, la prevalenza del profilo di diritto euro-unitario²¹.

¹⁹ Cfr. Cass., ord. 8 aprile 2021, n. 9378, par. 16: «nel caso di specie non è individuabile una disciplina *self-executing* di tale matrice direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio, giacché il diritto dell'Unione non regola direttamente la materia dei trattamenti di famiglia».

²⁰ In questo senso, nell'ambito di una nota critica nei confronti della scelta di non procedere alla disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione, S. GIUBBONI-N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2021, p. 6.

²¹ Sul rinvio pregiudiziale del tribunale milanese la Corte di giustizia si è pronunciata

La Corte di appello di Napoli, con una coppia di ordinanze entrambe depositate il 18 settembre 2019 ha contestualmente sollevato il rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE e la questione di legittimità costituzionale in relazione a taluni aspetti della disciplina nazionale dei licenziamenti illegittimi, quale risultante da varie disposizioni della legge n. 183 del 2014 e del decreto legislativo n. 23 del 2015²².

L'iniziativa della corte partenopea si è conclusa con l'ordinanza della Corte di giustizia del 4 giugno 2020 C-32/20 *TJ c. Balga*, che ha dichiarato manifestamente irricevibili le questioni proposte, per estraneità della controversia all'ambito del diritto dell'Unione, e con la sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 26 novembre 2020, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale per ragioni legate alla formulazione dell'ordinanza di rimessione. Tali esiti hanno precluso tanto alle Corte di giustizia quanto alla Corte costituzionale di pronunciarsi non solo nel merito delle questioni poste ma anche, ciò che qui interessa, sul rapporto tra i due procedimenti.

La Corte costituzionale, in particolare, in primo luogo ha dato atto della proposizione contestuale del rinvio pregiudiziale e della questione di legittimità costituzionale, nonché della declaratoria di irricevibilità pronunciata a Lussemburgo; poi ha richiamato il principio della «leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni chiamate – ciascuna per la propria parte – a salvaguardare i diritti fondamentali nella pro-

con la C-652/19 del 17 marzo 2021 affermando, tra l'altro, che una normativa nazionale che prevede l'applicazione concorrente, nell'ambito di una stessa e unica procedura di licenziamento collettivo, di due diversi regimi di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato, in caso di licenziamento collettivo effettuato in violazione dei criteri destinati a determinare i lavoratori da sottoporre a tale procedura, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, e non può, pertanto, essere esaminata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE e, in particolare, dai suoi artt. 20 e 30.

²² Sul doppio rinvio della Corte partenopea, cfr. 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; F. FERRARO, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE*, 24 dicembre 2020, p. 27 ss.; A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 24 febbraio 2021.

spettiva di una tutela sistemica e non frazionata» (par. 2.1); infine si è limitata ad affermare che sulla vicenda del rinvio pregiudiziale e della questione di legittimità costituzionale essa non aveva «ragione di esprimersi», in considerazione dei «molteplici profili di inammissibilità» che viziavano l'atto di rimessione. Si è dunque persa l'occasione per una pronuncia che manifestasse l'opinione della Corte costituzionale su una ipotesi, quella del doppio rinvio contestuale, oggetto di opinioni fortemente discordanti²³.

Infine va segnalata l'ordinanza n. 536 del 18 gennaio 2021 del Consiglio di Stato, emessa nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto, tra l'altro, la legittimità di una deliberazione della Giunta regionale della Puglia, ove intesa nel senso che il servizio di emergenza-urgenza territoriale debba essere affidato in convenzione dalle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere solo ad associazioni di volontariato e non anche alle altre organizzazioni senza scopo di lucro ed in specie alle cooperative sociali.

Il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia se la direttiva 2014/24 UE osti ad una normativa nazionale – si tratta dell'art. 57 del decreto legislativo n. 117 del 2017, Codice del Terzo settore – che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato (in possesso di determinati requisiti), senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro.

Una delle parti aveva prospettato anche la questione di legittimità costituzionale del suddetto art. 57 del Codice del Terzo settore, con riferimento a numerosi parametri costituzionali interni, indicati negli artt. 1, 3, 4, 35 e 45 Cost. (diritto al lavoro nelle cooperative e funzione sociale della cooperazione), nonché negli artt. 97, 117 e 118 Cost. (principio di sussidiarietà).

²³ In senso contrario alla doppia pregiudiziale contestuale, 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 *European Papers*, 2020, p. 509; in senso favorevole, v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, cit., p. 311 ss.; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019.

Il Consiglio di Stato ha affermato che nella specie veniva in questione il «problema della cd. doppia pregiudizialità» e – dopo aver sottolineato, richiamando le pronunce della Corte costituzionale n. 20/2019, n. 63/2019 e n. 117/2019, che «spetta al Giudice *a quo* decidere se sollevare per prima la questione costituzionale o quella euro-unitaria, avendo detto Giudice la facoltà e non l’obbligo di far precedere la questione costituzionale a quella pregiudiziale» (par. 18 dell’ordinanza) – ha dato priorità alla questione di compatibilità della norma interna con il diritto dell’Unione. Il supremo consesso della giustizia amministrativa ha infatti argomentato che la questione dei limiti entro i quali è ammesso l’affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in deroga all’evidenza pubblica «è suscettibile di incidere su tutto il relativo settore economico, e non soltanto su quello nazionale: si mostra quindi opportuno, a fini di chiarezza e certezza del diritto, promuovere per primo il rinvio il cui esito ha conseguenze di più ampia portata, valide appunto per tutta l’Unione (cfr. C.d.S., Sez. IV, ord. 18 novembre 2020, n. 7161/2020)».

Come si vede, quindi, il Consiglio di Stato si è fatto guidare, nella scelta tra rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale, dal criterio della dimensione europea, e non meramente nazionale, dell’oggetto della controversia. Tale criterio rappresenta, in sostanza, una declinazione del criterio della prevalenza del profilo, nazionale o euro-unitario, della questione, su cui tornerò *infra*. Si può peraltro osservare che, a quanto emerge dalla ordinanza in commento, né le parti né il giudice avevano evocato profili di incompatibilità della norma nazionale con disposizione della CDFUE. A ben vedere, quindi, la vicenda si collocava fuori dalla prospettiva della sentenza n. 269/2017, cosicché la soluzione del rinvio *ex art. 267* TFUE poteva essere adottata anche a prescindere dai richiami, comunque pertinenti, alle pronunce della Corte costituzionale nn. 20, 63 e 117 del 2019.

3. *Un tentativo di conclusione.*

La varietà delle risposte offerte dal giudice comune alla questione della doppia pregiudizialità, per come essa si atteggia dopo il superamento del-

la “regola *Granital*”, dimostra come il tema sia ancora lontano da un assestamento.

Mi pare che si possa convenire con la prevalente opinione che il giudice comune, chiamato ad applicare una norma della quale ritenga (o sospetti) il contrasto tanto con la Costituzione quanto con la CDFUE (o con fonti del diritto euro-unitario diverse dalla CDFUE, purché in connessione con i diritti da quest’ultima tutelati), è oggi libero di scegliere se sollevare la questione di legittimità costituzionale o azionare il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Non mi sembra, infatti, che la formulazione letterale dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953²⁴ possa indurre a ritenere che tale libertà sia limitata, per il giudice non di ultima istanza, nel senso di imporgli di sollevare prioritariamente la questione di legittimità costituzionale²⁵. Nemmeno mi pare, specularmente, che la formulazione letterale dell’art. 267 TFUE possa indurre a ritenere che detta libertà sia limitata, per il giudice di ultima istanza, nel senso di imporgli di azionare prioritariamente il rinvio pregiudiziale. Il dovere, per tutti i giudici, di sollevare la questione di legittimità costituzionale, quando la ritengano rilevante e non manifestamente infondata, così come il dovere, per il giudice di ultima istanza, di azionare il rinvio pregiudiziale in caso di dubbio sull’interpretazione o sulla validità di una disposizione del diritto dell’Unione sono infatti cor-

²⁴ L’articolo recita: «L’autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza...».

²⁵ In questo senso, invece, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, 3, p. 657, dove si sottolinea che «nel nostro sistema, in presenza di un dubbio di legittimità costituzionale, il giudice non ha la facoltà, ma l’obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale; mentre può esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, salvo si tratti di autorità di ultima istanza»; cfr. C. CARUSO, *Granital reloaded*, cit., dove si legge: «Sembra prefigurarsi dunque una diversa relazione di precedenza a seconda che la pregiudizialità si presenti davanti alle corti inferiori o al giudice di ultima istanza. Le prime sono tenute a dare priorità alla pregiudiziale costituzionale: nel caso ciò non avvenga, e qualora dall’inversione dell’ordine delle pregiudiziali derivino conseguenze giuridicamente rilevanti per la controversia principale, il provvedimento che chiude il giudizio potrebbe risultare affetto da un vizio *in procedendo* sindacabile in sede di legittimità».

relati alla attività decisoria, non a quella ordinatoria; sono infatti doveri che incidono sulle modalità di formazione della decisione, non sulle modalità di governo dello svolgimento del processo.

Nessun giudice, in altri termini, può definire il giudizio applicando una norma in relazione alla quale ritenga sussistere un serio dubbio di conformità alla Costituzione senza investire di tale dubbio la Corte costituzionale; ma ciò non mi pare che escluda la possibilità di una previa verifica della conformità di tale norma al diritto dell'Unione europea, non foss'altro che per valutare – ove il parametro normativo euro-unitario sia dotato di efficacia diretta e la controversia rientri nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione – la rilevanza stessa della questione di legittimità costituzionale²⁶. Per contro, un giudice di ultima istanza non può definire il giudizio applicando una norma nazionale in relazione alla quale ritenga sussistere un serio dubbio di conformità al diritto dell'Unione europea senza chiedere l'esatta interpretazione di quest'ultimo alla Corte di giustizia²⁷; ma ciò non mi pare che implichi che tale giudice non possa

²⁶ È ciò che ha fatto il Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 536/2021 sopra menzionata.

²⁷ La Corte di giustizia, con la sentenza 6 ottobre 2021 in causa C-561/19 *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi s.p.a. c. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.*, ECLI:EU:C:2021:799, ha sostanzialmente confermato i criteri CILFIT, disattendendo le conclusioni dell'avvocato generale Michal Bobek, il quale aveva proposto una radicale revisione di tali criteri, suggerendo il seguente cambio di paradigma: «La logica e il nucleo dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e delle sue eccezioni dovrebbero passare dalla mancanza di ogni ragionevole dubbio quanto alla corretta applicazione del diritto dell'Unione nel singolo caso di specie, dimostrato dall'esistenza di un dubbio giurisdizionale soggettivo, ad un imperativo più oggettivo di garanzia di un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione in tutta l'Unione europea. In altri termini, l'obbligo di sottoporre una questione pregiudiziale non dovrebbe concentrarsi principalmente sulle risposte corrette, quanto piuttosto sull'individuazione delle questioni pregiudiziali corrette» (Conclusioni dell'avvocato generale Michal Bobek, 15 aprile 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, ECLI:EU:C:2021:291, par. 4). Non è questa la sede per soffermarsi sulla prospettiva di superamento della CILFIT designata dall'avvocato generale Bobek; non posso però non sottolineare come presupposti ed esiti di tale prospettiva riecheggino con singolare assonanza il dibattito nostrano sul sovraccarico della Corte di cassazione e sulla necessità di garantire l'assolvimento della funzione di nomofilachia, privilegiando la tutela dello *jus constitutionis* rispetto a quella dello *jus litigatoris*; in altri termini, per dirla con lo stesso Bobek, privilegiare le «consi-

previamente provocare il controllo di legittimità costituzionale della norma interna, il cui esito potrebbe far venir meno la norma stessa, rimuovendo *in re ipsa* la necessità del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

L'onere della scelta dell'ordine delle questioni ricade allora, in definitiva, interamente sul giudice comune. Tale onere è di particolare gravità, in quanto l'esercizio di detta scelta rischia di impoverire l'ordinamento diverso da quello in cui opera la Corte a cui il giudice comune scelga di rivolgersi.

Se la prima scelta è per la Corte di giustizia, e la risposta di tale Corte è nel senso del contrasto della norma interna con il diritto euro-unitario, il dovere di disapplicazione della norma interna mi pare che elimini irrimediabilmente – almeno *de iure condito*²⁸ – la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, per difetto di rilevanza; cosicché resta impedita la caducazione *erga omnes* di una norma costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117 Cost., se non anche con altri parametri costituzionali.

derazioni più oggettive delle esigenze sistemiche che si presentano nel caso di specie» (Conclusioni par. 178) rispetto all'esigenza di garantire la «corretta applicazione del diritto dell'Unione in ogni causa sottoposta a un giudice di ultima istanza» (Conclusioni par. 179). Sulle Conclusioni dell'avvocato Bobek, cfr. R. TORRESAN, *La giurisprudenza CILFIT e l'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: la proposta "ribelle" dell'avvocato generale Bobek*, in *Eurojus.it*, 19 aprile 2021; E. GAMBARO, I. BELLINI, *Rinvio Pregiudiziale e Giudice di Ultima Istanza: Occorre Ripensare i Criteri "CILFIT"?*, in *Gtlaw.com*, 29 aprile 2021; P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19 in Il Diritto dell'Unione Europea*, 11 maggio 2021.

²⁸ L'ipotesi di un intervento della Corte costituzionale svincolato dalla soluzione della controversia dinanzi al giudice *a quo*, in funzione della mera garanzia della conformità dell'ordinamento alla Costituzione, è problematicamente avanzata in C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., p. 27, dove si legge: «Tale controversia, come detto, verrebbe infatti risolta con disapplicazione della norma interna contrastante, ma siffatta "composizione" del giudizio (che ne impedirebbe la sospensione, in assenza di rilevanza) non dovrebbe impedire un'iniziativa dell'autorità precedente slegata, appunto, dalla soluzione del processo (eventualmente da collocarsi temporalmente prima della chiusura dello stesso) e finalizzata alla rimozione di tale norma dall'ordinamento da parte del giudice delle leggi con una decisione avente efficacia *erga omnes* e capace di soddisfare la finalità testé indicata».

Se, invece, la prima scelta è per la Corte costituzionale e la risposta di quest'ultima è nel senso della declaratoria di illegittimità costituzionale in relazione a parametri interni – senza l'attivazione del rinvio pregiudiziale, in ragione del ritenuto assorbimento dei profili di illegittimità costituzionale eventualmente sollevati con riferimento a disposizioni della CDFUE, in relazione all'art. 117 Cost. – viene meno la possibilità di verificare la compatibilità di tale norma con il diritto dell'Unione e la Corte di giustizia perde la possibilità di esercitare la propria funzione di “nomofilachia” euro-unitaria.

D'altra parte, non mi pare pienamente persuasiva la scelta del doppio rinvio contestuale, adottata dalla Corte di appello di Napoli e sostenuta da una parte della dottrina²⁹. Al di là dei profili teorici – che ruotano intorno al tema della rilevanza della questione quale presupposto di ammissibilità del giudizio incidentale di costituzionalità³⁰ – ho delle riserve in ordine alla utilità concreta di tale soluzione, che, mi sembra, può rischiare di dare origine a corto-circuiti involontari tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia³¹, peraltro rendendo casuale la possibilità, per l'una Corte, di giovare dei risultati dell'elaborazione dell'altra³².

In definitiva – premesso che la scelta dell'ordine in cui sciogliere la doppia pregiudizialità è fortemente condizionata dalle peculiarità della singola vicenda processuale e risente necessariamente della natura degli interessi in contesa e della sensibilità e della cultura dei magistrati e degli

²⁹ Richiamata nella precedente nota 23.

³⁰ Sul rilievo che l'ipotesi del rinvio contestuale alla Corte costituzionale ed alla Corte di giustizia non superi, a legislazione invariata, il nodo della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, cfr. A. RUGGERI, *Forme e limiti del primato del diritto euro-unitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *I Post di AISDUE*, 31 ottobre 2019, Sezione “Convegni annuali e interinali” n. 13, p. 239; nonché, più di recente, A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”*, cit., p. 221, dove, riguardo all'ipotesi del doppio rinvio, si legge: «Purtroppo però, come mi sono trovato a dover riconoscere nel momento stesso in cui ho ritenuto di doverla affacciare, essa comporta di tutta evidenza il superamento della incidentalità; cosa che potrebbe aversi unicamente a mezzo di una previsione *ad hoc* con norma di legge, in deroga all'impianto stabilito nella disciplina relativa ai giudizi davanti alla Corte».

³¹ Così N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., p. 22.

³² Così A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., p. 44.

avvocati che in tale vicenda operano – ritengo ragionevole che il giudice comune si faccia guidare dal criterio, necessariamente elastico, della prevalenza del profilo, costituzionale o euro-unitario, concretamente coinvolto nella disciplina rilevante in giudizio.

In altra occasione ho sostenuto che il criterio del “profilo prevalente” si risolve nella sinergia di una duplice analisi, l’una volta a valutare il grado di specificazione che il diritto garantito dalla CDFUE abbia ricevuto nel diritto derivato dell’Unione e, l’altra, volta a valutare il grado di discrezionalità nell’attuazione del diritto dell’Unione di cui il legislatore nazionale abbia goduto nell’emanare la norma oggetto del dubbio di legittimità, sia costituzionale che euro-unitaria. Cosicché, in definitiva, in presenza di una norma nazionale sospettata di vulnerare un diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione che dalla CDFUE, la questione si attingerà, in concreto, come “prevalentemente euro-unitaria” o “prevalentemente costituzionale” a seconda che il diritto fondamentale riconosciuto dalla CDFUE abbia trovato una disciplina più o meno dettagliata nel diritto derivato dell’Unione e, al contempo, che il contenuto dispositivo della norma nazionale sia più o meno vincolato da fonti del diritto dell’Unione³³.

A tale ipotesi ricostruttiva è stato obiettato che il primo dei due criteri è di difficile applicazione, giacché sarebbe «diabolico capire se una norma (sia essa europea o interna) è o non è attuativa di una previsione materialmente costituzionale in tema di diritti fondamentali, perché la diretta percettività delle norme costituzionali irradia tutto l’ordinamento e induce a far apparire tutte le norme subordinate attuative o specificative di questa o quella libertà fondamentale»³⁴. L’obiezione è centrata e coglie indubbiamente un punto critico; punto che, tuttavia, forse non è decisivo. Infatti, quando in una concreta fattispecie non risulti possibile stabilire se, e quanto, la norma di diritto derivato dell’Unione a cui rapportare la disposizione nazionale risulti strumentale alla tutela di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CDFUE, ci si potrà sempre affidare al parametro della maggiore o minore rigidità del vincolo tra la disposizione

³³ Sia consentito di rinviare ad A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2020.

³⁴ Così A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., p. 50.

nazionale e le fonti del diritto dell'Unione; diversamente, potrebbe tornare utile anche il criterio del grado di strumentalità, rispetto ai diritti garantiti dalla CDFUE, della norma di diritto derivato dell'Unione confliggente con una disposizione nazionale.

Il criterio della maggiore o minore rigidità del vincolo tra la disposizione nazionale e le fonti del diritto dell'Unione³⁵ è probabilmente di più agevole applicazione. Esso si risolve nell'attribuire priorità alla questione di legittimità costituzionale quando la norma nazionale non sia euro-unitariamente imposta e nell'attribuire priorità al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* quando la norma nazionale costituisca diretta e vincolata attuazione di una norma dell'Unione³⁶.

Come è stato persuasivamente sottolineato, l'opzione per il giudizio incidentale di costituzionalità risulta coerente con tale criterio nei casi definiti dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 20, 63 e 112/2019, nei quali erano in discussione norme non imposte dal diritto dell'Unione; nel caso di cui all'ordinanza n. 117/2019, per contro, la norma nazionale sospetta di illegittimità costituzionale, l'art. 187 *quinquiesdecies* del TUF, era strettamente vincolata dal diritto dell'Unione, in quanto attuativa di un obbligo imposto, prima, dalla direttiva 2002/6/CE e, poi,

³⁵ La più chiara messa a fuoco di tale criterio è in F. DONATI, nelle opere e luoghi citati nella nota 17 che precede.

³⁶ Si tratta, in definitiva, di adeguarsi alle indicazioni offerte dalla stessa Corte di giustizia; cfr. Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, par. 54: «Occorre peraltro sottolineare che il carattere prioritario di un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale di una legge nazionale il cui contenuto si limita a trasporre le disposizioni imperative di una direttiva dell'Unione non può pregiudicare la competenza esclusiva della Corte di giustizia a dichiarare l'invalidità di un atto dell'Unione, segnatamente di una direttiva, competenza che ha per oggetto di garantire la certezza del diritto assicurando l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»; nonché causa C-112/13, *A c. B e altri*, par. 43: «Peraltro, quando il diritto dell'Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'attuazione di un atto di diritto dell'Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali 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».

dal regolamento (UE) n. 596/2014³⁷; donde il rilievo che, alla stregua dei criteri dettati nelle sentenze *Melki* e *A c. B*, il giudice remittente avrebbe dovuto dare priorità al rinvio *ex art. 267* TFUE³⁸. D'altra parte, la stretta dipendenza dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF da disposizioni di diritto derivato dell'Unione spiega, appunto, perché la Corte costituzionale, azionando essa stessa l'art. 267 TFUE, ha ritenuto necessario porre non soltanto un quesito interpretativo ma anche un quesito di validità.

Proprio la vicenda legata alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF, peraltro, mi pare possa suggerire una conclusione – per quanto provvisoria ed opinabile – del ragionamento svolto fin qui.

In altra sede ho avuto modo di affermare che non sempre il disordine è un male³⁹. Nel caso *Bolognesi c. CONSOB* – nel quale l'ordine (o, almeno, l'ordine descritto nei criteri dettati dalle sentenze *Melki* e *A c. B*) avrebbe richiesto che la Corte di cassazione sollevasse la questione di legittimità costituzionale per l'art. 187 *sexies* TUF e azionasse il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'art. 187 *quinquiesdecies* TUF – la Cassazione, come sopra si è visto, ha invece ritenuto di adeguarsi, con l'ordinanza n. 3831 del febbraio 2018, alle indicazioni emergenti dalla sentenza n. 269/2017 (all'epoca non ancora “temperata”), sollevando la questione di legittimità costituzionale non solo con riguardo all'art. 187

³⁷ L'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE prevedeva: «[g]li Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12». A sua volta, l'art. 12, par. 2, lett. b), della medesima direttiva prevedeva che alle autorità competenti dei singoli Stati membri fosse conferito quantomeno il potere, nell'esercizio della loro attività di vigilanza e di indagine, di «richiedere informazioni a qualsiasi persona, incluse quelle che intervengono successivamente nella trasmissione degli ordini o nell'esecuzione delle operazioni in questione, e ai loro mandanti e, se necessario, convocare e procedere all'audizione di una persona». Oggi, l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 stabilisce analogamente che, fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell'art. 23, gli Stati membri provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate per l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di cui all'articolo 23, paragrafo 2».

³⁸ F. DONATI, *I principi del primato*, cit., p. 121.

³⁹ A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni*, cit., par. 4.

sexies, norma non strettamente imposta dal diritto dell'Unione⁴⁰, ma anche con riguardo all'art. 187 *quinquiesdecies* del TUF, norma che, come sottolineato nella nota 37 che precede, è immediatamente attuativa di un obbligo imposto dalla direttiva 2002/6/CE.

Tuttavia, forse, non è stato un male, proprio nell'interesse della stessa "nomofilachia" di Lussemburgo, che il rinvio *ex art.* 267 TFUE non sia stato effettuato dalla Corte di cassazione, bensì dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, come si è accennato nella precedente nota 14, ha offerto una risposta duplice alla ordinanza n. 3831/2018; con la sentenza n. 112/2019 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, in parte qua, l'art. 187 *sexies* TUF; con l'ordinanza n. 117/2019, per contro, ha azionato un doppio rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, interpretativo e di validità.

Più precisamente, l'ordinanza n. 117/2019, con un primo quesito, ha chiesto alla Corte di giustizia se l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 (che ha sostituito tale direttiva) debbano 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"; con un secondo quesito, ha chiesto alla Corte di giustizia se, nel caso di risposta negativa al primo quesito, le suddette disposizioni di diritto derivato dell'Unione siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della CDFUE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Al rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia ha risposto con la sentenza 2 febbraio 2021 C-481 *Bolognesi c. CONSOB*, dando all'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6 ed all'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014 una interpretazione conforme agli artt. 47 e 48 della Carta e, quindi, escludendo che essi impongano agli Stati membri di sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente ri-

⁴⁰ L'art. 30, par. 2, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 stabilisce che gli Stati membri sono obbligati solo a prevedere «la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione».

sposte dalle quali potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale, oppure la sua responsabilità penale.

Mi pare allora che colga nel segno quel commentatore che ha sottolineato come «la leale cooperazione tra le due corti abbia dato luogo a un protocollo operativo particolarmente stringente e in larga parte inedito, nel senso che il giudice costituzionale stimola la Corte di giustizia a introdurre un nuovo diritto fondamentale nel sistema dell'Unione, la cui attuazione e tutela a livello interno – proprio per il sovrapporsi delle garanzie interne ed europee – sono demandate in prima battuta, a valle della pronuncia europea, al medesimo giudice di costituzionalità»⁴¹. Ciò che, in effetti, è puntualmente successo con il seguito che la stessa Corte costituzionale ha dato alla pronuncia di Lussemburgo.

Con la sentenza n. 84 del 30 aprile 2021, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF 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; inoltre, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, ha esteso la declaratoria di illegittimità costituzionale alle successive formulazioni dello stesso art. 187 *quinquiesdecies* (non applicabili, *ratione temporis*, nel giudizio *a quo*), in tal modo riconoscendo il “diritto al silenzio” anche nei confronti della Banca d'Italia; infine ha indicato al legislatore la necessità di elaborare una «più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto dell'Unione europea» (par. 5 del Considerato in diritto).

Alla luce dello sviluppo complessivo della vicenda mi pare che nel caso

⁴¹ Così G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2021.

dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF la strada del rinvio prioritario alla Corte costituzionale abbia prodotto un risultato sistemico, tanto nel diritto dell'Unione quanto nel diritto nazionale, più ampio e soddisfacente – in termini di tutela del diritto fondamentale “al silenzio”, quale emergente dall'art. 24 Cost., dall'art. 6 CEDU e dagli artt. 47 e 48 CDFUE (questi ultimi come interpretati dalla Corte di giustizia) – di quello a cui si sarebbe potuti pervenire se la Corte di cassazione avesse azionato essa stessa il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE.

Certo, è andata così, ma poteva andare diversamente. Certo, è innegabile «come sia ben diverso lo scenario di circoscritti utilizzi del rinvio pregiudiziale da parte del giudice delle leggi rispetto a quello che si ha per mano dei giudici comuni diffusi per l'intero territorio nazionale»⁴².

Non si può escludere d'altra parte, ed anzi mi pare auspicabile, che la giurisprudenza valorizzi – tramite lo strumentario delle tutele interinali a disposizione del giudice di merito – l'ipotesi, avanzata in dottrina, di sollevare la questione di costituzionalità e, contestualmente, adottare un provvedimento, appunto interinale, che attribuisca al singolo la posizione di vantaggio conferita dalla CDFUE o dalla norma di diritto derivato attuativa della stessa⁴³.

Ma proprio per questa incertezza penso che in definitiva si debba riconoscere che – sebbene, nei casi di doppia pregiudizialità, il criterio-guida per la scelta tra il rinvio alla Corte costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia possa in linea di massima identificarsi in quello della “prevalenza” – è tuttavia necessario rifuggire da schemi troppo rigidi e troppo astratti e lasciare che il sistema trovi gradualmente il proprio assetto, nell'opera quotidiana dei suoi attori: del giudice comune, chiamato sempre, per prima cosa, a misurarsi con la necessità di dare una risposta di giustizia alle parti delle cause che deve decidere; del giudice costituzionale, chiamato a dosare il proprio intervento in contesti politico-istituzionali delicatissimi e cangianti; del giudice dell'Unione, a propria volta investito del compito di trovare, quando viene interpellato dai giudici nazionali, una sintesi che è sempre, al contempo, un punto di arrivo e un punto di partenza.

⁴² Così A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, cit., p. 224.

⁴³ L'ipotesi è sviluppata in F. DONATI, *La questione prioritaria*, cit., p. 9.

Bibliografia

- AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.
- AMALFITANO C., *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*, 2020.
- BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 4.
- CONTI R., *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019.
- COSENTINO A., *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018.
- COSENTINO A., *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2020.
- DE PASQUALE P., *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 11 maggio 2021.
- DONATI F., *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 29 aprile 2020.
- DONATI F., *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021.
- FERRARO F., *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE*, 24 dicembre 2020.
- GAMBARO E., BELLINI I., *Rinvio Pregiudiziale e Giudice di Ultima Istanza: Occorre Ripensare i Criteri "CILFIT"?*, in *Gtlaw.com*, 29 aprile 2021.
- GIUBBONI S., LAZZERINI N., *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2021.
- GUAZZAROTTI A., *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di quadri costituzionali*, 18 dicembre 2017.
- LEONE S., *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 3.
- LUPO N., *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*, 10 luglio 2019.

- MASTROIANNI R., *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali* in *European Papers*, 2020.
- MORRONE A., *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso*, in *Giustizia Insieme*, 12 novembre 2020.
- REPETTO G., *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti*, 2019, p. 4.
- REPETTO G., *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2021.
- ROSSI L.S., *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 29 luglio 2018.
- RUGGERI A., *Forme e limiti del primato del diritto euro-unitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *I Post di AISDUE*, 31 ottobre 2019.
- RUGGERI A., *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 24 febbraio 2021.
- SALAZAR C., *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule “antiche” (forse troppo) per un processo “nuovo (ma non troppo)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994.
- SALVATO L., *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017.
- SBORO B., *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.
- TEGA D., *La Corte nel contesto, Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.
- TORRESAN R., *La giurisprudenza CILFIT e l'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: la proposta “ribelle” dell'avvocato generale Bobek*, in *Eurojus.it*, 19 aprile 2021.

PARTE II
LA CARTA E I SUOI DIRITTI

CAPITOLO 9

LA “RESILIENZA” DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UE

Marilisa D’Amico

SOMMARIO: 1. La crisi dell’Europa e la tenuta dei diritti. – 2. Il complesso spazio giudiziario europeo: una pluralità di Carte, una pluralità di Giudici. – 3. La Carta di Nizza nel rapporto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia. – 4. La Carta di Nizza nel rapporto tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell’uomo. – 5. Una conclusione: la Carta di Nizza come nuovo punto di partenza.

1. La crisi dell’Europa e la tenuta dei diritti.

Da anni l’idea stessa di Europa¹ vive una profonda crisi.

I sintomi sono ormai evidenti, e alimentano a loro volta nuovi fronti di sfiducia nelle Istituzioni europee. Si pensi al recesso dall’UE del Regno Unito in esito al processo avviato con la consultazione referendaria svoltasi nel 2016. Uno strappo le cui concrete conseguenze, sia sul piano economico sia sul piano istituzionale, sono ancora da verificare pienamente.

Si pensi, ancora, all’incapacità dell’Unione europea di fare fronte, con azioni davvero comuni, a drammi epocali, come quello dei migranti².

¹ Per cui si rinvia alle riflessioni di P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 3 ss.; e di A. PADOA SCHIOPPA, *Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, p. 61 ss.

² Da ultimo, su questi temi C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli, 2021, p. 44 ss.

Un'inerzia che, come si è già avuto modo di osservare³, mette in discussione lo stesso principio che ha spinto i popoli europei a unirsi, ovvero l'aspirazione a garantire la dignità delle persone.

Ma come non rievocare, in questo quadro, le politiche di *austerity* che negli ultimi tempi hanno ulteriormente affaticato – di certo non supportato – i sistemi di *welfare* nazionali, e che rallentano la costruzione di un volto davvero sociale dell'Europa⁴.

Tutto questo mette in mostra il lato fragile dell'Unione europea, e la distanza, non ancora pienamente colmata, delle sue Istituzioni rispetto ai suoi cittadini.

L'emergenza sanitaria che ha travolto l'intera umanità fin dai primi mesi del 2020 ha trovato dunque sulla sua strada un'Europa già in affanno. È tuttavia evidente a tutti che tanto la crisi sanitaria quanto la crisi economica innescata dall'impatto delle misure di contenimento sul sistema produttivo potranno essere utilmente contrastate solo mediante soluzioni condivise. Il Next Generation EU mira d'altra parte a guidare le politiche dei singoli Stati membri ripartendo dai settori cruciali, quali ambiente, innovazione tecnologica e diritti, su cui si va (e si andrà) definendo l'identità stessa dell'Europa.

Di fronte a queste “nuove” sfide, “vecchi” dilemmi restano, e per un costituzionalista si prospetta il peso di una responsabilità maggiore: non essere riusciti a far capire fino in fondo l'importanza di giungere non solo alla scrittura di una “Costituzione europea”, ma soprattutto alla sua condivisione e dunque alla sua adozione da parte dei popoli dell'Unione⁵. È

³ M. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, n. 3/2017.

⁴ Rappresenta in questa prospettiva una scommessa per il futuro il Pilastro europeo dei diritti sociali proclamato nel 2017 e che ora ha preso avvio con il Piano d'azione approvato nel marzo 2021 dalla Commissione (Com(2021) 102 final). Su tale documento e sullo stato di attuazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dedicate ai diritti sociali, S. LEONE, in questo volume.

⁵ Per una analisi delle esigenze di una Costituzione europea, per tutti J.H.H. WEILER, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European law journal*, 1995, vol. 1, n. 3, pp. 219-258. In argomento anche, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Diritto*

un processo che, come si è già avuto modo di sottolineare, non doveva infatti compiersi a partire da decisioni calate dall'alto, ma doveva probabilmente essere promosso prima di tutto nella società⁶.

Così, il periodo successivo all'unificazione monetaria, pur avendo gradualmente condotto all'adozione di una Carta di diritti – snodo cruciale nel percorso di integrazione europea e sul quale ci si soffermerà in questo scritto – è stato contrassegnato dal fallimento del tentativo di portare a termine tale processo, mediante l'introduzione di un vero e proprio Trattato costituzionale, fallimento dovuto ai risultati dei *referendum* svoltisi in Francia e in Olanda. Il Trattato di Lisbona ha ugualmente segnato una tappa importante per il destino della Carta e dei diritti fondamentali, ma non ha portato a quelle profonde trasformazioni istituzionali che avrebbero consentito all'Europa stessa di cambiare passo⁷.

Oggi non va persa l'occasione di colmare almeno in parte queste lacune. Il percorso di ricostruzione per uscire dalla crisi pandemica andrà condotto pertanto muovendo da un diverso paradigma. Ma soprattutto, per arrivare subito al tema oggetto delle riflessioni qui proposte, andrà condotto senza cedimenti sul terreno dei diritti. Come si è già avuto modo di constatare con specifico riferimento alla situazione italiana, infatti, nella disciplina delle misure adottate durante la fase più acuta dell'emergenza i decisori politici non hanno tenuto sufficientemente conto della differente condizione in cui versavano alcune persone, soprattutto quelle già affaticate da situazioni di fragilità o già esposte a discriminazioni⁸. L'impatto della pandemia e delle azioni di contrasto alla circolazione del *virus* sono state, nei loro confronti, maggiormente invasive, e si teme al-

to dell'Unione Europea, n. 3/2005, p. 582 ss., EAD, *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. La ratifica*, in *Foro it.*, I, 2005.

⁶ M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 70-71.

⁷ Si rinvia ai contributi pubblicati in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, cit., e, in particolare, al saggio di J. ZILLER, *Dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona*, p. 27 ss.

⁸ Se si vuole, M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 16 ss.

trettanto possa essere per le ripercussioni di carattere economico che inevitabilmente questa emergenza sanitaria porta con sé.

È stato condivisibilmente affermato, allora, che per evitare di andare incontro ad un regresso culturale e di tenuta stessa dei principi cardine della nostra Costituzione l'unico modo per rialzarsi da questo dramma è «riscoprendo le ragioni della solidarietà»⁹. Lo stesso può dirsi guardando all'Europa. È attraverso una rivitalizzazione del principio solidaristico e una rafforzata protezione dei diritti – che nello spazio giudiziario europeo hanno trovato e possono trovare compiuto riconoscimento – che si potranno affrontare questi anni complessi senza il rischio di ulteriori destabilizzazioni delle Istituzioni europee.

Una riflessione sulle origini, sul percorso e sul futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è pertanto oggi più che mai importante. Nella Comunicazione resa al Parlamento europeo dalla Commissione sulla Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (COM(2020) 711 final) si sottolinea, del resto, come la tutela dei diritti proclamati dalla Carta, nonostante l'importante applicazione ricevuta dalla stessa sia sul piano normativo sia sul piano giudiziario, non possa essere data per scontata. E tra gli esempi di nuove sfide che possono incrinare le certezze conquistate nel corso di questi due decenni è stata annoverata proprio la crisi pandemica, che «ha comportato restrizioni a un'ampia gamma di diritti e libertà fondamentali ampliando le diseguaglianze»¹⁰. Da qui l'esigenza di un «rinnovato impegno per garantire che le istituzioni dell'UE e gli Stati membri applichino la Carta al massimo delle sue potenzialità».

⁹ G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, online su *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020.

¹⁰ Già la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790(RSP)) aveva evidenziato come alcuni gruppi sociali siano stati colpiti più duramente e come discriminazioni e diseguaglianze si siano acuite durante la pandemia.

2. *Il complesso spazio giudiziario europeo: una pluralità di Carte, una pluralità di Giudici.*

Come si è già avuto modo di osservare, le più importanti questioni che toccano i diritti fondamentali sono ormai destinate a varcare i confini nazionali e a collocarsi in uno spazio di valutazione più complessa, che chiama in causa una pluralità di riferimenti normativi e una pluralità di attori istituzionali e giurisdizionali¹¹.

Spesso si tratta di questioni relevantissime, concernenti il principio di uguaglianza nelle sue varie declinazioni, l'estensione di prestazioni a beneficio anche dei non cittadini, nella dimensione tanto individuale quanto familiare, il rapporto fra diritto e scienza, la natura e le implicazioni del principio di legalità penale, così come temi cruciali quali i dilemmi su inizio e fine vita.

Qui non ci si riferisce evidentemente solo allo spazio delineato, nei suoi contorni, dal diritto dell'Unione europea con la sua Carta dei diritti, ma più in generale a quello, molto più articolato, che è definito dalla coesistenza (e dal reciproco condizionamento) di diverse Carte nazionali e sovranazionali di diritti: le Costituzioni nazionali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ma in questo contesto non va (più) trascurata nemmeno la Carta sociale europea. Negli ultimi anni quest'ultima è stata protagonista di una rivitalizzazione non trascurabile¹², grazie anzitutto ai reclami collettivi che hanno portato il Comitato europeo dei diritti sociali

¹¹ La letteratura sul tema è ormai sterminata. V., tra i contributi in tema, N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI (a cura di) *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019.

¹² In tema, G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2013; C. PANZERA, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2012 e, volendo, M. D'AMICO, G. GUIGLIA, B. LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013.

a pronunce assai significative sul piano dei diritti connessi, ad esempio, alla salute delle persone o alla protezione dei lavoratori. Si pensi, per limitarci a questioni che hanno riguardato l'Italia, al noto caso relativo alle ripercussioni dell'obiezione di coscienza esercitata dai sanitari sul diritto all'interruzione volontaria di gravidanza¹³, ma anche, più di recente, a quello della (dis)parità retributiva tra uomini e donne, problema enorme, che persiste a dispetto dell'uguaglianza giuridicamente sancita¹⁴. Peraltro, la Carta sociale europea ha ricevuto negli ultimi anni anche un significativo riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale italiana: con la sentenza della Corte costituzionale n. 120/2018, infatti, è stata per la prima volta affermato che una legge nazionale in contrasto con una norma della Carta sociale europea può essere dichiarata illegittima sulla base dello stesso meccanismo delineato dalle sentenze nn. 347 e 348/2007. Vi si legge, più precisamente, che la Carta sociale europea «presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU», e che per queste sue caratteristiche «deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»¹⁵.

¹³ Comitato europeo dei diritti sociali, *CGIL contro Italia*, 11 aprile 2016, n. 91/2013. In tema, B. LIBERALI, *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal*, 2016, II, 417 ss.

¹⁴ Su tale questione anche la Corte di giustizia ha avuto di recente occasione di pronunciarsi con una decisione molto rilevante. Il Giudice europeo si è in particolare pronunciato sul significato della clausola «pari valore» contenuta nell'art. 157 TFUE (ai sensi del quale «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore»), affermandone la natura di previsione ad effetto diretto. Così Corte giust., 3 giugno 2021, causa C-624/19, *K e a. contro Tesco Stores Ltd.*

Un'altra importante decisione, invece, del Comitato europeo dei diritti sociali ha riguardato la magistratura onoraria. Su cui F. BIONDI, *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017.

¹⁵ Nella stessa pronuncia, però, la Corte non ha come noto riconosciuto alle decisioni del Comitato sociale europeo carattere vincolante, in questo tracciando una differenza rispetto alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si v., inoltre, la suc-

Non c'è dubbio che in questo composito sistema, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha per parte sua favorito la costruzione di uno spazio giudiziario europeo. D'altra parte, si potrebbe dire, l'art. 47 della Carta di Nizza fu pensato con l'obiettivo di creare istituti comuni e maggiori convergenze¹⁶.

È poi utile sempre ricordare che già nel corso della sua "prima vita", quando la Carta è stata priva di vincolatività giuridica, essa è stata ciò non di meno capace di condizionare, sia pur silenziosamente, le decisioni dei giudici, tanto nazionali quanto quello europeo. Nelle sue Conclusioni presentate nel caso *Bectu*, l'Avvocato generale Antonio Tizzano affermava che certo la Carta «non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante», eppure, «resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti»¹⁷. Di conseguenza, «in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si [possono] ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne [può] ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria».

Ma la stessa Corte costituzionale italiana ha valorizzato i contenuti della Carta nella propria giurisprudenza anteriore al 2009, affermando, in modo non dissimile, che «ancorché priva di efficacia giuridica» questa

cessiva sentenza n. 194/2018, sulla quale G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, 2018.

¹⁶ A commento di questa disposizione sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 319 ss., e *Article 47: right to an effective remedy and to a fair trial*, in W.T.B. MOCK, G. DEMURO (a cura di), *Human Rights in Europe*, Durham, 2010. V., inoltre, G. VITALE, in questo volume.

¹⁷ Conclusioni Avv. Generale A. Tizzano, 8 febbraio 2001, C-173/99 (in particolare, nn. 27 e 28). Sulla fase intercorrente tra la proclamazione della Carta e Lisbona, fase definita però «ambivalente» con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, si rinvia alle riflessioni di O. POLLICINO, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il moto ascendente, ovvero sia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Giurcost.org.*, 2015, spec. p. 255 ss.

esibisce «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»¹⁸. Il Preambolo della Carta rievoca espressamente, d'altra parte, i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dai Trattati e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, così come dalle relative giurisprudenze.

Inutile dire che con il Trattato di Lisbona, questo processo di integrazione ha subito una ulteriore accelerazione. La Carta di Nizza, assieme alle altre Carte dei diritti, sia pur ciascuna dotata di un proprio ambito applicativo, di proprie peculiarità, di propri sistemi di funzionamento e di attivazione, di propri organi di interpretazione e di decisione, ha indubbiamente concorso ad ampliare e a potenziare la tutela offerta ai diritti fondamentali.

Il dialogo che si è via via instaurato tra le Corti – un dialogo talvolta indiretto, praticato attraverso impliciti richiami alle rispettive giurisprudenze o, nella prospettiva del giudice nazionale, nella forma non meno pregnante dell'interpretazione conforme – non è sempre stato un dialogo disteso¹⁹. Tuttavia, come si avrà modo di dire con riferimento alla recente svolta della Corte costituzionale sulla c.d. doppia pregiudizialità, in definitiva il dialogo si è mostrato proficuo, anche quando i frutti di tali convergenze si sono potuti cogliere solo all'esito di forti divergenze²⁰.

3. *La Carta di Nizza nel rapporto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia.*

Quando la Carta di Nizza ha finalmente acquistato valore giuridico, e precisamente il rango dei Trattati, come noto essa ha iniziato ad essere sempre più spesso maneggiata dai giudici nazionali. I quali, in ossequio al

¹⁸ Corte cost., sent. n. 135/2002.

¹⁹ Su questi aspetti F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019.

²⁰ Il riferimento è qui ovviamente a tutta la vicenda Taricco. Per tutti, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018, e A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017. V. inoltre I. PELLIZZONE, *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, disapplicazioni di norme interne in bonam partem e principio di uguaglianza. Riflessioni a margine del caso Taricco*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.

primato del diritto dell’UE e ai meccanismi recepiti nella giurisprudenza tanto comunitaria quanto costituzionale, hanno quindi in diverse occasioni potuto mettere da parte la norma nazionale in favore della contraria norma della CDFUE (laddove ad effetto diretto) senza sollevare quindi questione di legittimità costituzionale, magari all’esito di una preliminare interlocuzione con la Corte di giustizia²¹.

Come a tutti noto, nel 2017 la Corte costituzionale ha “reagito” a questa situazione, temendo di perdere terreno nella tutela dei diritti fondamentali. Senza qui ripercorrere una giurisprudenza sulla quale ormai molto è stato detto, ci si limita a ricordarne le coordinate essenziali. Con la sentenza n. 269, in particolare, la Corte costituzionale ha affermato che laddove il giudice riscontri sia una potenziale violazione di una norma costituzionale sia di una previsione contenuta nella Carta di Nizza avente analogo tenore, questi dovrà in ogni caso attivare il giudizio di costituzionalità. Questo perché, spiega la Corte in questo significativo passaggio della decisione, la Carta è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale». Si tratta, da una parte, di un riconoscimento di notevole rilievo, ma, allo stesso tempo, della sottolineatura di una potenziale problematica sovrapposizione di tutele. Nella prospettiva del Giudice costituzionale, in realtà, il rischio maggiore era dato dalla possibilità che il giudice, nel suo solitario dialogo con la Corte di giustizia, si potesse trovare nella condizione di svolgere nella sostanza un sindacato di costituzionalità diffuso.

La portata di questa sentenza è naturalmente “dirompente”, perché mette in discussione prassi giurisprudenziali consolidate, avallate dalla stessa Corte costituzionale in ottemperanza alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Proprio per questa ragione, la pronuncia è stata accolta da una parte della dottrina con qualche preoccupazione²², per la rigidità di

²¹ Sullo strumento del rinvio pregiudiziale v. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, cit.

²² Tra i costituzionalisti v., in particolare, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, e da ultimo, ID., *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi.it*,

alcune sue affermazioni, come ad esempio quella secondo cui, laddove la Corte costituzionale, valutate le censure sia in riferimento ai parametri “nazionali” sia in riferimento a quelli “europei” (nell’ordine che la stessa si riserva di decidere), salvi la disciplina interna, il giudice comune potrà anche successivamente tornare sulle doglianze relative al rapporto con la Carta di Nizza, ma solo “per altri profili”. Come a intendere, allora, che questi si deve veder ristretti i poteri di dialogare con la Corte di giustizia e di ricorrere al meccanismo della non applicazione in forza della pronuncia della Corte costituzionale.

La successiva giurisprudenza della Corte costituzionale ha però a parere di chi scrive dimostrato come l’obiettivo non fosse affatto di chiudersi nei confini nazionali, ma, anzi, di tornare essa stessa a dialogare con la Corte di giustizia.

Anzitutto, la Corte costituzionale è tornata già nel 2019 ad affermazioni importanti sul rapporto tra la pregiudizialità costituzionale e la pregiudizialità europea, con una decisione il cui effetto è stato senza dubbio di attenuare le criticità che molti studiosi avevano evidenziato in precedenza. La sentenza n. 20/2019, assai rilevante anche per la questione oggetto del giudizio – ovvero sia il regime di pubblicazione del reddito e del-

2021. In termini meno preoccupati, invece, v. A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accenramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020 (in particolare v. p. 183 ss.), S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, e P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020.

Tra i comunitaristi, v. in particolare G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARIO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, 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*, n. 1/2020, e G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Le sentenze della Corte nn. 20 e 63 del 2019*, in *Federalismi.it*, 2019.

la condizione patrimoniale dei dirigenti della pubblica amministrazione, con la necessità di contemperare il diritto alla riservatezza con quello alla trasparenza – ha per la prima volta deciso un caso di doppia pregiudizialità. In particolare, è entrata nel merito di una ordinanza che denunciava la violazione di un diritto protetto sia dalla Costituzione italiana sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e anche da norme di una direttiva (la direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati). Secondo una precedente pronuncia della Corte di giustizia, infatti, gli artt. 6 e 7 di quella direttiva dovevano considerarsi norme immediatamente applicabili (sentenza 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e altri*), anche se nella stessa pronuncia la Corte di giustizia affidava al giudice interno il compito di svolgere quel bilanciamento necessario a valutare se, nel caso concreto, la disciplina nazionale avesse violato i canoni della direttiva relativi alla pubblicazione delle informazioni economiche.

La Corte costituzionale ha ammesso la questione di legittimità costituzionale scegliendo dunque di decidere la questione, ma sottolineando allo stesso tempo la peculiarità della situazione proprio alla luce della giurisprudenza europea in materia, e sottolineando altresì «l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Ancora una volta, quindi, acquista rilievo decisivo la circostanza che, diversamente operando (e lasciando che fosse il giudice a risolvere la controversia con lo strumento della non applicazione), si dovrebbe rinunciare alla possibilità di veder definitivamente cancellata dal sistema una norma nazionale lesiva di un diritto fondamentale.

Allo stesso tempo, la Corte costituzionale svolge alcune importanti precisazioni volte a "rassicurare" la Corte di giustizia, specificando che la "prima parola" che la Corte in questo modo si incarica di dire non preclude ai giudici di «sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria». «Qualsiasi questione pregiudiziale», allora, senza preclusioni concernenti i profili di potenziale violazione con la Carta dei diritti fondamentali o altre fonti dell'Unione europea di contenuto analogo e me-

desima natura. Ciò in quanto, aggiunge significativamente la Corte, «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Questo passaggio è particolarmente importante, perché denota come l'obiettivo della Corte costituzionale sia di contribuire al potenziamento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, non di ridurli²³, e infatti, anche dopo la sentenza n. 20, la Corte costituzionale ha ancora più esplicitamente affermato che il giudice rimane nella possibilità di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in qualsiasi momento²⁴.

Ma soprattutto è la Corte costituzionale che può a sua volta esperire il rinvio pregiudiziale, dialogando con la Corte di giustizia al fine di verificare l'esatto significato da assegnare ad una disposizione della Carta dei diritti fondamentali o di altra rilevante previsione del diritto europeo, e, talvolta, al fine di prevenire situazioni di conflitto tra il diritto europeo stesso e i principi supremi protetti dalla Costituzione italiana. Si pensi, proprio in questa prospettiva, all'ordinanza n. 117/2019, con la quale la Corte costituzionale, su questione posta dalla Corte di cassazione, ha deciso di sospendere il giudizio e di attivare un rinvio pregiudiziale inerente l'interpretazione ed eventualmente la validità di una fonte europea in materia di diritto al silenzio. La Corte di giustizia²⁵ ha evidentemente compreso il problema sostanziale posto dal Giudice costituzionale italiano, e ha infatti affermato che le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 dovessero essere lette conformemente agli artt. 47 e 48 della Carta, non imponendo la sanzione a carico di persona fisica che si rifiuti di fornire risposte dalle quali potrebbero emergere

²³ Cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, cit.

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 63/2019 (a commento della quale si v. C. NARDOCCI, *Quando la Corte costituzionale "vuole decidere": sulla retroattività in mitius della sanzione amministrativa, ma su base "costituzional-convenzionale"?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3/2019), tendenza confermata nelle pronunce successive, tra cui, ord. n. 117 /2019, n. 182/2020, e da ultimo n. 84/2021.

²⁵ Corte giust., sent. 2 febbraio 2021, C-481/19, *D.B. contro Consob*.

responsabilità per un illecito passibile di sanzione penale o di una sanzione amministrativa avente carattere penale. Riassunto il giudizio, la Corte costituzionale ha potuto quindi concludere nel senso che l'interpretazione della Corte di Lussemburgo «collima» «con la ricostruzione offerta da questa Corte della portata del diritto al silenzio»²⁶.

Questa ma anche altre vicende²⁷ attestano come la Corte costituzionale sia aperta al contributo dell'Unione europea nella tutela dei diritti. Investita di questioni di legittimità costituzionale in casi di doppia pregiudizialità, essa ha infatti chiarito di essere disponibile ad instaurare un dialogo con la Corte di giustizia per poter arricchire le proprie decisioni dell'apporto interpretativo di questa.

Non interrompendo la comunicazione con Lussemburgo, ma dimostrando di voler solo essere tra gli interlocutori di questo dialogo, la Corte costituzionale potrà evitare che i cambiamenti profondi cui si sta assistendo nel rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali sfoci in silenzi o, peggio, in conflitti, che non possono che nuocere ai diritti fondamentali.

²⁶ Sulla vicenda e sull'esito del giudizio di costituzionalità v. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Thought Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, n. 54/2021, M. MICHETTI, *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, in *Giurcost.org*, 2021, e, da ultimo, P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *Federalismi.it*, 2021.

²⁷ Si pensi alla vicenda del c.d. bonus bebè, su cui si fonda il secondo rinvio pregiudiziale del Giudice costituzionale in ipotesi di doppia pregiudizialità (cfr. ord. n. 182/2020) e decisa di recente dalla Corte di giustizia con la sentenza 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e a. contro INPS*. Si segnala che, al momento in cui si scrive, la Corte ha riassunto la causa, e sebbene non sia ancora stata deposita la sentenza, con il comunicato stampa del 12 gennaio ha annunciato di aver accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate. A commento si v. 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*, n. 4/2020, e G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2021.

4. *La Carta di Nizza nel rapporto tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Il sistema integrato di tutele si articola lungo due linee direttrici che coinvolgono, da un lato, i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, di cui si è appena ragionato, e dall'altro quelli che intercorrono tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultimo è ovviamente un dialogo non "istituzionale", necessariamente diverso da quello che si snoda attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, ed è per questo un dialogo (solo) tra giurisprudenze. Ma non per questo meno rilevante e produttivo.

Da ultimo, proprio la questione, appena richiamata, del diritto al silenzio rivela emblematicamente le potenzialità di questo dialogo a distanza, che nel caso specifico ha peraltro messo a contatto, direttamente o indirettamente, tre Corti.

Con la pronuncia della Grande Sezione che ha consentito alla Corte costituzionale di dichiarare illegittimo l'art. 187 *quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e così di evitare anche solo l'ipotesi di una attivazione dei controllimiti, la Corte di giustizia, su sollecitazione stessa del Giudice costituzionale nazionale, ha espressamente richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nella decisione si legge infatti che la domanda pregiudiziale era stata prospettata, oltre che con riferimento agli artt. 47 e 48 della Carta, anche evocando i diritti garantiti dall'art. 6 della CEDU. E soprattutto che «sebbene tale convenzione non costituisca, fintanto che l'Unione non vi avrà aderito, uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, occorre però ricordare che, come confermato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». E ancora, essa ha ribadito, come in altre occasioni aveva avuto modo di fare, che l'art. 52, par. 3, della Carta, nel sancire che i diritti riconosciuti da quest'ultima corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU hanno un significato e una portata identici, «mira a garantire la necessaria coerenza tra questi rispettivi diritti senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte».

Sulla scorta di tale premessa, mettendo in diretto collegamento gli artt. 47 e 48 della Carta con l'art. 6 CEDU, la Corte di giustizia ha ri-

cordato come per la Corte di Strasburgo, sebbene la Convenzione non menzioni espressamente il diritto al silenzio, quest'ultimo è da considerarsi corollario necessario della nozione di equo processo²⁸.

In un caso più risalente, per limitarci ad un altro emblematico esempio, la Corte di giustizia ha invece valorizzato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di riconoscere i diritti di due persone dello stesso sesso. Con la sentenza *Coman*²⁹, sollecitata per verificare se il coniuge americano di un cittadino rumeno avesse diritto a ricongiungersi in Romania con il marito, in uno Stato, cioè, che non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Corte di Lussemburgo ha come noto riscontrato un problema di compatibilità con la libertà di circolazione³⁰. Ciò che qui più interessa, però, è che nel fornire la corretta interpretazione della direttiva 2004/38, ai fini della ricostruzione della nozione di coniuge e di vita privata, il Giudice europeo abbia attribuito peso decisivo al diritto alla vita privata e familiare tutelato dal-

²⁸ A commento della decisione, L. MARIN, *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2021, E. BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sistema Penale*, 3 febbraio 2021.

²⁹ *Ex multis*, A. LANG, *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in *Genius*, n. 2/2018, e S. PENASA, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a "cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2018, volendo si v. anche M. D'AMICO, *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2021. In prospettiva critica, invece, V. STEHLÍK, *The CJEU Crossing the Rubicon on the Same-Sex Marriages? Commentary on Coman Case*, in *International and Comparative Law Review*, 2018, vol. 18, n. 2.

³⁰ Più precisamente, violazione dell'art. 21, pag. 1, TFUE, giacché «[I] rifiuto, opposto dalle autorità di uno Stato membro, di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, il matrimonio di quest'ultimo con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, cittadino di tale Stato membro, contratto durante il loro soggiorno effettivo in un altro Stato membro conformemente alla legislazione di quest'ultimo Stato membro, è atto ad ostacolare l'esercizio del diritto di detto cittadino dell'Unione, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Infatti, un simile rifiuto ha come conseguenza che tale cittadino dell'Unione può vedersi privato della possibilità di tornare nello Stato membro di cui ha la cittadinanza, accompagnato dal coniuge».

l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per come a sua volta interpretato alla luce dell'analogo diritto tutelato dalla CEDU³¹. La Corte ha dunque ritenuto che «dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che la relazione che lega una coppia omosessuale può rientrare nella nozione di «vita privata», nonché in quella di «vita familiare», al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione»³².

Questi esempi testimoniano quanto sia importante la formazione di una sorta di «agorà europea» dei diritti, di regole comuni, anche costruite in via giurisprudenziale, per tutelare i singoli individui nel godimento dei loro diritti.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea può costituire un punto di riferimento essenziale in questa prospettiva.

5. Una conclusione: la Carta di Nizza come nuovo punto di partenza.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha dimostrato, insomma, di saper fungere da collante e baricentro nello spazio giudiziario europeo. Non è un caso che proprio in questo momento di crisi la si invochi come un punto di riferimento irrinunciabile per costruire l'Europa del domani.

Si è già detto della Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (COM(2020) 711 final). Probabilmente non basta. Potrebbe essere arrivata l'ora di considerare seriamente una adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come d'altra

³¹ Ancora una volta, si afferma infatti che «come risulta dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, i diritti garantiti dall'articolo 7 della medesima hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli garantiti dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950».

³² Vengono in particolare citate le pronunce Corte EDU, 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, nonché Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143).

parte auspica proprio la Strategia di rilancio della Carta appena menzionata. Nel documento si legge infatti che la Carta di Nizza «si applica in combinato disposto con i sistemi di tutela dei diritti fondamentali nazionali e internazionali, comprese le tradizioni costituzionali e gli obblighi internazionali comuni agli Stati membri» e soprattutto che «[i]n tale contesto l'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo continua a rappresentare una priorità per la Commissione». Infatti, «se l'UE intende veramente rafforzare i diritti fondamentali, deve essere aperta al controllo esterno».

Si tratta di un percorso probabilmente ancora molto lungo³³ ma in cui, come si vede, lo stimolo può provenire proprio dalla Carta e dalle sue potenzialità di intreccio con i diritti tutelati dalle Costituzioni nazionali e dalle altre convenzioni sovranazionali.

Soprattutto, la Carta dei diritti fondamentali è lì ad ammonirci a non abbassare il livello di tutela di tali diritti, nemmeno (soprattutto) nelle congiunture politiche, sociali, economiche peggiori. Nella Relazione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 adottata all'esplosione della pandemia (Azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di Covid-19 e le sue conseguenze) si è significativamente affermato che «la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve continuare ad essere applicata» perché «occorre garantire il rispetto dello Stato di diritto». Un monito e punto di (ri)partenza.

Bibliografia

AMALFITANO C. (a cura di), *Primato dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018.

AMALFITANO C., *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*, n. 1/2020.

³³ Sulla prospettiva di un'adesione dell'Ue alla Cedu v. S. CATALANO *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *op. cit.*, ed anche I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015.

- ANRÒ I., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015.
- AZZARITI G., *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, online su *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020.
- BERNARDI A., CUPELLI C., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- BASILE E., *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sistema Penale*, 3 febbraio 2021.
- BIONDI F., *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017.
- CARTABIA M., *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. La ratifica*, in *Foro it.*, I, 2005.
- CARTABIA M., *'Unità nella diversità': il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/2005.
- CARTABIA M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007.
- CATALANO S., *Trattato di Lisbona e "adesione" alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in M. D'AMICO, P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.
- CATALANO S., *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019.
- COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A. (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019.
- D'AMICO M., *Art. 47*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.
- D'AMICO M., *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in M. D'AMICO, P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.
- D'AMICO M., *Article 47: right to an effective remedy and to a fair trial*, in W.T.B. MOCK, G. DEMURO (a cura di), *Human Rights in Europe*, Durham, 2010.
- D'AMICO M., *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Legal History*, n. 3/2017.

- D'AMICO M., *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020.
- D'AMICO M., *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2021.
- D'AMICO M., BILANCIA P. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.
- D'AMICO M., GUIGLIA G., LIBERALI B. (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, 2013.
- GALLO D., NATO A., *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*, n. 4/2020.
- GAMBATESA P., *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020.
- GAMBATESA P., *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *Federalismi.it*, 2021.
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- GUAZZAROTTI A., *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017.
- GUIGLIA G., *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 2013.
- LANG A., *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in *GenIUS*, n. 2/2018.
- LEONE S., *I diritti sociali nel sistema della carta di Nizza*, in questo volume.
- LEONE S., *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019.
- LIBERALI B., *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1 978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal*, II, 2016.
- MARIN L., *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2021.
- MICHETTI M., *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, in *Giurcost.org*, 2021.
- NARDOCCI C., *Quando la Corte costituzionale "vuole decidere": sulla retroattività in mitius della sanzione amministrativa, ma su base "costituzional-convenzionale"?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3/2019.

- PADOA SCHIOPPA A., *Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002.
- PANZERA C., *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2012.
- PELLIZZONE I., *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, disapplicazioni di norme interne in bonam partem e principio di uguaglianza. Riflessioni a margine del caso Taricco*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.
- PENASA S., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a "cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2018.
- PISTORIO G., *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2021.
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- POLIZZI G.E., *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, 2018.
- POLLICINO O., *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il moto ascendente, ovvero sia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Giurcost.org.*, 2015.
- RUGGERI A., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.
- RUGGERI A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017.
- RUGGERI A., *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 2021.
- SARMIENTO D., *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Thought Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, n. 54/2021.
- SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017.
- SICCARDI C., *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli, 2021.
- STEHLÍK V., *The CJEU Crossing the Rubicon on the Same-Sex Marriages? Com-*

- mentary on Coman Case*, in *International and Comparative Law Review*, 2018, vol. 18, n. 2.
- TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.
- TESAURO G., DE PASQUALE P., *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARIO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.
- VITALE G., *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Le sentenze della Corte nn. 20 e 63 del 2019*, in *Federalismi.it*, 2019.
- WEILER J.H.H., *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European law journal*, 1995, vol. 1, n. 3.
- ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.
- ZILLER J., *Dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona*, in M. D'AMICO, P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.

CAPITOLO 10

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

Stefano Catalano

SOMMARIO: 1. Introduzione: individuazione dell'ambito di analisi. – 2. Passaggi fondamentali nella progressiva estensione della portata del principio di non discriminazione. – 3. Considerazioni complessive sulla giurisprudenza europea in materia di non discriminazione. – 4. Quando sussiste una discriminazione e come occorre rimuoverla. – 5. Ruolo dei giudici (e della Corte di giustizia). – 6. Conclusione.

1. Introduzione: individuazione dell'ambito di analisi.

Nel ragionare sul principio di non discriminazione, molte possono essere le chiavi di lettura e gli elementi su cui concentrarsi.

Tale principio è affermato, dato per presupposto o concretizzato da numerose norme dell'ordinamento dell'Unione europea. L'obiettivo del contrasto alle discriminazioni è, ormai da tempo, perseguito a livello europeo in ambiti sempre maggiori e con un progressivo allargamento dei fattori di differenziazione presi in considerazione¹.

Diverse sono le disposizioni dei Trattati rilevanti. Una prima consacrazione si ha con l'art. 2 del TUE che lo riconosce come un elemento essenziale della società europea «caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla

¹ Per un inquadramento generale in tema di contrasto alle discriminazioni a livello europeo e per una analisi delle questioni che si pongono con riferimento ai singoli fattori di discriminazione si vedano i contributi nel volume M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

parità tra donne e uomini». Coerentemente l'art. 3 del medesimo TUE, individuando gli obiettivi dell'Unione, dice che essa «combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini». Per quanto riguarda il TFUE si segnala la Parte seconda, significativamente intitolata «non discriminazione e cittadinanza dell'Unione», e in particolare l'art. 19 secondo cui l'UE «può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

A tali norme vanno aggiunte le fonti derivate. Le più importanti sono: da un lato, la direttiva 76/207/CEE, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, poi trasfusa nella direttiva 2006/54, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; dall'altro, la direttiva 2000/78, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Oltre a queste non può essere dimenticata la direttiva 2000/43, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica

In questa sede, tuttavia, data “la regola di ingaggio”, ovvero riflettere sulle questioni poste dall'adozione, prima, e dall'entrata in vigore, poi, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ci si concentrerà essenzialmente sulle norme della Carta medesima che, come noto, a partire dal 1° dicembre 2009 ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

La disposizione più significativa è, indubbiamente, l'art. 21 della Carta che va, comunque, considerata, per valutarne la portata, nel contesto in cui si inserisce e, quindi, assieme agli artt. 20 e 22 della Carta stessa. Di quest'ultima, invece, non si prenderanno in esame le regole specificamente dedicate ai singoli fattori di differenziazione, né quelle che giustificano l'adozione di discipline a favore di categorie di soggetti svantaggiati.

Di conseguenza, si impongono due precisazioni preliminari. Da un lato, la Carta «sembra muoversi su differenti livelli tra loro interattivi» e

ritenere che i principi di uguaglianza e di non discriminazione impongano sia il divieto di trattamenti deteriori, sia «il rispetto dei caratteri distintivi di ciascuna individualità». Soprattutto questo secondo elemento, notoriamente ben presente al costituzionalismo moderno, è sottolineato fortemente ed esplicitamente dall'art. 22 della Carta². Dall'altro, pur nella consapevolezza dell'esistenza e dell'importanza, nel sistema della Carta, della declinazione anche sostanziale del principio di uguaglianza, che si affianca e completa quella formale, ci si muoverà solo in quest'ultimo ambito. Infatti, anche se non è indifferente nella ricostruzione del principio di non discriminazione il riconoscimento della dimensione sostanziale dell'uguaglianza, non si può dimenticare come il principio qui in esame discende da quello dell'uguaglianza formale e in larga parte vi si sovrappone³. Non saranno affrontati, quindi, tutti quei delicati problemi, assai interessanti, connessi con la disciplina dettata dall'art. 23 della Carta.

La riflessione riguarderà, in definitiva, essenzialmente l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il discorso verrà articolato in tre parti: *a*) ricostruzione del rilievo via via crescente assunto dall'art. 21 della Carta; *b*) analisi del modo in cui si accertano le discriminazioni e di come queste vengono rimosse; *c*) ruolo dei giudici comuni in tale ambito.

Un punto di riferimento centrale nel discorso sarà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha chiarito il significato,

²G. PALMIERI, *Il principio di non discriminazione*, in *Familia*, 2004, p. 515 ss. L'A. osserva come nell'impostazione della CDFUE le differenze siano considerate positivamente e che queste siano da valorizzare. Anche A. ALÌ, 22, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 438, sottolinea l'importanza della diversità nel sistema dell'Unione europea. Il medesimo A. nota, tuttavia, la «sinteticità» con cui la norma in esame riconosce e valorizza le differenze.

³Con specifico riferimento al diritto UE e all'art. 21 CDFUE il punto viene evidenziato da C. FAVILLI, 21. *Quadro generale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 414 che ricorda come nella giurisprudenza della Corte di giustizia i principi di uguaglianza e di non discriminazione sono «spesso enunciati congiuntamente ed intesi come intercambiabili».

la portata e gli effetti del principio di non discriminazione solennemente inserito nella Carta.

2. *Passaggi fondamentali nella progressiva estensione della portata del principio di non discriminazione.*

Nel ragionare sul principio di non discriminazione bisogna innanzitutto ricordare che la Corte di giustizia, con una giurisprudenza consolidata, non ritiene che esso sia contenuto nelle direttive che, invece, ne sono concreta espressione. In particolare, con riguardo alla direttiva 2000/78, ma il discorso può valere per tutte le direttive che introducono una disciplina antidiscriminatoria, si dice, da una parte, che questa «non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento», ma solo «stabil[isce] un quadro generale per la lotta alle discriminazioni»⁴; dall'altra che la medesima direttiva «si limita a dare (...) espressione concreta del principio generale della non discriminazione»⁵. Discorso analogo vale per la direttiva 2000/43 in tema di contrasto alle discriminazioni etniche e razziali. La Corte di giustizia afferma che tale «direttiva non è altro se non l'espressione, nell'ambito esaminato, del principio di uguaglianza, il quale è uno dei principi generali del diritto dell'Unione, riconosciuto all'articolo 21 della Carta»⁶.

Tanto premesso, il punto da cui si ritiene di dover prendere le mosse è il momento nel quale il precetto in parola è stato considerato espressamente e chiaramente dalla Corte di giustizia un principio generale del diritto europeo. Ciò perché è questa affermazione che pone le basi per il progressivo ampliamento dell'operatività del principio stesso e dell'art. 21 della Carta⁷. Ci si riferisce, evidentemente, alla decisione sul caso *Man-*

⁴ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, punto 74. Analogamente Corte giust., 11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696, punto 67.

⁵ Corte giust., 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kucukdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, punto 50.

⁶ Corte giust., 16 luglio 2015, causa C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, ECLI:EU:C:2015:480, punto 42.

⁷ Lo ricorda F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, p. 7 s.

gold che, essendo del 2005, interviene prima dell'entrata in vigore della CDFUE che, in effetti, nella pronuncia non viene richiamata, pur essendo già stata proclamata.

Qui si afferma in modo chiaro che il principio di non discriminazione (in quel caso la questione riguardava il fattore dell'età) è principio generale dell'Unione europea. In particolare, la Corte di giustizia riconosce che esso «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» e che deve «pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario»⁸. Così facendo sembra ritenere che il divieto delle singole forme di discriminazione è «espressione (...) di un principio generale di eguaglianza» che a sua volta è, appunto, «principio generale del diritto comunitario»⁹.

Da un simile ragionamento discende che il suo necessario rispetto da parte degli Stati è un vincolo in quanto tale, a prescindere dalla sua concretizzazione in una fonte di diritto derivato dell'UE¹⁰. Quindi, se il principio di non discriminazione è specificato da una direttiva non occorre attendere la scadenza del termine affinché il medesimo principio possa operare¹¹. In breve, si può dire che nella decisione si considera che il principio di non discriminazione «viv[e] di una vita propria che prescinde da comportamenti attuativi o omissivi degli Stati». È il principio

⁸ Corte giust., *Mangold*, cit., punti 74 e 75.

⁹ Lo sottolinea M. BARBERA, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, in www.europeanrights.eu e reperibile al seguente link: http://www.europeanrights.eu/public/comments/04_Barbera_it.doc, p. 1. Analogamente la stessa M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli 2018, p. 37 s. Lo stesso contributo è stato pubblicato in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"* ed è reperibile al link <http://aei.pitt.edu/102799/1/372.pdf>.

¹⁰ C. FAVILLI, 21. *Quadro generale*, cit., p. 418.

¹¹ Chiarissima è, ancora una volta, Corte giust., *Mangold*, cit., punto 76 laddove si dice che «il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età». Il punto è evidenziato da O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 128.

generale a dare fondamento ai divieti di discriminazione di volta in volta sanciti ed esso assume, a livello europeo, una portata simile a quella che ha nei sistemi costituzionali nazionali¹².

Con la successiva giurisprudenza, non sempre lineare, si compiono, soprattutto una volta che la CDFUE entra in vigore, ulteriori passi. Nella sentenza *Kucukdeveci* l'esistenza del principio generale di non discriminazione viene ribadita, ma questa volta a fondamento della decisione sta, indubbiamente, anche l'art. 21 della Carta¹³. Il riferimento a tale norma sembra essere «il mezzo per chiudere la controversia sull'esistenza o meno nel diritto europeo del principio generale di non discriminazione»¹⁴.

Il collegamento fra tale principio e l'art. 21 della Carta è ancora più chiaro nella successiva sentenza sul caso *Dansk Industri*. Si dice che, dopo essere stato considerato principio generale del diritto dell'Unione europea, quello della non discriminazione è «ora sancito all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»¹⁵. In effetti, come verrà ulteriormente precisato in un caso successivo (*IR*), «prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha conferito alla Carta lo stesso valore

¹²M. BARBERA, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, cit., p. 2 s. L'A. ricorda come precedentemente il procedimento per riconoscere il divieto di discriminazione fosse differente. Infatti, il principio generale di non discriminazione, laddove affermato, si ricavava dai singoli divieti espressamente stabiliti, mentre ora, al contrario, sono gli specifici divieti ad essere ritenuti espressione del principio generale (p. 3). La stessa M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 38 evidenzia come per la Corte di giustizia «il principio di eguaglianza (...) esiste indipendentemente dalle direttive».

¹³Corte giust., *Kucukdeveci*, cit., punti 21 s. Dopo aver ribadito che «l'esistenza di un principio di non discriminazione in base all'età (...) deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione», si richiama testualmente l'art. 21 della Carta e si sottolinea come «l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

¹⁴M. BARBERA, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, cit., p. 9. Analogamente C. FAVILLI, 21. *Quadro generale*, cit., p. 418 che però non cita espressamente la sentenza in esame.

¹⁵Corte giust., 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri (DI)*, ECLI:EU:C:2016:278, punto 22. Qui vengono citate le precedenti decisioni *Mangold* e *Kucukdeveci*.

giuridico dei trattati, tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»¹⁶.

La decisione *Dansk Industri* conferisce ulteriore stabilità alla tutela del principio di non discriminazione (e più in generale al sistema dei diritti fondamentali) che «viene realizzata nella cornice della Carta (...) e attraverso i principi generali del diritto UE da essa espressi»¹⁷.

In tutti questi casi, è importante sottolinearlo per comprendere l'estensione della portata del principio in esame, si danno effetti diretti anche orizzontali al divieto di discriminazione. Ciò deriva dal fatto che esso è principio generale del Diritto UE e, di conseguenza, gode del particolare statuto che, per costante giurisprudenza, proprio i principi generali hanno, ovvero quello di essere applicabili persino nei rapporti fra privati.

Non si riconoscono, invece, sino a questo momento, effetti diretti all'art. 21 della Carta che, pur venendo citato, non può essere invocato, di per sé, in una controversia e non viene ritenuto capace di attribuire immediatamente dei diritti ai singoli.

Un passo significativo per attribuire simili effetti all'art. 21 CDFUE è compiuto dalla sentenza *AMS* del 2014. In questa decisione non è invocato l'art. 21 della Carta, ma un'altra disposizione (l'art. 27). La Corte, comunque, affronta il problema dell'attribuzione di effetti diretti alle norme della Carta stessa (punto 41 ss.) ed afferma che essi si possono avere quando, come avviene con l'art. 21 della Carta, una sua disposizione non ha bisogno di ulteriori specificazioni ad opera del diritto europeo e quindi «è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale»¹⁸. In questa decisione, in breve, si esclu-

¹⁶ Corte giust., *IR*, cit., punto 69.

¹⁷ V. DE MICHELE, *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in www.europeanrights.eu e reperibile al seguente link: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini32-Commento_De_Michele.pdf, p. 21.

¹⁸ Corte giust., 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, ECLI:EU:C:2014:2, punto 47. In particolare, si dice che «occorre notare come le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della (...) sentenza *Kücükdeveci*, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base

dono effetti diretti per la disposizione, specificamente in esame, della Carta perché essa non possiede le caratteristiche, che invece ha l'art. 21 CDFUE, indispensabili a produrre tali effetti, ovvero, lo si ribadisce, la non necessità di essere ulteriormente specificata da altre norme del diritto europeo¹⁹.

Quindi, al di là del caso specifico, si riconosce, nella sostanza e in via generale, che una norma della Carta può avere effetto diretto se è «sufficiente a conferire un diritto soggettivo invocabile in quanto tale». Inoltre, con riguardo al principio di non discriminazione, la Corte di giustizia, nel riprendere la sentenza *Kucukdeveci*, sembra ritenere che «ormai è della Carta – più che dei principi generali – la funzione fondamentale di garantire i diritti» fra cui rientra lo stesso principio di non discriminazione²⁰.

La sentenza *Egenberger* del 2018 completa il percorso sin qui descritto (soprattutto quello tratteggiato dalla decisione da ultimo richiamata) dando espressamente effetto diretto all'art. 21 della Carta. Si dice che il «divieto di ogni discriminazione (...) riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione». Più precisamente, il principio di non discriminazione sancito all'art. 21 CDFUE «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»²¹.

all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale».

¹⁹ Corte giust., *Association de médiation sociale*, cit., punto 45. M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 49, osserva che la decisione appena citata riconosce, sia pur «a contrario», efficacia diretta al principio di non discriminazione che può essere «invocato in modo universale».

²⁰ M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni cost.*, 2020, p. 642. Anche C. FAVILLI, *21. Quadro generale*, cit., p. 419 sottolinea che la decisione in esame riconosce che alcune norme della CDFUE possano produrre, a certe condizioni, effetti diretti.

²¹ Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, punto 76.

Sono queste, lo si sottolinea ancora, le chiare affermazioni con cui si traggono le logiche conseguenze e si porta a compimento il ragionamento enunciato nella sentenza *AMS*²².

Nella pronuncia *Egenberger* l'aspetto importante sta nel fatto che l'effetto diretto del principio di non discriminazione viene affermato mettendo l'accento essenzialmente sull'art. 21 della Carta. Da questa disposizione deriva, allora, l'applicabilità del principio medesimo persino nei rapporti fra privati. Diversamente da quanto avvenuto nelle decisioni *Mangold*, *Kucukdeveci* e *Dansk Industri* ove in primo piano era posto il raccordo fra principio generale di non discriminazione e direttiva, non vi è «più nessun riferimento alla efficacia della direttiva e anche i principi generali giocano un ruolo secondario»²³.

In definitiva, al culmine di un percorso iniziato nel 2005 con la sentenza *Mangold*, partendo dal riconoscimento del principio di non discriminazione come principio generale del diritto UE e passando per una sempre maggiore valorizzazione dell'art. 21 della CDFUE, si giunge ad affermare che alcune norme della Carta, fra cui proprio quella da ultimo citata, hanno effetto diretto «solo in quanto tali e non perché concretizzate in direttive specifiche»²⁴.

Un ulteriore passo per estendere la portata dell'art. 21 della Carta è stato fatto dalla sentenza *Cresco Investigation* del 2019. Qui dalla disposizione si ricava persino l'obbligo per un privato di estendere un beneficio previsto da una disciplina statale ad una categoria di soggetti inizialmente non presa in considerazione da tale normativa²⁵.

L'aspetto da sottolineare della pronuncia sta, appunto, nel modo in cui si ritiene che debba essere posto rimedio ad una discriminazione. Dopo aver accertato l'esistenza di un trattamento differenziato ingiustificato disposto da una disciplina nazionale, prendendo le mosse dalla co-

²² L. CAPPUCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni cost.*, 2018, p. 711.

²³ *Ivi*, p. 709 s.

²⁴ M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni cost.*, 2019, p. 459.

²⁵ Corte giust., 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, spec. punto 85.

stante giurisprudenza che richiede di rimuovere le discriminazioni estendendo eventuali vantaggi a quanti ne siano esclusi, si impone ad un soggetto privato di concedere un beneficio a quanti ne erano ingiustificatamente estromessi²⁶.

La decisione, oltre a confermare che il principio di non discriminazione assume effetti orizzontali, presenta una «differenza sostanziale» rispetto ai casi precedenti. In effetti, la Corte di giustizia, in base all'art. 21 CDFUE, non chiede al giudice semplicemente di non applicare una regola interna in contrasto con il principio di non discriminazione, ma di estendere l'applicazione di una disciplina riconosciuta come illegittima a soggetti inizialmente non considerati. L'effetto complessivo è evidentemente di tipo «additivo»²⁷ e ricorda molto da vicino quello che si produce a seguito delle decisioni additive, appunto, della Corte costituzionale²⁸.

La novità si produce dalla combinazione di due orientamenti che la Corte di giustizia aveva precedentemente elaborato. Da un lato, il riconoscimento dell'effetto diretto dell'art. 21 CDFUE che consente di invocare il principio di non discriminazione anche nei rapporti orizzontali; dall'altro l'affermazione della necessità di reagire alle discriminazioni estendendo i benefici ai soggetti indebitamente esclusi (su questo secondo aspetto si tornerà *infra*). Si può ben dire, in sintesi, che per la Corte di giustizia la norma in esame comporta, a prescindere dal tipo di rapporto, la necessità, di fronte a una disparità di trattamento, di un «livellamento verso l'alto»²⁹.

²⁶ *Ivi*, punti 79 e 80.

²⁷ M.E. GENNUSA, *op. ult. cit.*, p. 461.

²⁸ L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 337 ss. (sec. 348 s.).

²⁹ M.E. GENNUSA, *op. ult. cit.*, p. 463. Nello stesso senso si esprime L. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 337.

3. *Considerazioni complessive sulla giurisprudenza europea in materia di non discriminazione.*

A questo punto, ricostruita l'evoluzione che ha portato a dare sempre maggiore rilievo all'art. 21 CDFUE, è possibile svolgere alcune considerazioni complessive sulla giurisprudenza europea riguardante il principio di non discriminazione.

In primo luogo, va osservato come non sempre, per dare efficacia a quest'ultimo, si faccia riferimento e si conferisca un peso decisivo, nelle argomentazioni delle decisioni, all'art. 21 della Carta.

Quando si trova di fronte ad una controversa che attiene ai rapporti verticali, ovvero fra uno Stato e un privato, la Corte di giustizia utilizza essenzialmente le direttive al fine di rimuovere una discriminazione. Non va dimenticato, in effetti, che pur citando in diversi casi l'art. 21 della Carta, lo si fa evidenziando che il divieto di discriminazione deriva dalle direttive «in combinato disposto con l'articolo 21 della Carta». Comunque, in simili ipotesi, il ruolo preponderante nelle argomentazioni delle pronunce è giocato proprio dalle direttive. Ad esempio, nella sentenza *Leitner* si dice espressamente che «il giudice nazionale è tenuto ad assicurare, nel quadro delle sue competenze, la tutela giuridica scaturente per i singoli da[lla] direttiva e a garantire la piena efficacia di quest'ultima, disapplicando, ove occorra, qualsiasi contraria disposizione nazionale»³⁰. Da ciò potrebbe forse apparire un uso riduttivo della Carta e che la Corte di giustizia in diversi casi ne sminuisca la portata³¹.

Una simile conclusione, però, sarebbe eccessiva. Nel complesso sembra emergere che nel sanzionare le discriminazioni si utilizza, sin dove è possibile, le direttive, mentre solo laddove questo non è possibile, perché come costantemente riconosce la Corte di giustizia non è consentito applicare una direttiva «in quanto tale nell'ambito di una controversia intercorrente esclusivamente fra privati», si fa ricorso alla Carta. In altre parole, come si è già detto, l'utilizzo della Carta diventa fondamentale per

³⁰ Corte giust., 8 maggio 2019, causa C-396/17, *Leitner*, ECLI:EU:C:2019:375, punto 79. Interessanti, per quanto detto nel testo, sono anche i punti 29 ss. e spec. punto 50.

³¹ M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., p. 647 s.

dare efficacia al principio di non discriminazione nei rapporti orizzontali, ovvero quelli fra privati³². L'art. 21 CDFUE, quindi, entra in gioco solo qualora esso sia strettamente indispensabile, in quanto il principio di non discriminazione non può essere fatto prevalere in altro modo.

In secondo luogo, è utile sottolineare che quando la Corte di giustizia conferisce effetti diretti anche nei rapporti orizzontali al principio di non discriminazione svolge un ragionamento che si articola in due fasi.

La prima consiste nella verifica dell'esistenza di una discriminazione e, quindi, dell'assenza di una possibile giustificazione per il trattamento differenziato. Si intende, nel complesso, comprendere se il diverso trattamento (e più in generale il diritto nazionale) sia compatibile con il diritto UE. In questa parte iniziale del percorso il parametro che guida l'*iter* logico è rappresentato essenzialmente dalle direttive.

Una volta accertata la discriminazione, si passa alla seconda fase che consiste nella rimozione della discriminazione medesima. Qui, solo nelle ipotesi di rapporti orizzontali, assume un peso decisivo il riferimento al divieto di discriminazione come principio generale del diritto UE o all'art. 21 della Carta. L'accento, come si è cercato di mostrare in precedenza, viene posto, in un primo tempo, sull'efficacia diretta dei principi generali (caso *Magold*), mentre successivamente si invoca la Carta (casi *IR* e *Creso*). Esempio particolarmente chiaro del modo di procedere che si è succintamente descritto è il caso *IR*³³.

Il ricorso ai principi generali del diritto UE o alla Carta, che è la seconda tappa del ragionamento, è essenziale perché, lo si è già ricordato, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia «una direttiva non può di per sé comportare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti»³⁴. Non potendo il diritto derivato essere invocato nei rapporti orizzontali, affinché

³² F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., p. 8 s. L'A. ricorda come per dare effetto diretto orizzontale al principio di non discriminazione le direttive e la Carta hanno bisogno l'una dell'altra.

³³ L. CECCHETTI, *Il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali in controversie orizzontali: il caso IR*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 491 s.

³⁴ Per tutte si veda Corte giust., *Kucukdeveci*, cit., punto 46.

il vincolo di non discriminazione produca la sua piena efficacia, occorre dunque far ricorso a norme dotate, per le loro caratteristiche, di effetti diretti³⁵. Nel complesso, allora, nel ragionare sul raccordo fra principio di non discriminazione e direttive si può osservare come si è «in presenza di un combinarsi di fonti in grado di produrre effetti che nessuna di esse sarebbe in grado, da sola, di avere»³⁶.

In terzo luogo, pur essendo persino banale la notazione, si deve segnalare che il riferimento all'art. 21 (nonché talvolta all'art. 20) CDFUE è decisivo quando si valuta la legittimità di un atto dell'UE³⁷. La ragione è evidente: l'illegittimità di un atto derivato può essere riconosciuta solo avendo come parametro le norme di diritto primario, ovvero quelle dei Trattati o dotate della medesima efficacia.

Va detto, inoltre, che, soprattutto dopo l'entrata in vigore della CDFUE, laddove si valuti la legittimità degli atti dell'Unione non viene dato un peso analogo all'art. 19 del TFUE che, come si è già ricordato, contiene anch'esso l'affermazione del principio di non discriminazione. Ciò dipende, con buona probabilità, dal fatto che esso rappresenta essenzialmente la base legale, ossia il fondamento per l'esercizio di una competenza normativa derivata, per l'intervento degli organi dell'UE volto a contrastare le discriminazioni³⁸. Il divieto di discriminazione, invece, come si è segnalato, è sancito espressamente quale principio (e limite) generale dall'art. 21 della Carta.

³⁵ Lo sottolinea condivisibilmente L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., p. 709.

³⁶ M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 50.

³⁷ Come esempio si veda Corte giust., 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Glatzel*, ECLI:EU:C:2014:350.

³⁸ Si veda ad es. Corte giust., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, cit., punto 58 dove si sottolinea come «l'articolo 19 TFUE, il quale costituisce la base giuridica della direttiva 2000/43, (...) conferisce all'Unione la competenza ad adottare i provvedimenti necessari a combattere qualsiasi discriminazione fondata in particolare sulla razza e l'origine etnica». Sul punto la stessa decisione richiama la sentenza della medesima Corte giust., 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415, punto 38. Quest'ultima prende in considerazione la disposizione dell'art. 13 del TCE (poi divenuta quella dell'art. 19 del TFUE) che è considerata il fondamento della direttiva 2000/78.

In quarto luogo, non si può non evidenziare che il principio di non discriminazione assume una portata, per così dire, universale. Una simile estensione va salutata con favore, ma non deve impedire di indicare le questioni che si pongono nel momento in cui si riconoscono effetti anche orizzontali al precetto in esame.

Un primo problema risiede nel fatto che un privato non direttamente responsabile della discriminazione può subire le conseguenze derivanti dalla non applicazione o dall'estensione dell'applicazione di una norma statale. In simili circostanze, gli effetti "negativi", o forse sarebbe meglio dire collaterali, della rimozione della disparità di trattamento sono posti in capo ad un soggetto "incolpevole" (restando comunque sullo sfondo la possibilità per quest'ultimo di rivalersi sullo Stato, ma evidentemente questo è un altro tema). Tale consapevolezza dovrebbe richiedere un ulteriore supplemento di motivazione da parte dei giudici comuni, nel momento in cui, risolvendo la controversia, determinano contraccolpi negativi in capo ad un soggetto incolpevole³⁹.

Emblematico è il caso *Cresco Investigation*. Qui la Corte di giustizia, conscia della problematicità della decisione assunta, stabilisce che l'estensione della disciplina debba essere accordata dai privati solo laddove il soggetto discriminato dalla norma statale avesse chiesto espressamente di godere del beneficio originariamente escluso. Si ha una vera e propria limitazione degli effetti temporali della pronuncia⁴⁰ che derivano dal bilanciamento operato dalla Corte di giustizia fra il riconoscimento degli effetti diretti anche orizzontali all'art. 21 della Carta ed il principio della certezza del diritto⁴¹.

Un'ulteriore questione è quella di comprendere se, riconoscendo effetti orizzontali al principio di non discriminazione, venga messo in discussione il legittimo affidamento del singolo. Questo, in vero, porterebbe a ritenere applicabile nel caso concreto la disciplina discriminatoria. Tutta-

³⁹ M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro*, cit., p. 638.

⁴⁰ In effetti, ponendo come requisito necessario per il godimento degli effetti della pronuncia un elemento che il singolo interessato non poteva conoscere, se ne limita di molto la portata nel passato.

⁴¹ L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione*, cit., p. 351 s.

via, la Corte di giustizia ha chiarito che «un giudice nazionale non può basarsi su detto principio per continuare ad applicare una norma di diritto nazionale contraria al principio generale della non discriminazione». Ciò perché «l'applicazione del principio della tutela del legittimo affidamento (...) equivarrebbe, in realtà, a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale»⁴². Nella sostanza, dando rilievo al principio di affidamento si metterebbe in discussione il principio di non discriminazione. Privilegiare l'affidamento pregiudicherebbe, fra l'altro, i poteri interpretativi della Corte di giustizia che ritiene di poter stabilire come una regola deve o doveva essere intesa sin dal momento della sua entrata in vigore. In questo lasso temporale deve rientrare, con evidenza, «il momento in cui il privato che ha intrapreso la causa beneficia di tale interpretazione». Ragionare diversamente limiterebbe, in definitiva, gli effetti temporali delle decisioni della Corte di giustizia⁴³.

In generale, a livello europeo valgono ragioni molto simili a quelle che, con riguardo al controllo di costituzionalità italiano, portano a concludere nel senso della non applicazione della norma incostituzionale nel giudizio *a quo*. In breve, se non si ammettesse la portata retroattiva della decisione, si lederebbe il diritto (di volta in volta in rilievo) del singolo che ha agito in giudizio, nonché il suo diritto di difesa.

In quinto e ultimo luogo, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sembra potersi ricavare che le eventuali deroghe al principio di non discriminazione, normativamente previste persino dal diritto derivato dell'UE, dovrebbero essere temporanee. In un caso particolare, in effetti, si è ammesso il perdurare di una disparità di trattamento fra situazioni ritenute comparabili a condizione che fosse individuato un termine per la cessazione del regime di eccezione. La premessa da cui si parte è che il vincolo di non discriminazione e quello per l'UE di intervenire per contrastarle «non esclud[ono] la possibilità di prevedere periodi transitori o

⁴² Corte giust., *Dansk Industri*, cit., punti 38 e 39.

⁴³ M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 50, s.

deroghe di portata limitata»⁴⁴. La situazione concreta riguardava la possibilità che una direttiva, volta a parificare il trattamento fra uomini e donne in ambito assicurativo, concedeva agli Stati di derogare, a certe condizioni, al principio della parità di trattamento fra uomini e donne rispetto ai premi assicurativi. La direttiva, quindi, pur ritenendo assimilabile, nel suo ambito di applicazione, la condizione di uomini e donne e consentendo una limitazione all'uguale trattamento, ammette la possibilità che la «deroga alla parità tra donne e uomini (...) sia permessa (...) a tempo indefinito». Una disciplina così strutturata, soprattutto nella parte in cui non pone un limite specifico alla estensione temporale della deroga, viene considerata «incompatibile» sia con lo scopo della direttiva, sia «con gli artt. 21 e 23 della Carta»⁴⁵. Per superare la discriminazione, quindi, occorre individuare un termine finale per il periodo in cui si possono ammettere deroghe. Tale periodo deve essere, evidentemente e necessariamente, transitorio. La scadenza viene indicata dalla Corte di giustizia che, con una simile conclusione, oltre a dare un'ulteriore declinazione del principio di non discriminazione, sembra mostrare l'intento di assolvere ad una funzione sempre più assimilabile, nella sostanza, a quella di una Corte costituzionale⁴⁶.

⁴⁴ Corte giust., 1 marzo 2011, causa C-236/09, *Association belge del Consommateurs*, ECLI:EU:C:2011:100, punto 20.

⁴⁵ Corte giust., *Association belge del Consommateurs*, cit., punti 31 e 32. Anche Corte giust., *Leitmer*, cit., punto 44 e 45 ritiene che «la tutela del legittimo affidamento» e «il rispetto dei diritti acquisiti» possono giustificare, nel caso di specie, una disciplina statale che prevede una disparità di trattamento «per un periodo transitorio», ma non l'adozione di «una misura che mantenga in vita definitivamente (...) la disparità di trattamento». In quel caso, la normativa presa in considerazione era quella di uno Stato. Tuttavia, analoga è la conclusione del ragionamento. Si tratta, per altro, di una vicenda particolare poiché la normativa censurata aveva come obiettivo quello di porre rimedio a una situazione di discriminazione in base all'età.

⁴⁶ V. DE MICHELE, *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione*, cit., p. 10.

4. Quando sussiste una discriminazione e come occorre rimuoverla.

Nel sistema dell'Unione europea, il procedimento seguito per accertare l'esistenza di una discriminazione è consolidato e, in gran parte, analogo a quello che si svolge nell'ambito del controllo di costituzionalità italiano⁴⁷. Per queste ragioni non si ritengono necessari particolari approfondimenti sul punto e ci si limiterà ad alcuni brevissimi cenni. Una maggiore attenzione verrà data, invece, al modo in cui si reagisce ad una discriminazione.

Il principio di parità di trattamento e quello di non discriminazione che «ne è una particolare espressione» richiede «che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato»⁴⁸.

Il primo passo da compiere consiste nella verifica di una diversità o di una identità di trattamento⁴⁹. Affinché due situazioni possano essere ritenute assimilabili non occorre che esse siano identiche, ma è sufficiente che esse siano comparabili. La Corte di giustizia precisa come «l'esame di

⁴⁷ La considerazione non deve far ritenere che chi scrive consideri del tutto analoghe anche le finalità cui mirano, almeno negli intenti originari della loro introduzione, le affermazioni del principio di uguaglianza in sede nazionale ed in sede eurounitaria. Sul punto per specifiche considerazioni si vedano A. MORRONE, C. CARUSO, 20, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 408 ss. Gli A. segnalano (p. 411) che lo «sviluppo dell'uguaglianza europea nella direzione integrale propria degli ordinamenti costituzionali dipenderà essenzialmente dal contesto storico e dalla volontà degli attori politici di tradurre in norme positive le più ampie declinazioni del principio piuttosto che dalla (...) giurisprudenza».

⁴⁸ Simili affermazioni sono assolutamente costanti nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, lo si ribadisce, ha un orientamento assai simile a quello della Corte costituzionale italiana. Fra le molte si vedano, a titolo di esempio, Corte giust., *Glatzel*, cit., punto 43; Corte giust., 9 marzo 2017, causa C-406/15, *Milkova*, ECLI:EU:C:2017:198, punto 55; Corte giust., 17 ottobre 2013, causa C-101/12, *Schaible*, ECLI:EU:C:2013:661, punto 76. In dottrina il punto viene sottolineato da A. MORRONE, C. CARUSO, 20, cit., p. 406.

⁴⁹ Lo sottolinea C. FAVILLI, 21. *Quadro generale*, cit., 420 che fa riferimento al giudizio di comparabilità.

tale comparabilità deve essere condotto non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto»⁵⁰, tenendo «conto dell'oggetto e dello scopo della normativa (...) che istituisce la distinzione» e «alla luce di tutti gli elementi che caratterizzano dette situazioni»⁵¹.

Una volta constatato che due fattispecie sono effettivamente comparabili e che vi è una diversità di trattamento, prima di giungere alla conclusione di trovarsi di fronte a una discriminazione, bisogna comprendere se vi sia o meno una giustificazione per tale differenziazione⁵². Si dice costantemente che la «differenza di trattamento è giustificata se si fonda su un criterio obiettivo e ragionevole, vale a dire qualora essa sia rapportata a un legittimo scopo perseguito dalla normativa in questione e tale differenza sia proporzionata allo scopo perseguito dal trattamento di cui trattasi»⁵³. Inoltre, va sottolineato come, secondo la Corte di giustizia, «il giudizio di proporzionalità richiede (...) che siano conciliati, nel limite del possibile, il principio di parità di trattamento con le esigenze» prese in considerazione dalla disciplina specifica⁵⁴. In altre parole, il giudizio medesimo presuppone un bilanciamento fra parità di trattamento e *ratio* della norma: solo laddove lo strumento utilizzato per perseguire l'obiettivo determini un eccessivo sacrificio per i singoli vi sarà la sproporzione e, quindi, la discriminazione.

Si vede, dunque, come si è già segnalato, che il procedimento logico per verificare l'esistenza di una discriminazione è assai simile a quello che compie la Corte costituzionale. Quest'ultima, una volta constatata la differenza di trattamento effettua sulla disciplina di volta in volta in esame

⁵⁰ L'orientamento è espresso chiaramente da Corte giust., 7 febbraio 2019, causa C-49/18, *Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, punto 50.

⁵¹ Corte giust., *Milkova*, cit., punti 56 e 57.

⁵² Lo ricorda C. FAVILLI, 21. *Quadro generale*, cit., p. 420.

⁵³ Anche questa affermazione è molto ricorrente, pur essendoci talvolta sfumature linguistici che, comunque, non modificano la sostanza del ragionamento. Si vedano, ad esempio, Corte giust., *Glatzel*, cit., punto 43; Corte giust., *Milkova*, cit., punto 55; Corte giust., *Schaible*, cit., punto 77.

⁵⁴ Corte giust., *Glatzel*, cit., punto 56. Nello stesso senso anche Corte giust., *Mangold*, cit., punto 65 laddove si dice che il «principio di proporzionalità richiede (...) che qualsiasi deroga ad un diritto individuale presciva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito».

un controllo di ragionevolezza che, se superato, esclude la discriminazione e, quindi, l'illegittimità della norma. Quest'ultimo è praticamente identico al vaglio di proporzionalità.

Qualche considerazione in più deve essere svolta sul modo in cui vanno eliminate le discriminazioni. Occorre distinguere due ipotesi.

La prima sussiste laddove l'ingiustificata disparità di trattamento dipende da una disciplina che sfavorisce, direttamente o indirettamente, una categoria di soggetti. Qui la soluzione appare assai semplice: per rimuovere la discriminazione è sufficiente non applicare la normativa che la prevede. È il giudice comune il soggetto a cui, in definitiva, spetta un simile compito nel momento in cui decide il singolo caso concreto.

Più complessa, invece, è la seconda ipotesi. Questa si ha quando la discriminazione consiste nell'indebito mancato riconoscimento ad alcuni soggetti di un beneficio attribuito, al contrario, ad altri. In tali circostanze, chi lamenta la discriminazione subisce un danno non dalla applicazione di una disciplina sfavorevole, ma dalla mancata applicazione, nei suoi riguardi, di una disciplina considerata favorevole. Il problema di individuare quale debba essere il modo per rimuovere simili discriminazioni risulta assai più complesso. Si tratta, come noto, di una questione spesso dibattuta anche nel sistema italiano. Le soluzioni astrattamente immaginabili sono due: eliminare il trattamento favorevole per chi lo ha ricevuto, ovvero estendere il beneficio a chi ne sia stato indebitamente privato. Il tema è, in breve, quello del superamento della disparità di trattamento livellando verso l'alto o verso il basso.

La Corte di giustizia, in questi casi, ha costantemente dato una risposta molto chiara: si livella verso l'alto⁵⁵. Si dice espressamente che «quando una discriminazione, contraria al diritto dell'Unione, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata». In definitiva, le «persone sfavorite devono (...) essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del

⁵⁵ C. FAVILLI, 21. *Quadro generale*, cit., p. 421.

vantaggio in questione»⁵⁶. Anche in questo caso spetta al giudice della controversia concreta estendere l'applicazione della disciplina favorevole a chi ne è stato indebitamente escluso.

Ciò avviene, lo si è già segnalato in precedenza, facendo ricorso all'art. 21 della Carta, soprattutto dopo che a tale disposizione si sono riconosciuti effetti diretti.

Una simile soluzione – oltre a porre il problema, cui si è fatto cenno sopra, circa i vincoli che possono derivare anche in capo ai privati che devono subire incolpevolmente le conseguenze negative derivanti dalla reazione a una disciplina nazionale discriminatoria – può risultare, in alcune circostanze, particolarmente complessa. In effetti, quando ci si confronta con una situazione nella quale esistono solo due categorie di soggetti, come avviene tipicamente quando ci si muove nell'ambito del fattore sesso, l'operazione di estensione non pone difficoltà particolari. Viceversa, laddove le categorie coinvolte sono più numerose, come avviene ad esempio con riguardo all'ambito religioso che si caratterizza per una notevole e «irriducibile eterogeneità dei gruppi», non è sempre agevole compiere l'opera di ampliamento⁵⁷ e soprattutto essa può non essere risolutiva per ogni ipotesi. La vicenda concreta portata all'attenzione del giudice, evidentemente, concerne di norma solo un gruppo di soggetti discriminati rispetto ad un altro (o più frequentemente un solo soggetto discriminato appartenente ad un gruppo sfavorito). Tuttavia, potendosi

⁵⁶ Molto chiara, anche per comprendere il nesso fra la reazione alla discriminazione e l'art. 21 della Carta, è Corte giust., *Cresco Investigation*, cit., punto 79. Precedentemente la necessità di livellare verso l'alto era stata affermata, fra le tante, da Corte giust., *Milkova*, cit., punto 69; Corte giust., *Leitner*, cit., punto 70.

⁵⁷ L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione*, cit., p. 344. Che la rimozione delle discriminazioni livellando verso l'alto sia particolarmente complessa laddove viene in rilievo l'elemento religioso è dimostrato dal dibattito avutosi in Italia sull'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Senza entrare nella questione, va ricordato che quanti ritenevano lesivo del principio di uguaglianza l'esposizione del crocifisso si ponevano il problema di come porre rimedio ad un tale *vulnus*. Per maggiori approfondimenti si veda il volume R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004.

immaginare, con riguardo ad alcuni fattori di differenziazione, altre categorie svantaggiate – ciò evidentemente quando queste non sono solo due, bensì molte – si vede come l'estensione del beneficio ad un gruppo non elimina necessariamente la discriminazione che colpiste (e verosimilmente continuerà a colpire) quanti appartengono a tipologie di soggetti diverse da quelle coinvolte nel giudizio specifico. In simili circostanze per superare la disparità di trattamento, finché non intervenga il legislatore dando una nuova disciplina complessiva, occorreranno tanti interventi giudiziari quanti sono i gruppi svantaggiati, perdurando, nel frattempo, altre discriminazioni.

5. Ruolo dei giudici (e della Corte di giustizia).

Nel sistema dell'Unione europea il compito di accertare l'esistenza di una discriminazione e la sua rimozione è attribuito essenzialmente al giudice comune.

A quest'ultimo spetta, anzitutto, verificare sia se le situazioni poste a confronto sono comparabili, sia se vi è una giustificazione per la disciplina di volta in volta in esame. In particolare, la seconda valutazione richiede di accertare se la norma che prevede una differenziazione (o una assimilazione di due situazioni non comparabili) sia fondata su un criterio obiettivo e ragionevole.

La Corte di giustizia lo ribadisce costantemente, affermando che «spetta al giudice del rinvio verificare, in primo luogo, se [si] instauri una differenza di trattamento». Se ciò avviene, al medesimo «spetta quindi esaminare, in secondo luogo, se tale differenza di trattamento sia basata su un criterio obiettivo e ragionevole»⁵⁸.

In breve, allora, è il giudice del singolo caso che deve verificare l'esistenza di una discriminazione, compiendo le operazioni sopra descritte. Ciò trova fondamento nella circostanza per cui tale soggetto «è l'unico ad avere conoscenza diretta della controversia»⁵⁹.

⁵⁸ La giurisprudenza è costante sul punto. Molto chiara è Corte giust., 29 ottobre 2020, causa C-243/19, A, ECLI:EU:C:2020:872, punto 38.

⁵⁹ Così Corte giust., *Vindel*, cit., punto 49.

Non va dimenticato, inoltre, che lo stesso giudice comune, nel suo agire, può essere chiamato, laddove ciò sia necessario nel caso di specie, ad effettuare un vero e proprio bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. In questo momento, per altro, assumono un peso determinante le direttive che indicano il punto di equilibrio individuato dal sistema dell'Unione europea⁶⁰. Ciò è quanto chiarisce la Corte di giustizia quando afferma che «allorché il giudice nazionale è chiamato a garantire il rispetto degli articoli 21 e 47 della Carta procedendo a un eventuale bilanciamento dei diversi interessi in gioco (...) deve prendere in considerazione, in particolare, l'equilibrio stabilito tra tali interessi dal legislatore dell'Unione»⁶¹.

Emblematico in questo senso è il caso *Egenberger*: qui, oltre al divieto di discriminazione, veniva in rilievo un altro interesse tutelato da norme primarie dell'UE, ovvero quello della tutela dello *status* delle Chiese sancito dal TFUE (art. 17).

In breve, ove vengano in rilievo posizioni che possono trovarsi in conflitto, spetta al giudice comune fornirne il necessario temperamento nella fattispecie concreta, tenendo in grande considerazione le indicazioni provenienti, in generale, dalle norme europee, a cominciare dalle direttive⁶².

Una volta che ha accertato l'esistenza di una discriminazione il giudice è chiamato a porvi rimedio. Fin dove è possibile, egli deve interpretare il diritto interno in senso conforme al diritto dell'UE e, in particolare, alle discipline sovranazionali contenute nei trattati o nelle direttive che vietano le discriminazioni⁶³. Ciò anche seguendo orientamenti ermeneutici

⁶⁰ L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., p. 711.

⁶¹ Corte giust., *Egenberger*, cit., punto 81.

⁶² M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro*, cit., p. 642 s.

⁶³ Anche su questo ci si trova, ormai, di fronte ad un orientamento consolidato. Molto chiara è, ad esempio, Corte giust., *Leitner*, cit., punto 68. Si dice che «secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, spetta ai giudici nazionali, tenendo conto di tutte le norme del diritto interno e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, decidere se e in quale misura una disposizione nazionale possa essere interpretata conformemente (...) senza procedere ad un'interpretazione *contra legem* di tale disposizione nazionale». Analogamente anche Corte giust., *Dansk Industri*, cit., punto 43. Qui si segnala come nel percorso logico del giudice il principio di affidamento o quello della certezza del diritto non possano mettere in discussione la necessaria prevalenza del principio di non discriminazione. Sul punto si veda G. MICHELINI, *L'ap-*

diversi da quello prevalente⁶⁴. Infatti, «il dovere di interpretazione conforme include l'obbligo (...) di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata» se quest'ultima determina un contrasto fra norma nazionale e vincoli europei⁶⁵. Si tratta evidentemente di un aspetto importante e meritevole di specifica sottolineatura perché, oltre a suggerire ulteriori riflessioni sulle relazioni, potenzialmente conflittuali, fra giudici comuni e costituzionali (tema su cui però non si può indugiare in questa sede) fa ben cogliere il rilievo assunto dal principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta.

Solo laddove l'interpretazione conforme non sia possibile, il giudice comune, dovendo assicurare la tutela giuridica attribuita ai singoli dal diritto europeo dando, quindi, piena efficacia a quest'ultimo, è tenuto a disapplicare il diritto interno eventualmente confliggente con il principio di non discriminazione. Al medesimo, inoltre, non può essere fatto obbligo di attendere, per dare piena efficacia al diritto UE, la rimozione delle norme interne da parte di altri organi dello Stato, né di dover effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di disapplicarle. Infatti, si sottolinea, «in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione (...), una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata»⁶⁶.

Questa impostazione, complessivamente considerata, rafforza nei fatti i giudici comuni (anche) nei confronti delle Corti costituzionali nazionali. Ciò sia perché si tende ad indebolire il controllo di costituzionalità, sia perché si consolida il margine di apprezzamento in tema di rinvio pregiudiziale, sia perché si rende più esteso il potere di non applicazione. Il tutto si traduce, nella sostanza, in un invito (e forse in

plicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali ed il principio di non discriminazione, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, 2018, p. 220 ss.

⁶⁴ Lo ricorda F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., p. 12.

⁶⁵ Corte giust., *IR*, cit., punto 64.

⁶⁶ Anche questo è un elemento costante della giurisprudenza europea. Si veda Corte giust., *Kucukdeveci*, cit., punti 51 e ss. Il passo citato testualmente è contenuto nel punto 54.

qualcosa di più) rivolto al giudice ad effettuare «un giudizio di costituzionalità diffusa sulle norme interne», avente come parametro, ovviamente, il diritto UE⁶⁷.

Tornando specificamente al tema della non applicazione, va ribadito che essa, inizialmente imposta dalla natura di principio generale del divieto di discriminazione, trova, a partire dalla sentenza *Egenberger*, fondamento nell'art. 21 della Carta. Avendo il principio di non discriminazione «carattere imperativo» ed essendo l'art. 21 della Carta «di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia», il giudice è «tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza de[ll'] articol[o] 21 (...) della Carta e a garantir[ne] la piena efficacia (...), disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria»⁶⁸.

Tanto premesso, va segnalato che, nel caso *Egenberger*, la non applicazione richiesta dalla Corte di giustizia presenta una caratteristica peculiare. Affermando che il bilanciamento necessario in tale circostanza deve essere svolto dal giudice alla luce del diritto dell'Unione (in particolare della direttiva 2000/78), si impone, nei fatti, non solo la non applicazione della normativa nazionale, ma anche l'applicazione, da parte del giudice comune, dei criteri derivanti dalla normativa europea. In definitiva, «l'effetto diretto dell'art. 21 ha (...) comportato, in concreto, la sostituzione della disciplina nazionale con quella dell'Unione europea»⁶⁹.

Ancora più particolare è il caso *Cresco Investigation*. Si riconosce non solo che il giudice, in forza dell'art. 21 della Carta, deve disapplicare la norma interna in contrasto con il divieto di discriminazione, ma anche che esso è chiamato ad estendere il beneficio concesso dalla norma indebitamente selettiva ai soggetti irragionevolmente esclusi dal suo campo di

⁶⁷V. DE MICHELE, *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione*, cit., p. 9. Anche M. BARBERA, *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 48 sottolinea come la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di non discriminazione (specie quella successiva al caso *Kucukdeveci*) «sping[e] (...) nella direzione di un controllo d'eguaglianza diffuso».

⁶⁸Corte giust., *Egenberger*, cit., punti 76 e 79.

⁶⁹M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle*, cit., p. 461.

operatività⁷⁰. La Corte di giustizia chiarisce che «il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria». Il giudice è chiamato a giungere ad un tale risultato «indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo»⁷¹.

Nel complesso, la decisione, una volta seguita dal giudice del caso concreto, comporta, quindi, un effetto additivo e non semplicemente una disapplicazione. Si va ben al di là, dunque, della naturale valenza estensiva che discende dal riconoscimento ad una disposizione dell'UE di effetti diretti⁷². Il diritto che viene, in definitiva, riconosciuto a chi ne era stato originariamente privato, infatti, non discende da norme dell'Unione, bensì dall'ampliamento della sfera di applicazione di una disciplina interna reso necessario, questo sì, dall'art. 21 della Carta⁷³. In altre parole, il contenuto del diritto è quello previsto a livello nazionale, mentre il sistema europeo ne impone (solo) l'espansione.

Nei fatti, si verifica qualcosa di molto simile a quanto accade in Italia a seguito di una decisione additiva della Corte costituzionale che amplia la portata di una disciplina che non prende in considerazione una ipotesi che, invece, avrebbe dovuto – per essere compatibile con i precetti costituzionali – includere nella sua sfera di operatività⁷⁴.

⁷⁰ Lo sottolinea M.E. GENNUSA, *Ibidem*, che osserva esattamente come sia questo l'elemento di «differenza sostanziale» rispetto ai casi precedenti e quindi riguardo alle conseguenze cui conduce l'effetto diretto dell'art. 21 della Carta. Nello stesso senso L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia*, cit., p. 337.

⁷¹ Corte giust., *Cresco Investigation*, cit., punto 80.

⁷² La condivisibile osservazione è di D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 91.

⁷³ M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle*, cit., p. 462. L'A. sottolinea anche come la Corte di giustizia, nella decisione in esame, abbia espressamente escluso che il diritto riconosciuto dall'ordinamento nazionale sia necessario a garantire la libertà religiosa dei singoli.

⁷⁴ Il parallelismo con le decisioni della Corte costituzionale italiana è segnalato da L. CECCHETTI, *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia*, cit., p. 348 s.

Tutto questo, se si tiene presente che il soggetto chiamato a verificare l'esistenza delle discriminazioni e a porvi rimedio è essenzialmente il giudice comune, rende ancora più palese il ruolo, per così dire, di giudice costituzionale sostanziale che esso assume.

Nel loro agire, ad ogni modo, i giudici hanno nella Corte di giustizia un interlocutore assai importante, come la giurisprudenza analizzata dimostra. La Corte europea, pur avendo riconosciuto che la conoscenza diretta della vicenda concreta pone le autorità giudiziarie comuni nella posizione migliore per valutare e reagire alle discriminazioni determinate da norme nazionali, si ritiene abilitata, pronunciandosi in via pregiudiziale, a dare indicazioni al giudice del rinvio. Infatti, essa, «nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, è competente a fornire, alla luce degli elementi del fascicolo, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella decisione sul procedimento principale»⁷⁵.

6. *Conclusione.*

Da quanto precede emerge la crescente importanza che ha assunto il principio di non discriminazione e segnatamente l'art. 21 della Carta che lo afferma. Si è cercato, inoltre, di mostrare il modo nel quale, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, si accertano e sanzionano le discriminazioni. Si tratta di un meccanismo che, lo si ribadisce, per molti versi, è analogo a quello che opera in Italia con riferimento al principio di uguaglianza.

Tuttavia, sussiste una significativa differenza. Nel sistema italiano viene assegnato un ruolo determinante alla Corte costituzionale che è chiamata ad intervenire sulle discriminazioni poste in essere da atti legislativi. Nell'ambito europeo, invece, in materia ha un rilievo assolutamente centrale il giudice comune (eventualmente chiedendo lumi interpretativi alla Corte di giustizia). Quest'ultimo è abilitato a disapplicare direttamente le norme interne discriminatorie e, persino, ad estenderne l'applicazione ai soggetti indebitamente non presi in considerazione.

⁷⁵ Corte giust., *A*, cit., punto 38. Va segnalato che la posizione richiamata è costante nella giurisprudenza europea.

Non si tratta, evidentemente, di una differenza di poco conto. L'ordinamento europeo, in definitiva, assegna al giudice delle controversie concrete una funzione che si potrebbe definire di "controllo di costituzionalità sostanziale", almeno in tema di non discriminazione.

Ciò, indipendentemente da ogni eventuale riflessione sul verosimile ampliamento e persino mutamento del compito della giurisdizione comune, pone un potenziale problema di raccordo fra controllo di costituzionalità e controllo di compatibilità con il diritto dell'Unione europea in un settore cruciale come quello del giudizio di uguaglianza.

Infatti, il singolo giudice potrebbe essere portato (ovviamente nei settori in cui viene in rilievo il diritto sovranazionale), considerata la sostanziale sovrapposibilità fra l'art. 21 della Carta e il principio di non discriminazione sancito dall'art. 3 della Costituzione, a fare ricorso alla norma europea per risolvere, direttamente e da solo, i problemi di uguaglianza, senza sollevare, quindi, questione di legittimità costituzionale. Così molte questioni che tradizionalmente sono state considerate di costituzionalità potrebbero non arrivare davanti al loro "giudice naturale".

L'affermazione o l'ampliamento di una simile tendenza, evidentemente, relegherebbe in una posizione di marginalità la Corte costituzionale.

Consapevole del pericolo, derivante dall'intreccio fra i livelli di tutela e fra i due documenti aventi un comune "tenore" costituzionale⁷⁶, e nell'intento di evitarne la concretizzazione (o l'aggravamento), la Corte costituzionale, come noto, ha affermato, a partire dalla sentenza n. 269/2017, che il giudice, laddove vi siano contrasti fra disposizioni interne e norme della Carta (e contemporaneamente con la Costituzione), può chiedere l'intervento del Giudice costituzionale. Si tratta di un tema molto rilevante che, tuttavia, dato l'oggetto del presente contributo, non può essere ulteriormente trattato in questa sede⁷⁷.

⁷⁶ L'esistenza dell'intreccio fra CDFUE e Costituzione è evidenziata da N. ZANON, *Introduzione*, in questo volume.

⁷⁷ La bibliografia in materia è sterminata. Fra questi si veda, G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in questo volume di cui si condividono le considerazioni. Per chi fosse eventualmente interessato al punto di vista di chi scrive sia consentito rinviare a S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10 del 22 maggio 2019.

L'esistenza del rischio e l'opportunità della presa di posizione della Corte costituzionale sono dimostrate dal fatto che i giudici, seguendo l'insegnamento della Corte di giustizia, hanno sempre più spesso valorizzato l'art. 21 della Carta, affrontando questioni nelle quali sorgeva il dubbio di una violazione del principio di non discriminazione.

In questo senso sembra opportuno ricordare alcuni casi particolarmente rilevanti (anche per altri motivi).

In primo luogo, va segnalata l'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione sulla disciplina riguardante il c.d. bonus bebè. Fra i parametri vengono invocati sia l'art. 3 Cost. sia l'art. 117, comma 1, Cost., quest'ultimo con riferimento, fra gli altri, all'art. 21 della Carta. Che il principio di non discriminazione trovi garanzia a livello sia costituzionale sia europeo e che vi sia fra essi una «mutua implicazione» e una «feconda integrazione» viene sottolineato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 182/2020 con la quale si effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Per altro la stessa scelta del rinvio, volta a meglio ricostruire la «portata» e la «latitudine di tali garanzie», ne è un'emblematica e ulteriore dimostrazione.

In secondo luogo, sono da menzionare le due ordinanze con le quali la Corte di appello di Napoli ha simultaneamente rinviato gli atti alla Corte di giustizia ed alla Corte costituzionale, ponendo domande in gran parte analoghe. A prescindere dall'indubbio interesse che la vicenda suscita, merita di essere evidenziato il fatto che veniva in rilievo anche l'ipotetica esistenza della violazione del principio di non discriminazione con riferimento sia all'art. 3 della Costituzione, sia all'art. 21 della Carta. Le due Corti, quindi, sono state chiamate ad affrontare il medesimo problema, pur se da punti di vista necessariamente diversi e con differenti parametri normativi. Ciò rappresenta l'aspetto più significativo, almeno in questa sede. Per completezza, va detto che la Corte di giustizia ha ritenuto irricevibile il rinvio pregiudiziale, lasciando così "campo libero" alla Corte costituzionale che con la sentenza n. 254/2020, dopo aver preso atto della decisione europea, ha ritenuto inammissibile la questione per carente motivazione in punto di rilevanza.

Un ulteriore esempio della stretta analogia (ma si potrebbe dire di sostanziale sovrapposizione), fra le questioni che evocano il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. e quelle concernenti il principio di

non discriminazione di cui si parla all'art. 21 della CDFUE, è rappresentato dalla sentenza n. 49/2021 della Corte costituzionale. Qui il giudice ha eccepito, in termini molto simili, la stessa eccezione di legittimità invocando come parametro sia l'art. 3 Cost., sia gli artt. 11 e 117 Cost. come integrati dalla CDFUE. È la stessa Corte costituzionale a sottolineare la forte assonanza, affermando che «le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle disposizioni della CDFUE interferiscono e si sovrappongono con i valori costituzionali dell'uguaglianza, della ragionevolezza». Non solo. Si nota anche come «la tutela del principio di uguaglianza (...) avviene nella nostra Costituzione e nella CDFUE sulla base di formulazioni normative e di criteri interpretativi che possono ritenersi coincidenti»⁷⁸.

In definitiva, da tutto quanto precede emerge come il principio di non discriminazione abbia una portata universale, non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo. Al raggiungimento di tale importante risultato ha dato un grosso contributo la progressiva valorizzazione, specie a livello giudiziario, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di cui si ricorda il ventesimo compleanno.

Bibliografia

ALÌ A., 22, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

BARBERA M., *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, in www.europeanrights.eu e reperibile al seguente link: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/04._Barbera_it.doc.

⁷⁸ È interessante osservare come da queste premesse la Corte costituzionale trae la conclusione che, una volta ritenuta infondata la censura basata sull'art. 3 Cost., si palesa infondata anche la questione sollevata in riferimento ai parametri sovranazionali. Infatti, si dice, «nel caso in esame, accertata l'insussistenza della lesione del canone di ragionevolezza, non sussiste neppure la violazione degli analoghi principi, desumibili dagli artt. 20 e 21 della CDFUE, di eguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione».

- BARBERA M., *Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, 2018.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004.
- BONARDI O., *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.
- CAPPUCCIO L., *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni cost.*, 2018.
- CATALANO S., *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10 del 22 maggio 2019.
- CECCHETTI L., *Gli strumenti del giudizio di eguaglianza della Corte di giustizia alla prova del divieto di discriminazione sulla base della religione: il caso Cresco Investigation*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020.
- CECCHETTI L., *Il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali in controversie orizzontali: il caso IR*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020.
- DE MICHELE V., *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di eguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in *www.europeanrights.eu* e reperibile al seguente link: http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini32-Commento_De_Michele.pdf.
- FAVILLI C., 21. *Quadro generale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.
- FERRARO F., *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it*, 2019.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018.
- GENNUSA M.E., *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni cost.*, 2019.
- GENNUSA M.E., *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni cost.*, 2020.
- MICHELINI G., *L'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali ed il principio di non discriminazione*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di),

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività, Napoli, 2018.

MORRONE A., CARUSO C., 20, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017.

PALMIERI G., *Il principio di non discriminazione*, in *Familia*, 2004.

CAPITOLO 11

IL DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA NELL'ART. 47 DELLA CARTA DI NIZZA

Grazia Vitale

SOMMARIO: 1. Breve premessa. – 2. L'eventuale incidenza della positivizzazione del principio sul suo contenuto. La prospettiva del diritto dell'Unione e quella del diritto interno. – 3. Il rapporto tra l'art. 47 della Carta e l'art. 19 TUE: il ruolo "integrativo" dell'art. 47. – 4. Conclusioni.

1. *Breve premessa.*

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la riorganizzazione del sistema normativo che ne è derivata, si è anche assistito alla codificazione del principio generale di effettività, in specie nella sua accezione processualistica, ossia nella forma del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Le due norme di riferimento, in questo contesto, sono gli artt. 19 del Trattato sull'Unione europea¹ e 47 della Carta di Nizza², di-

¹ G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 196 ss.; M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, p. 245 ss.

² Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale e sull'art. 47 la letteratura di riferimento è particolarmente ampia; si rinuncerà, quindi, a qualsiasi elencazione con pretesa di completezza ed esaustività. Si vedano solo, a titolo esemplificativo, AA.VV., *Art. 47. Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014, p. 1197 ss.; D. DOMENICUCCI, F. FILPO, *La tutela giurisdizionale*

sposizione quest'ultima sulla quale ci si soffermerà più peculiarmente in questa sede, tentandone una ricostruzione critica che tenga conto nel contempo del piano di indagine che si intende delineare³.

Più in particolare, in funzione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, ogni persona che subisca la lesione di un diritto o di una libertà garantiti dal diritto dell'Unione può certamente pretendere un rimedio giurisdizionale che sia "effettivo", e cioè astrattamente idoneo a soddisfare le esigenze sottese alla propria posizione giuridico soggettiva, e anche concretamente praticabile, ossia congegnato in termini tali da non rendere il suo esercizio particolarmente difficile, o addirittura impossibile⁴. Ora, partendo proprio dalla ormai consolidata positivizzazione del criterio della tutela giurisdizionale effettiva, si tenterà in questo scritto di perseguire due obiettivi argomentativi, tra di loro interconnessi.

Il primo sarà quello di mettere in luce se, ed eventualmente in quali

effettiva nel diritto dell'Unione europea, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863 ss.; E CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 665 ss.; G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts*, in *YB Eur. Law*, vol. XII, 1993, p. 1 ss.; M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law; A Comparative View*, in *Comm. M. Law Rev.*, 1997, p. 327 ss. Ci si permette di rinviare, inoltre, a G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 1/2018, p. 2 ss.

³ Per un ampio commento all'art. 47, alla luce della più recente giurisprudenza di Lussemburgo, cfr. R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 586 ss.

⁴ Si tenga presente che gran parte della bibliografia in materia ruota attorno al rapporto che intercorre tra il principio di effettività della tutela giurisdizionale e il principio di effettività *tout court*, ossia tra due criteri giuridici che attengono tanto alla protezione dei diritti individuali sul versante domestico, quanto alle garanzie di corretto funzionamento del sistema dell'Unione. Per rilievi sul punto si veda O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, IV, Napoli, 2014, p. 2311 ss., ove l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia consente di distinguere i casi in cui la salvaguardia del sistema e la tutela individuale coincidano, da quelli in cui invece non coincidano. Ancora si veda, per la natura "bifronte" del principio di effettività, A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015.

termini, il principio in parola sia eventualmente mutato, nell'applicazione concreta offertane dai giudici di Lussemburgo, a fronte della sua espressa previsione normativa. A tal fine sarà utile mettere in evidenza come l'effettività della tutela giurisdizionale sia inscindibilmente legata all'effettività del diritto in senso stretto intesa, in quanto funzionale al perseguimento di imprescindibili esigenze di "tenuta" del sistema, ancora più evidenti alla luce della cristallizzazione normativa di un principio ormai ampiamente consolidato, in termini pressoché analoghi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁵.

Il secondo, poi, sarà quello di verificare l'impatto che la codificazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale – avutasi da ultimo a mezzo di una norma, l'art. 47, invero destinata ad operare in relazione al campo di applicazione della Carta – abbia avuto sul meccanismo di interazione tra i sistemi nazionali e quello dell'Unione di tutela giurisdizionale dei diritti. In tale contesto, come è facilmente intuibile, risulterà interessante un raffronto con l'art. 19 TUE e con la giurisprudenza della Corte di giustizia che, anche in tempi abbastanza recenti, ne ha effettuato una ricostruzione interpretativa.

2. L'eventuale incidenza della positivizzazione del principio sul suo contenuto. La prospettiva del diritto dell'Unione e quella del diritto interno.

Come si è detto, il primo obiettivo argomentativo che ci stiamo ponendo è, in buona sostanza, quello di verificare se la cristallizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, avutasi principalmente a mezzo dell'art. 47 della Carta, abbia determinato un mutamento della sostanza, del contenuto, del principio stesso, rispetto alle ricostruzioni offerte dalla Corte di giustizia nel pre-Lisbona.

⁵ In varie ormai risalenti occasioni la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che quello dell'effettività della tutela giurisdizionale è un principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Si vedano, ad esempio, Corte giust. 16 luglio 2009, *DerGrünePunktDuales System Deutschland/Commissione*, causa C-385/07 P, EU:C:2009:456, punti 177 e 178; Corte giust. 1 marzo 2011, *Chartry*, causa C-457/09, EU:C:2011:101; Corte giust. 22 dicembre 2010, *DEB*, causa C-279/09, EU:C:2010:811.

Volendo in parte anticipare la risposta, si può già affermare che la positivizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale abbia certamente contribuito ad una maggiore conoscibilità dello stesso da parte dei singoli e, come detto poc'anzi, anche ad una sua più efficiente sistematizzazione. A ciò aggiungasi che l'espressa previsione all'interno di una norma "scritta", per di più di diritto primario, abbia rappresentato un prezioso strumento attraverso il quale conciliare il soddisfacimento degli interessi sottesi alle posizioni giuridico-soggettive attribuite ai singoli dal diritto dell'Unione, e il corretto funzionamento del sistema, complessivamente inteso⁶.

Inoltre, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che di certo aveva avuto tanta parte anche nella giurisprudenza pre-Lisbona, si sostanzia, ad opera della Carta, di un apparato declinatorio estremamente più preciso e particolareggiato, attecchendosi nei termini articolati previsti espressamente dalla disposizione che lo contempla, ossia nei termini dell'accesso al giudice, nonché del diritto ad un giusto processo, che si svolga inoltre entro un termine ragionevole.

Infine, è utile ricordare come in seguito alla positivizzazione del principio si sia registrato un aumento progressivo e piuttosto sensibile dei casi in cui tanto i giudici nazionali, nella loro opera di proposizione di questioni pregiudiziali, quanto la Corte di giustizia, abbiano richiamato espressamente l'art. 47 della Carta. Si pensi solo alla recente ordinanza con cui le SS.UU. della Corte di Cassazione italiana hanno sottoposto all'attenzione della Corte di Lussemburgo, facendo leva anche sull'art.47, questioni pregiudiziali vertenti sul rapporto, in materia di appalti pubbli-

⁶ Così R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali...*, cit., p. 590.

D'altra parte, la Corte di giustizia ha anche precisato che l'art. 47 sia una norma dotata di caratteristiche tali da renderla produttiva di effetti diretti. Esso, infatti, relativo «al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale». Correlativamente, il giudice nazionale sarà tenuto ad assicurare «la tutela giuridica spettante ai singoli in forza dell'art. 47 della Carta e a garantire la sua piena efficacia (...), disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria» (Corte giust. 17 aprile 2018, *Egenberger*, causa C-414/16, EU:C:2018:257, par. 78; Corte di giust. 13 settembre 2018, *UBS Europe et al.*, causa C-358/16, EU:C:2018:715).

ci, tra norme e prassi amministrative del Consiglio di Stato e il diritto dell'Unione⁷.

E tuttavia, come si tenterà di evidenziare nel prosieguo, pare potersi concludere nel senso che la previsione del principio a mezzo di una norma di portata giuridica obbligatoria non abbia comportato mutamenti significativi della giurisprudenza della Corte, dove il riferimento all'art.47 ed al principio ivi sancito è dato piuttosto quale conseguenza necessitata, quale elemento di consolidamento, di un'esperienza giuridica risalente e per molti aspetti compiuta⁸.

In alcuni casi questo concetto è stato espresso dalla Corte di giustizia in termini molto espliciti: «Per quanto riguarda [...] l'art. 47 della Carta, emerge dalla giurisprudenza della Corte che tale disposizione costituisce una riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo»⁹.

⁷ Si tratta dell'ordinanza Cass., SS.UU., n. 19598 del 18 settembre 2020 ove, tra le questioni sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia, rileva quella relativa alla conformità o meno con le norme dei Trattati e con l'art. 47, appunto, di quella prassi nazionale in ordine alla quale il ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione non potrebbe essere utilizzato per impugnare le sentenze del CdS viziato sotto il profilo della corretta applicazione del diritto dell'Unione. Fra i numerosi commenti, v. F. FERRARO, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE II*, 2020, p. 22 ss.; G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi*, 34/2020, p. 237 ss.; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2020, p. 675 ss.; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *giustiziainsieme.it*, 24 novembre 2020; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 2020, p. 134 ss.; G. COSTANTINO, A. CARATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *questionegiustizia.it*, 19 ottobre 2020.

⁸ Cfr. A. WARD, *Remedies under the EU Charter of Fundamental Rights*, in S. DOUGLAS SCOTT, N. HATZISIN (eds.), *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Cheltenham, 2017, p. 162 ss.

⁹ Corte giust. 26 giugno 2013, *ET Agroconsulting*, causa C-93/12, EU:C:2013:432.

Ovviamente, con ciò la Corte non ha di certo voluto minimizzare l'importanza dell'art. 47, ma piuttosto attenuarne e circoscriverne la portata innovativa sul piano dei contenuti.

Tentiamo di dimostrare questo assunto a partire dalla ricostruzione che proprio i giudici di Lussemburgo hanno offerto dell'art. 47, dalla prospettiva del diritto dell'Unione.

La norma rileva, in primo luogo, sul piano della legittimazione attiva dei singoli, innanzi al giudice dell'Unione, al fine precipuo di assicurare un diritto "effettivo" di ricorso contro gli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione stessa. L'ambito di applicazione privilegiato del principio è di sicuro quello dei ricorsi in annullamento, atteso che l'Unione è considerata come una "comunità di diritto" nell'ambito della quale le sue istituzioni e gli Stati membri sono soggetti ai meccanismi di controllo giurisdizionale della conformità dei propri atti rispetto ai Trattati¹⁰.

Ora, nonostante l'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta, unitamente all'intervenuta modifica dell'art.263, n. 4, avessero ingenerato una serie di aspettative sul piano dell'estensione dell'ambito di ap-

Bisogna chiarire che, nonostante l'art. 47 riproponga il disposto degli artt. 6 e 13 della CEDU, rispettivamente relativi all'equo processo e all'accesso al giudice, esso ha acquistato una sua autonomia concettuale, giuridica e funzionale rispetto alle previsioni convenzionali, strettamente consequenziale alle peculiarità del sistema cui risulta applicabile ed applicato. Chiare ed illuminanti da questo punto di vista le parole dell'Avvocato Generale Cruz Vilallón (presentate nella causa C-69/10), secondo il quale il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, quale enunciato dall'art. 47 della Carta, «ha acquisito un'identità ed una essenza proprie, proiettandosi al di là della mera sommatoria degli enunciati di cui agli artt. 6 e 13 CEDU. In altri termini, il diritto fondamentale in esame viene ad acquistare, quale diritto sancito e garantito dall'ordinamento dell'Unione, un contenuto proprio, nella definizione del quale giocano un ruolo fondamentale non soltanto gli strumenti internazionali cui tale diritto si ispira, tra i quali, *in primis*, la CEDU, ma anche le tradizioni costituzionali da cui tale diritto deriva e, con esse, l'universo concettuale dei principi che caratterizzano lo Stato di diritto».

¹⁰ Per una ricostruzione critica delle disposizioni del Trattati relative agli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti individuali cfr. R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 852 ss.; A. HOWARD, D.J. RHEE, *Private enforcement – A Complete System of Remedies?*, in *Essays Edward*, Oxford, 2003, p. 307 ss.; P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

plicazione dei ricorsi individuali, la Corte di giustizia ha piuttosto precisato che l'art. 47 della Carta – che si inserisce perfettamente e pienamente all'interno di un complesso ed articolato sistema di rimedi di tutela giurisdizionale dei diritti individuali, affermando una volta di più il diritto ad un ricorso effettivo – non abbia affatto voluto modificare i requisiti di ricevibilità per i ricorsi diretti innanzi alla Corte stessa¹¹. E ciò in perfetta coerenza con quanto, anche prima della codificazione, grazie all'art. 47, del principio della tutela giurisdizionale effettiva, la Corte di giustizia aveva affermato rispetto ad un possibile ampliamento, per via pretoria, delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi di cui al quarto paragrafo dell'art. 263¹².

Si pensi, da questo punto di vista, alla sentenza *GranoSalus*¹³ e alla questione in essa affrontata dell'interpretazione della nozione di “atti che non richiedono misure di esecuzione”, di cui all'art. 263, comma 4.

In questa pronuncia la Corte esplicita un approccio decisamente restrittivo in tema di legittimazione attiva dei singoli, escludendo in buona sostanza la possibilità di accesso diretto al giudice in tutti i casi in cui l'atto di natura regolamentare, a portata generale, preveda un intervento ap-

¹¹ In questo senso si veda Corte giust. 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, causa C-583/11 P, EU:C:2013:625; 28 aprile 2015, *T e L Sugars c. Comm.*, causa C-456/13 P, EU:C:2015:517; Corte giust. 4 giugno 2015, *Andechser Molkere iSchitz c. Comm.*, causa C-682/13 P, EU:C:2015:356.

Per un'analisi dell'orientamento della Corte cfr. R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Striking The Right Balance: Limits On The Right To Bring An Action Under Article 263(4) of The Treaty on The Functioning of The European Union*, in *Am. Un. Int. Law Rev.*, 2015, p. 744 ss.; D. WAELBROECK, T. BOMBOIS, *Des requérants “privilégiés et des autres. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen*, in *Cab. dr. eur.*, 2014, p. 21 ss.

¹² Trib., 3 maggio 2002, *Jégo-Quéré c. Commissione*, causa T-177/01. È stato condizionalmente notato che, proprio nelle cause nelle quali questo problema di interpretazione dell'art. 263 si è posto innanzi alla Corte, le parti avevano espressamente sollevato la questione del rispetto dell'art. 47 della Carta, facendo valere, in buona sostanza, la difficoltà di conciliare una tale severità di approccio con l'inquadramento del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nel novero dei diritti fondamentali riconosciuti e codificati nella Carta. Per queste considerazioni cfr. R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali...*, cit., p. 593.

¹³ Corte giust. 28 ottobre 2020, *GranoSalus c. Commissione*, causa C-313/19 P, EU:C:2020:869.

plicativo, anche se solo puramente formale e meccanico, da parte dello Stato¹⁴. L'unica possibilità per il soggetto interessato sarebbe quella di impugnare l'atto interno di esecuzione ed eventualmente sollecitare il giudice nazionale a rimettere alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale di validità relativa all'atto dell'Unione che sta a monte. Tuttavia, poiché è noto che la posizione processuale del singolo ai fini della proposizione di un rinvio pregiudiziale è quasi del tutto irrilevante, rientrando nella competenza esclusiva del giudice nazionale qualsiasi determinazione sull'opportunità di sollevare o meno una questione pregiudiziale, nonché sul contenuto della questione stessa¹⁵, quello della Corte è e rimane, con tutta evidenza, un approccio metodologico fortemente restrittivo¹⁶ circa la definizione delle condizioni di accesso al giudice dell'Unione da parte dei singoli¹⁷.

Più incisiva, invece, pare essere la portata innovativa dell'art.47 sul versante "nazionale".

In questo contesto, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, come contemplato dall'art.47, si intreccia inevitabilmente con quelli dell'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁸ e della leale cooperazione. Le norme processuali nazionali, promananti dall'apparato politico-

¹⁴ Nello stesso senso Corte giust. 10 dicembre 2015, *Kiocera Mita Europe*, causa C-553/14, EU:C:2015:805; Corte giust. 14 luglio 2015, *ForgitalItaly*, causa C-84/14 P, EU:C:2015:517; Corte giust. 12 gennaio 2017, *Anrita*, causa C-280/16 P, EU:C:2017:9.

¹⁵ Così, ad esempio, Corte giust. 17 marzo 2017, *Aquino*, causa C-3/16, EU:C:2017:209.

¹⁶ E anche poco funzionale, attesi i "tempi lunghi che questa soluzione inevitabilmente comporta, in quanto l'atto interno di esecuzione dovrebbe essere oggetto di impugnazione *al solo scopo* di poter contestare – peraltro dinanzi ad un giudice diverso – l'atto eseguito" (R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali...*, cit., p. 595).

¹⁷ L'approccio della Corte relativamente all'accesso dei singoli alla tutela giurisdizionale effettiva appare ancora più restrittivo allorquando vengano in gioco le modalità attraverso le quali le istituzioni dell'Unione abbiano dato esecuzione ad accordi internazionali vincolanti per l'Unione. Per tale giurisprudenza e per una ricostruzione critica della stessa si veda R. MASTROIANNI, *op. ult. cit.*, pp. 596-599.

¹⁸ In argomento si veda G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, 2010.

istituzionale e, quindi, di produzione normativa, più prossimo all'oggetto dell'intervento, possono infatti essere utilizzate come strumenti attraverso i quali garantire l'“effettività” delle norme sostanziali dell'ordinamento dell'Unione. Tali norme interne, tuttavia, dovranno essere sottoposte ad una sorta di scrutinio di ragionevolezza, ad un vaglio di adeguatezza che ne rilevi la compatibilità con il criterio dell'effettività, appunto, nonché con quello dell'equivalenza.

Sulla base di tali premesse, sono venute in rilievo delle pronunce con le quali la Corte ha raggiunto un elevato livello di invasività sui singoli ordinamenti processuali nazionali, facendo riferimento all'art. 47 come parametro di conformità delle regole processuali nazionali rispetto al diritto dell'Unione; e ciò secondo una duplice prospettiva, ossia tanto determinando in concreto la creazione di nuovi mezzi di ricorso prima non contemplati dagli ordinamenti nazionali di riferimento, quando ciò fosse funzionale al coordinamento tra sistemi giuridici, quanto precludendo l'applicazione di norme processuali interne ritenute incompatibili con l'esigenza di garantire un elevato livello di effettività della tutela giurisdizionale.

Ciò ha comportato, ad esempio, l'affermazione del diritto di esperire un ricorso giurisdizionale innanzi a un giudice interno anche qualora esso non fosse espressamente previsto dal diritto nazionale, e qualora ciò risultasse utile e necessario a garantire il soddisfacimento di un diritto derivante dall'ordinamento dell'Unione¹⁹.

A conferma delle superiori affermazioni si ricordi anche la pronuncia *Commissione c. Ungheria*²⁰, con cui la Corte ha dichiarato che il sistema processuale ungherese non garantiva un diritto di ricorso effettivo avverso

¹⁹ Corte giust. 19 marzo 2015, *E.ONFöldgáz Trade*, causa C-510/13, EU:C:2015:189; Corte giust. 12 febbraio 2015, *Sähköalojen ammattiliitto*, causa C-396/13, EU:C:2015:86; Corte giust. 23 ottobre 2014, *Olainfarm*, causa C-104/13, EU:C:2014:2316; Corte giust. 17 settembre 2014, *Liivimaa Lihaveis*, causa C-562/12, EU:C:2014:2229; Corte giust. 27 settembre 2017, *Puskar*, causa C-73/16, EU:C:2017:725; Corte giust. 13 dicembre 2017, *El Hassani*, causa C-403/16, EU:C:2017:960. Nelle pronunce citate la Corte ha anche precisato che il sindacato giurisdizionale sulle decisioni delle autorità nazionali costituisce un principio generale del diritto dell'Unione.

²⁰ Corte giust. 16 luglio 2020, *Commissione c. Ungheria*, causa C-771/18, EU:C:2020:584.

i regolamenti dell'autorità di regolamentazione che fissano i corrispettivi di accesso alla rete, con ciò fornendo un'interpretazione ampia del diritto di agire in giudizio contro atti di autorità nazionali di regolamentazione del mercato dell'energia elettrica e del gas naturale²¹.

Un altro esempio, meno recente ma ugualmente esemplificativo, è quello nell'ambito del quale la Corte ha rilevato che il combinato disposto tra il regolamento n. 1083/06 e l'art. 47 della Carta dovesse essere interpretato nel senso che ostasse ad una disposizione di una guida del programma, adottata da un comitato di sorveglianza nell'ambito di un programma operativo stipulato tra due Stati membri e volto a promuovere la cooperazione territoriale europea, nella misura in cui tale norma non prevedesse l'impugnabilità innanzi al giudice nazionale di una decisione del comitato di sorveglianza con cui fosse stata in ipotesi respinta una domanda di sovvenzione²².

3. Il rapporto tra l'art. 47 della Carta e l'art. 19 TUE: il ruolo "integrativo" dell'art. 47.

Pare che una conferma della superiore ricostruzione possa essere offerta anche dall'analisi del rapporto che intercorre tra l'art. 19 TUE, norma anch'essa posta a fondamento del principio di effettività della tutela giurisdizionale, e il più volte citato art.47 della Carta.

In verità, come è stato giustamente sottolineato, pur se entrambe le norme cristallizzano il principio di effettività della tutela giurisdizionale, esse muovono da prospettive in gran parte diverse.

L'art. 47, infatti, codifica un diritto fondamentale "della persona", che si attegga poi nell'ambito delle sue articolazioni interne nelle forme del

²¹ Analogamente Corte giust. 23 ottobre 2014, *Olainfarm*, causa C-104/13, EU:C:2014:2316; 19 marzo 2015, *E.ONFöldgáz Trade*, causa C-510/13, EU:C:2015:189.

²² Corte giust. 17 settembre 2014, *Liivimaa Lihaveis*, causa C-562/12, EU:C:2014:2229. A questa giurisprudenza si collega quella che ha attribuito all'art. 47 il ruolo di criterio di interpretazione di altre norme dell'Unione, in combinato disposto con le quali esso ha inciso sui termini di applicazione di norme interne incompatibili. Si veda, ad esempio, Corte giust. 17 luglio 2014, *Sanchez Morcillo*, causa C-169/14, EU:C:2014:2099.

diritto ad un processo equo ed ad un giudice terzo ed indipendente; l'art. 19, dal canto suo, è piuttosto una norma "di sistema", in funzione della quale grava sugli Stati membri l'obbligo di adeguare i propri sistemi nazionali di tutela giurisdizionale ad uno «standard comune di effettività per le azioni che si fondano sul diritto europeo»²³.

Il rapporto tra le due disposizioni in parola emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La Corte, infatti, ha avuto modo di affermare esplicitamente, in varie occasioni, che «è in forza del principio di leale cooperazione enunciato dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE»²⁴ che sugli Stati membri incombe l'obbligo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche che il diritto europeo conferisce ai singoli e che «tale obbligo (...) deriva altresì dall'articolo 47 della Carta»²⁵. Nelle stesse pronunce i giudici dell'Unione hanno fatto riferimento anche all'art. 19, par. 1, TUE, norma che pone in capo agli Stati membri l'obbligo di stabilire «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

Lo scenario che emerge da questa giurisprudenza, nella quale l'art. 19 e l'art. 47 sono presentati come elementi costitutivi di un'unica esperienza giuridica, nell'ambito della quale si compendiano esigenze individuali e al contempo di sistema, è dunque molto peculiare. Si viene a configurare una situazione ove i soggetti, che versino in situazioni rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, siano titolari da un lato di un diritto soggettivo ad una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti

²³ Per queste considerazioni cfr. R. MASTROIANNI, *op. ult. cit.*, p. 588.

²⁴ Corte giust. 20 dicembre 2017, *Protect Natur*, causa C-664/15, EU:C:2017:987, punto 35. Per alcuni riferimenti, v. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020, p. 156 ss.; M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 133 ss.; A. MAFFEO, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli, 2020, p. 41 ss.; M.C. BARUFFI, *Art. 4 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 21 ss.

²⁵ Corte giust. 8 novembre 2016, *Lesoochranárskezoskupenie VLK*, causa C-243/15, EU:C:2016:838, par. 50. Nello stesso senso cfr., a titolo esemplificativo, Corte giust. 27 settembre 2017, *Pušár*, causa C-73/16, EU:C:2017:725, par. 57; Corte giust. 26 luglio 2017, *Sacko*, causa C-348/16, EU:C:2017:591, par. 29.

dello Stato; dall'altro, beneficiari del corrispondente obbligo gravante sullo Stato nei confronti dell'Unione²⁶.

Questo particolare rapporto tra l'art. 19 e l'art. 47 si rinviene in termini abbastanza evidenti, ad esempio, nella vicenda *Commissione c. Polonia*²⁷, in occasione della quale la Corte di giustizia, discostandosi sul punto dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale insisteva sulla necessità di individuare una netta linea di demarcazione tra i termini di applicazione dell'art. 47 e quelli dell'art. 19, ne ha chiarito ulteriormente i caratteri.

In particolare, la Corte di giustizia ribadiva come, in forza dell'art. 19, par. 1, TUE, discendesse in capo agli Stati membri l'obbligo di predisporre tutti i rimedi giurisdizionali utili ad assicurare ai singoli il soddisfacimento del loro diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nelle fattispecie rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. La Corte, in questo contesto, chiariva il significato dell'art.19 utilizzando espressioni giuridicamente rilevanti e connesse a quelle tipicamente riconducibili all'art. 47 della Carta, nonché alle definizioni che di tale ultima disposizione si rintracciavano già nella copiosa giurisprudenza di Lussemburgo. Ad esempio, si preoccupava di precisare che la disposizione del Trattato «impone a tutti gli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, segnatamente ai sensi dell'articolo 47 della Carta» (par. 54); e che «il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento dunque l'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE (...) è attualmente affermato dall'articolo 47 della Carta» (par. 49).

²⁶ Per alcuni rilievi sul punto cfr. A. RASI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers*, 2019, p. 615 ss.

²⁷ Corte giust. 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, EU:C:2019:531. Nella stessa direzione Corte giust. 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-192/18, EU:C:2019:529; Corte giust. 19 novembre 2019, *AK*, causa C-624/18, EU:C:2019:982. Si tratta di una giurisprudenza che ha fatto leva sul principio di effettività della tutela giurisdizionale per accertare le violazioni della *rule of law*. Si veda, a titolo esemplificativo di una dottrina sterminata sul punto, P. MORI, *La questione del rispetto dello stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, 8/2020, p. 166 ss.

Pare piuttosto chiara, quindi, la valenza integrativa assunta dall'art.47 rispetto all'art. 19 nell'ottica e nelle intenzioni della Corte di giustizia: anche nelle ipotesi, come quella di specie, in cui non si versasse in un'ipotesi di attuazione del diritto dell'Unione da parte della Polonia, e quest'ultima non fosse quindi vincolata al rispetto in senso stretto dell'art.47, essa avrebbe in ogni caso dovuto, ai sensi dell'art.19, «garantire che gli organi facenti parte del suo sistema di rimedi giurisdizionali soddisfacessero i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva» (par. 55).

A tal fine, con particolare riguardo alla Corte Suprema polacca, si poneva come «di primaria importanza preservare l'indipendenza di detto organo, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice "indipendente" tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo» (parr. 56-57). Ma, quel che più conta, secondo i giudici di Lussemburgo l'art.19 non comportava soltanto che la Corte suprema polacca dovesse soddisfare, genericamente, il requisito dell'indipendenza, ma pretendeva che tale requisito dovesse essere inteso proprio secondo il significato per esso previsto dall'art.47 della Carta (par. 77). Tale significato era ed è tutt'ora riconducibile al «diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto» (par. 58).

La posizione abbastanza chiara assunta dalla Corte nel caso *Commissione/Polonia* era stata invero anticipata anche in altre pronunce.

Si pensi, ad esempio, alla vicenda relativa all'*ASJP*²⁸, ove la Corte aveva affermato che «il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'art. 19,

²⁸ Corte giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, EU:C:2018:117. Nello stesso senso si veda anche Corte giust. 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality*, causa C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, su cui si veda M. KRAJEWSKI, *Associação Sindicaldos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *European Papers*, 2018, p. 395 ss. Risultano piuttosto interessanti gli spunti di riflessione relativi alle differenze tra le due sentenze or ora citate e quella resa nel caso polacco di A. RASI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, cit., spec. p. 622 ss.

paragrafo 1, secondo comma TUE (...) è attualmente affermato dall'articolo 47 della Carta» (par. 35). E ancora che, per attuare le prescrizioni dell'art. 19 TUE, «preservare l'indipendenza di detto organo è di primaria importanza, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice "indipendente" tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo» (par. 41).

Dalla giurisprudenza succintamente riportata emerge, dunque, che gli Stati membri, anche al di fuori delle ipotesi di stretta applicazione dell'art. 47, siano tenuti a garantire la sussistenza di un sistema giurisdizionale effettivo per la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme dell'Unione, sulla base del combinato disposto della disposizione della Carta e dell'art. 19 del Trattato. E questo non perché la Corte di giustizia abbia inteso estendere l'ambito di applicazione della Carta, ma perché essa ha piuttosto rinviato ad una nozione generale di effettività della tutela giurisdizionale, che oggi si riempie dei contenuti precisi e dettagliati di cui all'art.47 ma che, declinata nei termini del diritto soggettivo dell'individuo, essa aveva già enucleato ancor prima della codificazione avuta a mezzo della Carta.

È come se l'art.47, quindi, da un lato vivesse di vita propria ed autonoma in tutte le fattispecie che rientrano, *ex art.* 51 della Carta, nel suo campo di applicazione; dall'altro, divenisse norma integrativa e specificativa di un principio generale di effettività della tutela giurisdizionale, quale risalente alle storiche pronunce della Corte ed oggi potenziato dal combinato disposto tra l'art. 19 e l'art. 47, appunto.

4. Conclusioni.

Tentiamo una rapida conclusione.

La giurisprudenza della Corte, pur attribuendo al principio di effettività della tutela giurisdizionale una posizione di tutto rispetto nell'incedere argomentativo, ha ribadito una prassi giurisprudenziale ormai consolidata che la codificazione del post Lisbona ha, in buona sostanza, cristallizzato. Nel merito, ad esempio, la Corte ha spesso confermato ed amplificato una certa severità di giudizio rispetto alle regole nazionali, all'uopo richiedendo uno standard piuttosto elevato di tutela dei diritti indivi-

duali, e ciò persino riferendosi all'art.47 della Carta anche laddove lo stesso non fosse stato invocato dai giudici interni nei loro quesiti pregiudiziali²⁹.

Due elementi, tuttavia, risultano certamente rafforzati a fronte della forza giuridica obbligatoria attribuita alla Carta e, con essa, al suo art.47.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che di certo aveva avuto un ruolo molto importante nella giurisprudenza pre-Lisbona, si sostanzia ora, come si è detto, di un apparato declinatorio molto più ampio e dettagliato, atteggiandosi nei termini articolati quali previsti espressamente da una norma che è, oggi, una norma scritta.

Inoltre, a fronte della nuova previsione normativa, si potenzia l'idea per cui l'effettività della tutela giurisdizionale sia lo strumento privilegiato attraverso il quale misurare l'effettività del sistema nel suo complesso, inteso nel senso di garanzia di uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione presso tutti gli Stati membri. Ciò significa, in altri termini, che tanto più efficienti saranno i mezzi approntati dai sistemi processuali nazionali e da quello dell'Unione onde garantire il soddisfacimento degli interessi sottesi alle posizioni individuali, quanto più alto sarà il grado di effettività dell'intero ordinamento.

Ed è proprio in questa concatenazione stretta tra effettività del diritto ed effettività della tutela giurisdizionale – che si fondono con l'intento di assicurare uno standard elevato di tutela dei diritti – che riposa l'essenza di un'impostazione giuridica risalente, consolidata e, come si è tentato di dimostrare, confermata anche dopo la codificazione di cui all'art. 47.

Bibliografia

- AA.VV., *Art. 47. Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford-Portland, 2014, p. 1197 ss.
- BARTOLONI M.E., *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018.

²⁹ Sul punto cfr. R. MASTROIANNI, *op. ult. cit.*, p. 590 s.

- BARTOLONI M.E., *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, p. 245 ss.
- BARUFFI M.C., *Art. 4 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 21 ss.
- CANNIZZARO E., *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 665 ss.
- CASOLARI F., *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020.
- COSTANTINO G., CARATTA A., RUFFINI G., *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *questionegiustizia.it*, 19 ottobre 2020.
- DOMENICUCCI D., FILPO F., *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 863 ss.
- FERRARO F., *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE II*, 2020, p. 22 ss.
- GRECO G., *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, 2020, p. 134 ss.
- HOWARD A., RHEE D.J., *Private enforcement – A Complete System of Remedies?*, in *Essays Edward*, Oxford, 2003, p. 307 ss.
- KRAJEWSKI M., *Associação Sindicaldos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *European Papers*, 2018, p. 395 ss.
- MAFFEO A., *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli, 2020.
- MASTROIANNI R., *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 852 ss.
- MASTROIANNI R., *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 586 ss.
- MASTROIANNI R., PEZZA A., *Striking The Right Balance: Limits On The Right To Bring An Action Under Article 263(4) of The Treaty on The Functioning of The European Union*, in *Am. Un. Int. Law Rev.*, 2015, p. 744 ss.
- MAZZAMUTO M., *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2020, p. 675 ss.
- MORI P., *La questione del rispetto dello stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, 8/2020, p. 166 ss.
- NASCIMBENE B., PIVA P., *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *giustiziainsieme.it*, 24 novembre 2020.

- PIVA P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.
- PORCHIA O., *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, IV, Napoli, 2014, p. 2311 ss.
- RASI A., *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers*, 2019, p. 615 ss.
- ROMITO A.M., *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015.
- RUFFERT M., *Rights and Remedies in European Community Law; A Comparative View*, in *Comm. M. Law Rev.*, 1997, p. 327 ss.
- TESAURO G., *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts*, in *YB Eur. Law*, vol. XII, 1993, p. 1 ss.
- TESAURO G., *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 196 ss.
- TESAURO G., *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi*, n. 34/2020, p. 237 e ss.
- VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, 2010.
- VITALE G., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 1/2018, p. 2 ss.
- WAELEBROECK D., BOMBOIS T., *Des requérants "privilégiés et des autres. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen*, in *Cah. dr. eur.*, 2014, p. 21 ss.
- WARD A., *Remedies under the EU Charter of Fundamental Rights*, in S. DOUGLAS SCOTT, N. HATZISIN (eds), *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Cheltenham, 2017, p. 162 ss.

CAPITOLO 12

IL PRINCIPIO DI *NE BIS IN IDEM* E I MODELLI PUNITIVI “A DOPPIO BINARIO”

Marco Scoletta

SOMMARIO: 1. Introduzione: breve inquadramento del principio di *ne bis in idem* nel sistema dei diritti fondamentali. – 2. La legittimità dei “procedimenti misti” nella originaria prospettiva efficientista/funzionalista della Corte di giustizia. – 3. La versione “forte” del *ne bis in idem* nella giurisprudenza convenzionale e la messa in crisi dei sistemi punitivi a doppio binario. – 4. La presa di posizione della Grande Camera (*A e B contro Norvegia*) e la legittimità dei sistemi sanzionatori a “doppio binario integrato”: il ridimensionamento della garanzia. – 5. La valutazione dei doppi binari sanzionatori nella giurisprudenza convenzionale più recente: casi di insufficiente connessione temporale e sostanziale. – 6. La ricezione della giurisprudenza convenzionale da parte della Corte di giustizia e l’(apparente) assimilazione del contenuto della garanzia. – 7. L’impatto nell’ordinamento interno: la riconosciuta legittimità dei vigenti meccanismi di doppio binario punitivo. – 8. Legittimità in astratto e potenziale illegittimità in concreto: la valutazione casistica del giudice ordinario sul rispetto della garanzia. – 9. La valutazione della “connessione temporale” tra procedimenti cumulativi. – 10. L’illegittimità (strutturale) dei vigenti sistemi a doppio binario punitivi delle persone giuridiche. – 11. Persistenti dubbi sul reale contenuto del principio europeo di *ne bis in idem* (e sui limiti di ammissibilità dei sistemi a doppio binario). – 12. Il *ne bis in idem* come argine alla metamorfosi punitiva dei sistemi di doppio binario sanzionatorio.

1. *Introduzione: breve inquadramento del principio di ne bis in idem nel sistema dei diritti fondamentali.*

L’art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE) recepisce nel diritto dell’Unione il diritto fondamentale al *ne*

*bis in idem*¹, già sancito, nel diritto internazionale pattizio, all'art. 14 § 7 del Patto sui Diritti Civili e Politici e, soprattutto, all'art. 4 del Protocollo 7 della Cedu: il principio è posto a garanzia individuale rispetto agli abusi e agli eccessi dello *ius puniendi*, cioè come argine rispetto ad una indiscriminata duplicazione del potere punitivo sia da parte dello Stato, sia da parte di più Stati che vantassero giurisdizione sullo stesso fatto illecito².

La Carta cristallizza quello che – come confermato dalla Corte di giustizia – era già pacificamente considerato un *aquis communitaire*, che nel-

¹ Cfr. *ex multis* B. VAN BOCKEL, *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016; C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Art. 50, Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo e O. Razzolini, Milano 2017, p. 1026 ss.; M.C. CARTA, *Il principio del ne bis in idem nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto@Storia*, 2019, n. 17; P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.; B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2018; A. ORIOLO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, a cura di A. Di Stasi, Napoli 2019, p. 335 ss.; A. TURMO, *Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism*, in *European Papers*, vol. 5, 2020, 3, p. 1341. Nella prospettiva più strettamente penalistica la letteratura è oggi vastissima: *ex multis*, per un quadro complessivo si veda L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 98 ss.; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, 2020, Padova.

² A ben vedere, solo l'art. 50 della Carta estende la garanzia *anche* al piano interstatale rispetto a procedimenti punitivi dello stesso fatto instaurati in diversi Stati membri dell'Unione: cfr. Corte giust. UE 26 febbraio 2013, Fransson; al contrario, la garanzia convenzionale (così come quella del Patto sui Diritti Civili e Politici) si riferisce solo al piano interno, cioè al divieto di essere puniti o giudicati due volte nell'ambito dello stesso ordinamento giuridico nazionale: cfr. Comm. EDU, 16 gennaio 1995, Gestra c. Italia. Nell'ambito del Consiglio d'Europa, altre convenzioni disciplinano il *ne bis in idem* sul piano internazionale: la Convenzione europea di estradizione (1957), la Convenzione europea sull'efficacia internazionale delle sentenze penali (1970) e la Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali (1972).

lo spazio giuridico europeo aveva trovato chiara e importante ricezione normativa nel diritto dell’Unione all’art. 54 CAAS. D’altra parte, la garanzia del *ne bis in idem*, oltre a diritto fondamentale, è considerata un importante presupposto della armonizzazione del diritto nell’Unione Europea, in quanto funzionale ad assicurare che il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale avvenga senza il rischio che lo stesso soggetto venga ad essere giudicato e punito due volte per lo stesso fatto. In questa prospettiva, il principio di *ne bis in idem* non risponde solo ad una logica garantista di tutela dell’imputato o del reo, ma anche all’esigenza sistematica e processuale di assicurare certezza del diritto e stabilità dei rapporti giuridici, nonché di evitare i conflitti di giurisdizione tra autorità giudiziarie astrattamente competenti a valutare gli stessi fatti³.

L’art. 50, riprendendo sostanzialmente il lessico normativo dei suddetti trattati internazionali, dispone che «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». I presupposti applicativi della garanzia, come via via precisati dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali⁴, sono fondamentalmente tre:

(a) la identità della persona – fisica o giuridica – sottoposta alla duplicazione sanzionatoria⁵;

³ Per questa duplice *ratio* del principio nella prospettiva europea, cfr. Libro Verde della Commissione, del 23 dicembre 2005, sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005)696 def.; ulteriori riferimenti in C. AMALFITANO, R. D’AMBROSIO, *Art. 50, Diritto di non essere giudicato o punito due volte*, cit., p. 1017; M.C. CARTA, *Il principio del ne bis in idem*, cit., nt. 54.

⁴ Per un quadro di sintesi della giurisprudenza europea si veda ancora, per tutti, C. AMALFITANO, R. D’AMBROSIO, *Art. 50, Diritto di non essere giudicato o punito due volte*, cit.

⁵ L’autonomia soggettiva giuridica e patrimoniale che caratterizza le persone giuridiche impedisce in ogni caso di riconoscerne la identità soggettiva rispetto alle persone fisiche, quand’anche sia possibile riscontrare una sostanziale sovrapposizione di interessi economici tra i due soggetti attinti dal cumulo procedimentale e sanzionatorio per lo stesso fatto: cfr. Corte EDU, 20 maggio 2014, Pirttimaki c. Finlandia; e Corte giust. UE, 5 aprile 2017, Orsi e Baldetti, con nota di M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2017.

(b) la identità del fatto oggetto di giudizio: si tratta qui dell'*idem factum* inteso in senso naturalistico/materiale, quindi tendenzialmente prescindendo dalla descrizione e qualificazione legale attribuita al fatto storico dal diritto ad esso applicabile⁶: si tratta, in sostanza, di valorizzare «fatti che costituiscono un insieme di concrete circostanze fattuali concernenti il medesimo imputato e inscindibilmente connesse nel tempo e nello spazio e delle quali deve essere dimostrata l'esistenza per garantire la condanna o instaurare un procedimento penale»;

(c) la duplicazione di procedimenti sanzionatori a carattere punitivo (*bis*), a tal fine risultando decisiva la valutazione della "materia penale" svolta alla luce degli *Engel criteria*, che sono stati recepiti anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza *Bonda*⁷: nella valutazione della natura punitiva, pertanto, si prescinde anche in questo caso dalla qualifica formale delle sanzioni nel diritto nazionale, per attribuire decisiva rilevanza al profilo concretamente funzionale (grado di afflittività e, soprattutto, finalità precipuamente retributiva).

2. La legittimità dei "procedimenti misti" nella originaria prospettiva efficientista/funzionalista della Corte di giustizia.

Il pur pacifico riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* nel diritto europeo non ha tradizionalmente pregiudicato l'adozione, negli or-

⁶ In merito alla convergenza delle diverse corti sulla "concezione naturalistica" dell'*idem factum*, cfr. Corte giust. UE, 9 marzo 2006, C-436/04, Van Esbroeck, par. 25; Id., 18 luglio 2007, Norma Kraaijenbrink, C-288/05; sul piano convenzionale, tale orientamento è stato definitivamente recepito da Corte EDU, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, par. 84; Id., 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 224; a tale concezione ha poi fondamentalmente aderito, nell'ordinamento interno, Corte cost. n. 200 del 2016, sulla quale si veda tuttavia, problematicamente, D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1588; D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2466.

⁷ Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, par. 82 e, nell'ordinamento dell'Unione, Corte giust. UE, Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*, parr. 37-45.

dinamenti giuridici nazionali, di meccanismi sanzionatori caratterizzati dal “doppio binario sanzionatorio”, ovvero i c.d. “procedimenti misti”, in cui, in una logica di *enforcement* e di efficienza, lo “stesso fatto” risulta sottoposto contemporaneamente sia a sanzione penale, sia a sanzione amministrativa: i casi più ricorrenti nella prassi legislativa sono quelli in materia di illeciti tributari, in cui lo stesso fatto materiale è appunto sottoposto al procedimento sanzionatorio amministrativo (che spesso si conclude con l’irrogazione di ingenti “sovrattasse”) ed altresì al processo penale (integrando altrettanti reati puniti con pene detentive e/o pecuniarie)⁸.

Nella prospettiva del diritto dell’Unione, in una prima fase, la legittimità dei doppi binari punitivi trovava fondamento nella interpretazione piuttosto restrittiva della garanzia, derivante dal limitato riconoscimento del carattere “penale” a sanzioni formalmente non qualificate come tali⁹; successivamente, tuttavia, la Corte di giustizia ha conferma-

⁸ Oltre alla casistica offerta dall’ordinamento italiano – su cui si veda specificamente *infra* (parr. 7 e 8) –, si vedano le numerose esemplificazioni riscontrabili negli ordinamenti scandinavi, che sono state ripetutamente sottoposte al vaglio della Corte Europea: cfr. *ex multis* tra le principali, Corte EDU, Nykänen c. Finlandia, 20 maggio 2014; Id., Lucki Dev c. Svezia, 27 novembre 2014; Id., Kiiveri c. Finlandia, 10 febbraio 2015; fino alla fondamentale Corte EDU, G.C., 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia; ma lo stesso problema si pone anche in altri Paesi: per la Francia, cfr. M. BABONNEAU, *Le non bis in idem fiscal aux portes du Conseil constitutionnel*, in *D. act.*, 31 mars 2016. Ulteriori ipotesi di doppio binario sanzionatorio si riscontrano in materia di sanzioni per gli abusi di mercato: anche qui, oltre che quello disciplinato nell’ordinamento italiano (censurato per violazione dell’art. 4 Prot. 7 da Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*: cfr. *infra* par. 3), anche nell’ordinamento francese era previsto, fino ad una recente riforma, un analogo meccanismo di cumulo punitivo tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (si veda AMF, *Autorité des marchés financiers, L’application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme*, 19 mai 2015, rapp.), che pure è stato censurato da Corte EDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia (cfr. *infra* par. 5 e nt. 19 e 20).

⁹ V. anche le Spiegazioni della Carta; è infatti ricorrente l’affermazione della Corte di giustizia secondo cui «l’articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. Infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall’IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell’Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili. Esse pos-

to la tollerabilità sistematica di tali meccanismi, ancorché muovendo dal riconoscimento della omogenea natura punitiva dei procedimenti e delle sanzioni cumulabili nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto.

Paradigmatica di questo orientamento è la sentenza *Fransson* pronunciata dalla Grande Camera nel 2013¹⁰: qui la Corte di giustizia riconosce, in linea teorica, che qualora la sanzione amministrativa (nella specie, la sovrattassa tributaria) sia da considerare – come nel caso di specie – di natura sostanzialmente penale ai sensi dei criteri *Bonda*, allora l'art. 50 «osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona», riconoscendo quindi espressamente la legittimità del cumulo solo in caso di sanzioni di natura diversa; tuttavia, la Corte prosegue la propria argomentazione precisando fundamentalmente come il contrasto del doppio binario punitivo rispetto al divieto di *bis in idem* possa essere azionato dal giudice nazionale (disapplicando una delle sanzioni) solo «a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

Proprio in quest'ultima precisazione emerge la decisiva “logica funzionalista” della Corte di giustizia, da cui deriva la sostanziale subordinazione della garanzia del *ne bis in idem* al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal diritto dell'Unione: la limitazione imposta all'opzione legislativa a favore del sistema punitivo a doppio binario è infatti condizionata all'adeguatezza funzionale del binario sanzionatorio unico; il cumulo procedimentale e punitivo è invece tollerabile qualora una sola sanzione non sia adeguata allo scopo di tutela.

È evidente come tale argomentazione lasciasse spalancate le porte all'adozione di meccanismi di doppio binario (quantomeno nella misura in cui siano strumentali alla tutela di interessi dell'Unione): ciò soprattutto in considerazione del fatto che la valutazione di adeguatezza punitiva è

sono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due» (cfr. Corte giust. UE, 21 settembre 1989, Commissione/Grecia, par. 24; Id., 7 dicembre 2000, de Andrade, C-213/99, par. 19; Id., 16 ottobre 2003, Hannl-Hofstetter, par. 17).

¹⁰ Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, *Fransson*, sulla quale cfr. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013.

consegnata alla discrezionalità di ciascun giudice nazionale, chiamato sì a svolgere il giudizio sul carattere “effettivo, proporzionato e dissuasivo” di un unico binario punitivo, ma senza poter contare su parametri tecnici o normativi che guidino tale decisione¹¹. Si tratta, in sostanza, di una valutazione che i giudici non sono in grado di svolgere (se non su base arbitrariamente soggettiva) e che dunque risulta inadeguata per delegittimare e neutralizzare le scelte nazionali di politica-criminale favorevoli ai procedimenti misti.

Viceversa, l’argomento della Corte di giustizia – anche in ragione della difficile azionabilità del modello di sindacato proposto – si presta ad offrire un’impalcatura teorica di sostanziale legittimazione di tali meccanismi punitivi (come in effetti è stato), nonostante la previsione e il pieno riconoscimento del divieto di *bis in idem*.

3. *La versione “forte” del ne bis in idem nella giurisprudenza convenzionale e la messa in crisi dei sistemi punitivi a doppio binario.*

La legittimità di tale meccanismo punitivo è entrata tuttavia in crisi al cospetto del contenuto convenzionale del principio di *ne bis in idem*, come via via plasmato dalla Corte Europea dei Diritti Umani, la cui giurisprudenza – del tutto indifferente alle considerazioni (e preoccupazioni) funzionaliste della Corte di giustizia – non sembrava lasciare margini applicativi ai sistemi di doppio binario in tutti i casi di duplicazione di procedimenti punitivi dello stesso fatto. Paradigmatica di questo orientamento rigorista, anche in ragione del rilevante impatto avuto nell’ordinamento giuridico italiano, è la sentenza *Grande Stevens* del 2014, in materia di abusi di mercato¹² (orientamento poi sostanzialmente confermato

¹¹ Sulla base della quale il giudice dovrebbe spingersi fino a ‘censurare’ l’opzione espressa dal legislatore a favore del doppio binario e, conseguentemente, disapplicare la previsione normativa della seconda sanzione punitiva.

¹² Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sulla quale cfr. G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rivista AIC*, 3/2014; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. società*, 2014, p. 693; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione*

da una serie di pronunce che hanno censurato i meccanismi di doppio binario in materia tributaria vigenti nei Paesi scandinavi¹³).

In questo caso, la Corte di Strasburgo ha censurato il doppio binario interno riconoscendo in termini netti la violazione dell'art. 4 del Protocollo 7 nella mera previsione legislativa – quale, appunto, quella riscontrata nel sistema italiano del doppio binario cumulativo di tutela degli abusi di mercato – di due procedimenti a carattere punitivo (l'uno formalmente penale, l'altro formalmente amministrativo) aventi ad oggetto lo stesso fatto storico/naturalistico integrativo di una condotta di manipolazione del mercato.

Secondo la Corte Europea, la garanzia del *ne bis in idem* imponeva che alla conclusione in via definitiva di un procedimento sanzionatorio seguisse in ogni caso l'interruzione dell'altro procedimento ancora in corso e fosse ovviamente inibita l'instaurazione di un nuovo procedimento punitivo per lo stesso fatto (indipendentemente dalla circostanza che ad essere concluso per primo fosse il procedimento penale o quello amministrativo)¹⁴.

Particolarmente significativo il fatto che nessuna rilevanza, in questa prospettiva, veniva attribuita dalla Corte Europea alla presenza del meccanismo compensatorio dell'art. 187 *terdecies* del TUF, come a riconosce-

del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 201.

¹³Cfr. Corte EDU, Nykänen c. Finlandia, 20 maggio 2014; Id., Lucki Dev c. Svezia, 27 novembre 2014; Id., Kiiveri c. Finlandia, 10 febbraio 2015.

¹⁴La rigidità e assolutezza di tale assunto era stato espressamente riconosciuta, successivamente alla sentenza *Grande Stevens*, anche da Corte cost. n. 102/2016, par. 6.1., secondo la quale è «pacifico, in base alla consolidata giurisprudenza europea, che il divieto di *bis in idem* ha carattere processuale, e non sostanziale. Esso, in altre parole, permette agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni, ma richiede che ciò avvenga in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro»; su tale pronuncia cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016.

re il carattere inderogabile della garanzia del *ne bis in idem* “processuale”, quindi del tutto indifferente rispetto a valutazioni di tipo “sostanziale” sulla proporzionalità del cumulo punitivo conseguente ad un (inammissibile) cumulo procedimentale.

Nell’ordinamento giuridico nazionale, l’assolutezza di tale affermazione ha messo in crisi la tenuta degli assetti punitivi ‘a doppio binario’ analoghi a quello censurato dalla Corte, determinando reazioni eterogenee nella giurisprudenza chiamata a confrontarsi con la vincolatività del principio convenzionale e una generale situazione di incertezza applicativa¹⁵: una particolare eco – data dalla rilevanza pratica della questione – è stata appunto quella sulla conseguente ‘tenuta’ del doppio binario in materia tributaria, ma dubbi e perplessità hanno interessato (e in parte ancora interessano) anche i cumuli sanzionatori presenti in altri settori dell’ordinamento (ad esempio, in materia di circolazione stradale, in materia bancaria e finanche rispetto a fatti che integrano al contempo illeciti disciplinari e illeciti penali¹⁶).

Sul piano sovranazionale, sembrava emergere un delicato conflitto giurisprudenziale, quanto alla effettiva portata del principio fondamentale di *ne bis in idem*, tra la impostazione funzionalista/relativista della Corte di giustizia e quella garantista/assolutista della Corte Europea: d’altra parte, il principio di omogeneità del livello di tutela, sancito all’art. 52 della Carta, faceva prospettare un necessario adeguamento del contenuto di tutela eurounitario a quello convenzionale (dunque l’impossibilità di condizionare l’applicazione della garanzia al raggiungimento di una tutela

¹⁵Per un quadro delle reazioni giurisprudenziali conseguenti alla sentenza *Grande Stevens*, cfr. A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Società*, 2018, 80 ss.; G. ANGIOLINI, *Una questione ancora irrisolta: il principio di ne bis in idem europeo e l’Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2109 ss.; per una sintesi, S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2016.

¹⁶Cfr. Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 215, con nota di N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*; la piena legittimità del doppio binario – punitivo e disciplinare – è stata tuttavia a più riprese confermata dalla Corte Europea: cfr. Corte EDU, 31 maggio 2011, *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*; Comm. EDU, 7 novembre 1990, *Kremzow c. Austria*; Id., 16 aprile 1998, *Demel c. Austria*; Id., 4 maggio 2006, *Klein c. Austria*.

punitiva adeguata degli interessi eurounitari) ed un conseguente ripensamento complessivo dei meccanismi di doppio binario punitivo presenti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

4. *La presa di posizione della Grande Camera (A e B contro Norvegia) e la legittimità dei sistemi sanzionatori a “doppio binario integrato”: il ridimensionamento della garanzia.*

Senonché, con la sentenza *A e B contro Norvegia* del 2016, avente ad oggetto l'ennesimo caso di doppio binario sanzionatorio in materia tributaria degli ordinamenti scandinavi, la Grande Camera della Corte Europea ha meglio “precisato” portata e contenuto del principio di *ne bis in idem*, riconoscendo la legittimità dei meccanismi di doppio binario sanzionatorio in cui i due procedimenti siano legati da una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”, siano cioè talmente integrati da poter essere sostanzialmente considerati come due filoni di un unico procedimento punitivo¹⁷.

La Corte ha poi indicato una serie di criteri funzionali a svolgere il test di *close connection* tra procedimenti paralleli aventi ad oggetto un *idem factum* in capo al medesimo soggetto:

- (i) la complementarità degli scopi perseguiti dalle due fattispecie, essendo sufficiente che l'accertamento abbracci anche solo aspetti differenti della stessa condotta illecita;
- (ii) la prevedibilità del cumulo punitivo e procedimentale;
- (iii) l'esistenza di un meccanismo di coordinamento inter-processuale, specie in relazione alla raccolta e alla valutazione del materiale probatorio, in modo da evitare un onere eccessivo come conseguenza del cumulo procedimentale;

¹⁷ Corte EDU, G.C., 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, sulla quale cfr., *ex multis*, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016; A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie*, cit.; G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 476 ss.

(iv) la previsione, *soprattutto*, di un sistema di ragguaglio quanto alla determinazione delle misure punitive, in modo da evitare una risposta sanzionatoria eccedente i limiti della proporzionalità;

(v) la contiguità temporale tra i procedimenti consecutivi, sì da scongiurare una eccessiva durata degli oneri conseguenti al cumulo procedimentale.

Ebbene, indipendentemente dal fatto che si tratti di un completo *reivirement* giurisprudenziale o invece di una precisazione di contenuto – in linea con alcuni precedenti che già avevano valorizzato il profilo della *close connection* (soprattutto in materia di circolazione stradale) – è indubbio che la sentenza della Grande Camera abbia sensibilmente ridimensionato il contenuto della garanzia che traspariva dalla sentenza *Grande Stevens*, la quale – come ricordato – non aveva attribuito alcuna rilevanza ad eventuali profili di connessione procedimentale e dunque alla potenziale legittimità del doppio binario “cumulativo ma integrato”. Tanto più la garanzia risulta indebolita se si considera che la Grande Camera non solo ammette la deroga alla rigidità del divieto di *bis in idem* processuale, ma, soprattutto, offre una criteriologia indiziaria della sufficiente integrazione procedimentale dai contorni particolarmente flessibili, quindi facilmente riconoscibili (ed infatti puntualmente riconosciuti: v. *infra* parr. 6 e 7) nella predisposizione legislativa del meccanismo di doppio binario.

5. *La valutazione dei doppi binari sanzionatori nella giurisprudenza convenzionale più recente: casi di insufficiente connessione temporale e sostanziale.*

D'altra parte, se è vero che il fattore di debolezza della sentenza deriva principalmente dalla eccessiva vaghezza del *test* di stretta connessione, è altresì vero che, in decisioni successive, la Corte Europea ha comunque riconosciuto la violazione della garanzia al *ne bis idem* facendo applicazione concreta proprio della criteriologia indiziaria della *close connection* definita in *A e B*.

Ciò è avvenuto soprattutto sulla base del criterio della connessione temporale, rispetto a casi in cui, in seguito ad una fase di più o meno lungo svolgimento parallelo e simultaneo dei due procedimenti punitivi,

uno dei due (di solito quello penale) era continuato ancora per alcuni anni (in alcuni casi anche ‘solo’ per poco più di due) dopo la definitiva chiusura dell’altro (di solito quello amministrativo)¹⁸.

Ma la Corte in alcune occasioni ha anche decisamente valorizzato profili indiziari della disconnessione sostanziale, censurando, sia in materia di abusi di mercato¹⁹ sia in materia tributaria²⁰, la identità degli interessi perseguiti attraverso i procedimenti punitivi (dunque l’assenza del requisito di complementarità) e l’insufficiente coordinamento processuale

¹⁸ In particolare: (i) in un caso il secondo procedimento si era protratto per ulteriori cinque anni dopo la chiusura del primo, con il risultato di “tenere in ballo” l’autore della condotta illecita per un periodo complessivo di nove anni (Corte EDU 18 maggio 2017, Jóhannesson e a. c. Islanda, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*); (ii) in un altro caso, la Corte aveva censurato per l’assenza di sovrapposizione cronologica (*lack of overlap in time*), poiché – nonostante la previsione di un meccanismo di compensazione delle sanzioni punitive – i due procedimenti avevano avuto una durata complessiva di circa cinque anni, erano avanzati in parallelo solo per poco più di cinque mesi e quello penale era continuato autonomamente per un anno e mezzo (Corte EDU, 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2019, con nota di A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte edu ancora sul bis in idem*); (iii) nel caso *Nodet*, la violazione riconosciuta rispetto ad un periodo complessivo di otto anni, in cui procedimenti erano andati avanti parallelamente per due anni e quello penale era continuato per altri quattro anni (Corte EDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia, con nota di M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell’ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019); (iv) l’assenza di stretta connessione temporale è stata riconosciuta nel prolungamento del processo penale per due anni e quattro mesi dopo la chiusura di quello formalmente amministrativo (Corte EDU, 21 luglio 2020, Velkov c. Bulgaria); (v) da ultimo, ancora, nel caso *Bragi Gudmundur*, l’assenza di *connection in time* rispetto ad una durata complessiva di sei anni e quattro mesi, di cui solo per undici mesi i procedimenti si erano sovrapposti e il procedimento penale aveva preso avvio nel corso del giudizio di appello relativo al processo amministrativo (Corte EDU, 31 agosto 2021, Bragi Gudmundur c. Islanda).

¹⁹ Si veda ancora Corte EDU, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia.

²⁰ Si veda ancora Corte EDU, 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda, in cui la Corte ha anche evidenziato come non fosse chiaro se e in che misura il secondo giudice avesse tenuto conto della sanzione già irrogata; assenza di connessione sostanziale riconosciuta anche da Id., 31 agosto 2021, Bragi Gudmundur c. Islanda.

sul piano dell'accertamento probatorio (che aveva portato ad una duplicazione dei medesimi atti di indagine).

La violazione del *ne bis in idem*, in questi casi, è stata riconosciuta ancorché fossero presenti meccanismi di compensazione del carico punitivo, a conferma del fatto che la dimensione “processuale” della garanzia non può essere completamente assorbita in quella “sostanziale”, attinente esclusivamente alla complessiva proporzionalità della risposta sanzionatoria²¹.

6. *La ricezione della giurisprudenza convenzionale da parte della Corte di giustizia e l'(apparente) assimilazione del contenuto della garanzia.*

La dimensione eurounitaria del principio di *ne bis in idem* ha “provvidenzialmente” trovato nella sentenza *A e B* della Grande Camera la materia argomentativa per un ‘riallineamento’ del contenuto dell’art. 50 della Carta con la corrispondente garanzia convenzionale, risolvendo così senza traumi sistematici il conflitto di opinioni tra le Corti, che la sentenza *Grande Stevens* sembrava inevitabilmente prospettare.

La Corte di giustizia, con tre importanti sentenze del 2018, si è infatti pronunciata proprio in merito alla compatibilità con il divieto di *bis in idem* dei sistemi a doppio binario punitivo previsti nell’ordinamento italiano in materia di abusi di mercato – sentenze *Garlsson* e *Di Puma* – e di illeciti tributari – sentenza *Menci*²²: queste pronunce hanno recepito i fondamentali snodi argomentativi della Corte Europea nella sentenza *A e*

²¹ Lo evidenzia puntualmente anche A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione*, cit., a margine della sentenza *Bjarni Armannsson*: «Che la pena in concreto inflitta risulti proporzionata alla gravità dell’illecito compiuto (...) è un requisito necessario per evitare il *bis in idem*, ma non sufficiente».

²² Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-524/15, *Menci*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma* e *Zecca*; C-537/16, *Garlsson Real Estate*; per un attento commento di tali decisioni, cfr. F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 949 ss.; E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 129 ss.

B, calandoli però nello schema logico/normativo dell'art. 52, comma 1, della Carta, che definisce i presupposti di ammissibilità delle “limitazioni” al contenuto dei diritti fondamentali²³.

Nella prospettiva dei giudici lussemburghesi, la circostanza che i sistemi di doppio binario sottoposti al vaglio della Corte pongano problemi di compatibilità con il principio di *ne bis in idem* è infatti indubbio: gli “stessi fatti” (*idem*) sono infatti sottoposti a un “duplice procedimento punitivo” (*bis*), essendo pacificamente riconosciuta la natura sostanzialmente penale, sulla base degli *Engel criteria*, delle sanzioni irrogabili all'esito dei procedimenti formalmente amministrativi, sia in ambito tributario, sia in ambito finanziario. Si tratta allora di valutare se, ai sensi appunto dell'art. 52 CDFUE, tali meccanismi punitivi – per come concretamente disciplinati nell'ordinamento nazionale – prevedano limitazioni al principio di *ne bis in idem* che, da una parte, siano rispettose del “contenuto essenziale” del diritto fondamentale e, dall'altra, siano comunque “proporzionate” e “necessarie” allo scopo di perseguire “finalità di interesse generale”. È nello svolgimento di tale giudizio che la Corte di giustizia riprende, parafrasa e sviluppa – apparentemente adempiendo, in questo modo, al vincolo di omogeneità di tutela imposto dall'art. 53 della Carta – le fondamentali indicazioni contenute nella sentenza *A e B*.

(i) In primo luogo, la Corte afferma come, allo scopo di attuare obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione – come lo sono le finalità di «assicurare la integrale riscossione dell'Iva» o lo scopo di «tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari» – può effettivamente trovare giustificazione la previsione *ex lege*, negli ordinamenti nazionali, di sistemi punitivi a doppio binario, ovvero la previsione di procedimenti sanzionatori che perseguano «scopi complementari riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato» (riecheggia qui chia-

²³ Sulla sostanziale ricezione dell'*A e B test* da parte della Corte di giustizia, che tuttavia ha interpretato in modo particolarmente debole la criteriologia indiziaria della stretta connessione procedimentale, cfr. M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 2019, p. 533 ss.

ramente uno dei criteri indicati dalla Corte di Strasburgo come indizio del “doppio binario integrato”).

(ii) Quanto alla “proporzionalità” della limitazione al diritto fondamentale, la Corte si limita ad enunciare, in linea di principio, l’opzione a favore della soluzione punitiva meno severa tra quelle idonee allo scopo di tutela, ferma restando tuttavia la discrezionalità degli Stati – in base ai principi generali consolidati nella giurisprudenza eurounitaria – sulla scelta relativa alle modalità sanzionatorie attraverso le quali realizzare l’obiettivo della tutela punitiva, compresa quella del *dual proceedings*, tanto più quando le direttive europee facoltizzano espressamente l’opzione a favore del doppio binario²⁴.

(iii) Infine, quanto al vaglio sul “carattere strettamente necessario” del cumulo sanzionatorio, la Corte – raccogliendo qui gli *input* della giurisprudenza convenzionale – lo mette direttamente in relazione (a) alla chiarezza e alla precisione delle norme che disciplinano il cumulo punitivo, (b) al coordinamento tra procedimenti e alla conseguente assenza di oneri eccessivi connessi alla duplicazione e (c) alla complessiva proporzione del cumulo punitivo rispetto alla gravità del fatto.

Risulta quindi evidente la sostanziale coincidenza tra il giudizio di “stretta necessità” *ex art. 52 CDFUE* e il *test* della “stretta connessione sostanziale”, quale compiutamente definito dalla Grande Camera della Corte Europea nella sentenza *A e B* allo scopo di dare risposta alle incertezze che si presentavano negli ordinamenti nazionali (dove – come detto – la declinazione “forte” della garanzia stava mettendo ‘a repentaglio’ gli assetti punitivi che molti ordinamenti avevano adottato, appunto attraverso la previsione di meccanismi di doppio binario cumulativo).

²⁴ Cfr. Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*, par. 49: «Ciò considerato, la proporzionalità di una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, non può essere messa in dubbio per il solo fatto che lo Stato membro di cui trattasi abbia optato per la possibilità di un cumulo siffatto, a pena di privare detto Stato membro di tale libertà di scelta»; v. anche Corte giust. UE, GS, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, par. 20: «Al fine di assicurare la riscossione integrale delle entrate in parola e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell’Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione di entrambe».

Sulla base di tale premesse, la Corte lussemburghese – nella sentenza *Menci* – ha quindi sostanzialmente riconosciuto la legittimità del doppio binario previsto nel nostro ordinamento in materia tributaria, benché rinviando alla valutazione del giudice nazionale sul rispetto in concreto della garanzia (sul punto v. *infra* par. 8.2).

In relazione al doppio binario in materia finanziaria, invece, nella sentenza *Garlsson* la Corte ha sostanzialmente censurato la disciplina interna nella parte in cui si limitava (all'art. 187 *terdecies* TUF²⁵) a consentire al giudice del secondo procedimento (quello penale) di scomputare solo la sanzione amministrativa pecuniaria già pagata, invece che attribuire il più ampio potere di riconoscere finanche la completa adeguatezza/proporzionalità della prima sanzione e di procedere, conseguentemente, alla disapplicazione totale o parziale della pena irrogabile all'esito del secondo giudizio (v. anche *infra* 8.1).

La Corte di giustizia non fa invece alcun riferimento – a differenza della Corte Europea – alla necessità di una stretta connessione temporale tra procedimenti punitivi: ciò, tuttavia, non sembra costituire un reale punto di frizione tra le corti europee, posto il chiaro riconoscimento della portata dell'art. 53 CDFUE, ovvero del già più volte ricordato principio di assimilazione del contenuto della garanzia a quello convenzionale; il mancato richiamo alla *strict connection in time* appare dunque forse attribuibile alla circostanza che tale profilo non rilevasse e non fosse stato invocato nei casi *sub iudice*, ma si può ragionevolmente ritenere che anche tale criterio indiziario assuma rilevanza nella prospettiva dell'art. 50 CDFUE e possa essere tenuto in considerazione dal giudice nazionale chiamato a dare diretta applicazione al diritto fondamentale ivi sancito²⁶.

²⁵ Tale articolo, nella versione originaria, così recitava: «Quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies*, la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall'Autorità amministrativa».

²⁶ La diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE è espressamente ribadita dalla sentenza *Garlsson*: «il diritto che il menzionato articolo 50 conferisce ai soggetti dell'ordinamento non è accompagnato, secondo i termini stessi del medesimo, da alcuna condizione ed è quindi direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella principale» (par. 66).

In questo modo, sembra quindi essere stato disinnescato quello che sembrava profilarsi come un conflitto di opinioni giurisprudenziali difficilmente conciliabili sul piano teorico e che – dato il vincolo del principio di omogeneità del livello di tutela – avrebbe lasciato pochi margini di percorribilità alla posizione “più tollerante” della Corte di giustizia rispetto all’ammissibilità di tali assetti sanzionatori negli ordinamenti nazionali.

A ben vedere, tuttavia, il contenuto dell’art. 50 della Carta e i limiti da esso derivanti alla discrezionalità punitiva degli Stati dell’Unione non sembrano essere significativamente mutati rispetto al passato, nonostante il vincolo di omogeneità con la garanzia convenzionale: la prospettiva di fondo della Corte di giustizia, infatti, resta a ben vedere quella funzionalista, secondo cui il limite alla duplicazione sanzionatoria dello stesso fatto risulta comunque subordinato al raggiungimento di una tutela adeguata – sebbene formalmente declinata come “necessaria” (ai sensi dell’art. 52 CDFUE) – dell’interesse comunitario. In quest’ottica, è solo sufficiente che il giudice nazionale sia normativamente dotato del potere di disapplicare il *quantum* di sanzione punitiva che ritenga eccessivo rispetto alla adeguatezza/necessità della tutela, ma – oggi come ieri (v. *retro* par. 2) – non viene individuato alcun parametro sulla base del quale svolgere in concreto tale sindacato.

In sostanza, per come concretizzata nell’argomentazione della Corte di Lussemburgo, la garanzia del *ne bis in idem* assume una dimensione soprattutto teorica, ma ancora difficilmente azionabile – allo scopo di sindacare e censurare in concreto i meccanismi di doppio binario presenti negli ordinamenti nazionali, che facilmente possono essere ricondotti al modello punitivo “proporzionato” e “necessario” ad assicurare gli obiettivi di tutela²⁷.

²⁷ In questo senso è forse più corretto affermare non che – come apparentemente parrebbe – la Corte di giustizia abbia aderito alla prospettiva garantista (sebbene “ridimensionata”: v. *retro* par 4) della Corte Europea (in questo senso, invece, la lettura maggioritaria: cfr. per tutti, V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 19), ma che sarebbe stata la Corte Europea, con la sentenza *A e B*, ad adeguarsi alla prospettiva funzionalista della Corte di giustizia (in questo senso anche M.C. CARTA, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 9).

7. *L'impatto nell'ordinamento interno: la riconosciuta legittimità dei venti meccanismi di doppio binario punitivo.*

Anche nell'ordinamento interno, i numerosi dubbi di legittimità costituzionale dei meccanismi di doppio binario – sollevati a più riprese a seguito della sentenza *Grande Stevens* – sono stati superati in considerazione della successiva evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e, in particolare, in ragione della riconosciuta ammissibilità del modello punitivo a “doppio binario integrato”.

Le questioni di legittimità si erano appuntate soprattutto sull'art. 649 c.p.p. – cioè sulla disposizione legislativa che sancisce il *ne bis in idem* processuale nel diritto penale (ovvero il divieto di essere nuovamente giudicato per lo stesso fatto su cui sia già intervenuta sentenza definitiva) –, censurato nella parte in cui non è applicabile a tutta la “materia penale” (ovvero, appunto, anche alle situazioni che determinano il cumulo tra sanzioni punitive amministrative e sanzioni penali in senso stretto).

Dopo una prima coppia di pronunce in cui le questioni di legittimità (che nel merito sembravano destinate all'accoglimento) erano state rigettate in punto di ammissibilità – ovvero per ragioni di tipo processuale²⁸ –, finalmente, nel 2018, la Corte costituzionale (ancora una volta chiamata a valutare la legittimità del doppio binario in materia tributaria) ha potuto registrare il mutamento di contenuto del parametro interposto di legittimità costituzionale, cioè il fondamentale spostamento del baricentro della garanzia europea del *ne bis in idem* dal versante processuale (il divieto di un doppio procedimento punitivo per lo stesso fatto) al versante sostanziale (il divieto di una duplicazione sanzionatoria), nonché, soprattutto, la flessibilizzazione del giudizio, derivante dal rilievo assunto da tutti quei profili che – come illustrato – legittimano i meccanismi di doppio binario (o, nella prospettiva della Corte di giusti-

²⁸ Si vedano Corte cost. n. 102 del 2016 e n. 112 del 2016; su tali pronunce cfr. M. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 389; A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici (Corte cost., 12 maggio 2016 n. 102)*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, p. 1498; P. SALVEMINI, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

zia, definiscono limiti ammissibili al contenuto della garanzia fondamentale)²⁹.

Ciò determinava – nella prospettiva della Corte costituzionale – la mutazione del parametro interposto di legittimità e, conseguentemente, imponeva una valutazione del tutto diversa del doppio binario tributario rispetto a quella prospettata dal giudice remittente (che aveva sollevato la questione prima dell'intervento della Grande Camera del 2016): «è chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza *A e B contro Norvegia* ha impresso in ambito convenzionale al divieto di *bis in idem*, rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione. In sintesi può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata. In precedenza, come si è visto, l'autonomia dell'uno rispetto all'altro escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di *bis in idem*. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di *bis in idem*, come testimonia la stessa sentenza *A e B contro Norvegia*, che proprio a tali procedimenti si riferisce».

La questione è comunque tornata all'attenzione della Corte costituzionale anche alla luce del nuovo assetto della giurisprudenza europea, che sembrava aver risolto definitivamente i dubbi sulla legittimità del *dual proceeds*: proprio il giudice *a quo* del caso *Menci*, su cui era intervenuta in via pregiudiziale la Corte di giustizia, ha infatti pervicacemente

²⁹ Corte cost. n. 43 del 2018, con nota di A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 530 e A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018.

eccepito la violazione del divieto di *bis in idem* sulla base di una più stringente lettura dei criteri indiziari indicati dalla sentenza *A e B*: a fronte di tali rilievi, è stato sufficiente, per la Consulta, richiamare e ribadire le inequivocabili statuizioni della Corte di Lussemburgo, che – come illustrato – era entrata piuttosto “nel merito” della valutazione dell’assetto punitivo interno, riconoscendone la compatibilità con la garanzia dell’art. 50 CDFUE³⁰; la Corte costituzionale riprende e ribadisce tali conclusioni, valorizzando una serie ulteriore di profili normativi comprovanti la inter-connessione sostanziale tra il giudizio penale e quello amministrativo, dunque il loro carattere “integrato”.

Anche i giudici ordinari non hanno avuto dubbi a interpretare immediatamente la sentenza *A e B* come un *revirement* della Corte Europea (rispetto alla versione forte della garanzia) e dunque un fondamentale avallo di tutti i meccanismi di doppio binario vigenti nel nostro ordinamento che presentassero qualche profilo di reciproca connessione/integrazione in grado di soddisfare i criteri dell’*A e B test*: non solo quello tributario – per molti versi effettivamente analogo a quello norvegese “legittimato” dai giudici sovranazionali – ma anche quello in materia di abusi di mercato, che in passato (con la sentenza *Grande Stevens*) era stato bensì direttamente censurato nei termini che avevano fatto giustamente presagire una svolta epocale³¹.

Ma ciò che più è interessante rilevare, in questa sede, è l’argomentazione attraverso la quale – anche prima dell’intervento della Corte di giustizia nel caso *Menci* – la nostra Corte di cassazione ha dipanato quei dubbi di legittimità³²: facendo applicazione dell’*A e B test*, infatti, la sus-

³⁰ Corte cost. n. 222 del 2019, con nota di M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 533 ss.; nello stesso senso, da ultimo, Corte cost. n. 114 del 2020 e n. 136 del 2021.

³¹ Trib. Milano, Sez. I, ord. 6 dicembre 2016, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, con nota adesiva di E. FUSCO, *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*; C. App. Bologna, Sez. III civ., 3 marzo 2017, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 5, con nota di M.F. CUCCHIARA, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio*.

³² Cfr. Cass., Sez. III, 14 febbraio 2018, n. 6993, in *Dir. pen. cont.* 16 marzo 2018, dove la Corte, infatti, ha solo verificato in concreto la sussistenza della “connessione

sistenza della “stretta connessione sostanziale” tra i due procedimenti punitivi è stata riconosciuta in modo pressoché automatico, senza neppure richiamare le ragioni e le modalità attraverso le quali il congegno normativo del doppio binario tributario risulterebbe essere conforme alla garanzia europea; la Suprema Corte si è limitata a riassumere il contenuto della sentenza *A e B* per poi desumere, sulla base di una consequenzialità logica neppure meritevole di essere esplicitata, la conformità del meccanismo punitivo degli illeciti tributari previsto agli artt. 19 ss. del d.lgs. n. 74/2000.

Ma anche quando si è soffermata sulla verifica di tale presupposto, la giurisprudenza lo ha fatto con formule di mero stile, espresse frettolosamente in pochissime battute, che si limitano genericamente a ribadire la sussistenza, sul piano normativo e astratto, della “connessione sostanziale-cronologica” tra i due procedimenti, tale da evitare “per quanto possibile la duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove” e da consentire “una risposta sanzionatoria complessivamente proporzionata e prevedibile, in modo che la sanzione irrogata per la seconda tenga conto di quella irrogata per la prima”³³.

temporale”, rilevando la sostanziale contestualità dei due procedimenti paralleli; cfr., *ivi*, la nota di A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*; cfr. anche Cfr. M.C. CARTA, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 10, che evidenzia come la Corte di giustizia abbia svolto un giudizio molto penetrante e vincolante sulla legittimità dei doppi binari e sulla eventuale disapplicazione di sanzioni punitive, lasciando ai giudici «un limitatissimo margine di discrezionalità»; ciò, d'altra parte, risponderebbe ad esigenze di certezza, a fronte delle divergenze applicative riscontrate nell'applicazione dei principi da parte di giudici nazionali; v. anche, nel senso dei limitati margini di autonomia valutazione sulla legittimità del doppio binario tributario, Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27564, *Garlsson Real Estate*: «pur formalmente lasciando al giudice nazionale uno spazio di valutazione rispetto alla compatibilità del sistema del “doppio binario” (ravvisabile a fronte delle peculiarità del caso concreto) rispetto ai principi unionali (così come precisati alla luce dell'evoluzione tracciata anche dalla Corte EDU) [la Corte di giustizia] conclude tracciando dei criteri interpretativi che sembrerebbero ridurre al minimo la discrezionalità del giudice di merito».

³³ Cfr. Cass., 6 luglio 2018, n. 52142, *Lumini*; Id., 7 febbraio 2019, n. 22033, *Palma* (particolarmente discutibile nella motivazione svolta al par. 6); Cass. civ., 16 dicembre 2019, n. 33050, *Griggio*, che, una volta affermata la stretta connessione tra i procedimenti punitivi, ritiene comunque legittimo il cumulo punitivo nel caso *sub iudice*,

8. *Legittimità in astratto e potenziale illegittimità in concreto: la valutazione casistica del giudice ordinario sul rispetto della garanzia.*

Si può pertanto concludere riconoscendo che, in via teorica, i modelli punitivi a doppio binario cumulativo sono compatibili con la garanzia europea del *ne bis in idem* quando i procedimenti punitivi dello stesso fatto presentino qualche profilo di coordinamento che possa essere valorizzato per affermare la connessione reciproca, soprattutto nella fase di commisurazione della sanzione punitiva (attraverso adeguati meccanismi di compensazione funzionali ad assicurare una risposta punitiva proporzionata alla unicità del fatto).

Ora, quando il legislatore ha *intenzionalmente* previsto e regolamentato sistemi a doppio binario, ovvero incentrati su una duplicità di procedimenti punitivi di un *idem factum* (come nel caso, appunto, dei doppi binari in materia tributaria e finanziaria) ha contestualmente disciplinato ‘una qualche forma’ di collegamento tra autorità procedenti nella fase di accertamento del fatto, preoccupandosi altresì di predisporre meccanismi che impedissero o almeno temperassero il cumulo punitivo secco tra le sanzioni irrogate all’esito dei due procedimenti (a tale ultima finalità rispondono, da una parte, il principio di specialità di cui all’art. 19 d.lgs. n. 74/2000 e, dall’altra, la regola dello scomputo sanzionatorio di cui all’art. 187 *terdecies* del TUF).

La previsione formale di questi dispositivi normativi di coordinamento e di temperamento sanzionatorio risulta sufficiente ad assicurare, quantomeno sul piano generale e astratto, la compatibilità strutturale dell’impianto legislativo con il divieto di *bis in idem*. Il motivo è presto detto: il *test* di “stretta connessione” indicato dalla sentenza *A e B*, infatti, è fino a oggi ancorato a parametri di giudizio molto deboli – almeno per come interpretati (ed applicati) sia dalla Corte di giustizia, sia dalle corti nazionali – quindi facilmente riscontrabili in qualsiasi sistema punitivo a doppio binario che solo sia dotato di meccanismi, comunque congegnati, di integrazione processuale e sostanziale.

omettendo così di verificare l’esistenza di una relazione di specialità rilevante ai sensi dell’art. 19 d.lgs. n. 74/2000 (che, nella prospettiva del ricorrente, avrebbe reso inesigibile la sanzione amministrativa irrogata successivamente a quella penale).

È proprio nella flessibilità dei parametri di giudizio del carattere integrato del doppio binario che si stempera la garanzia del *ne bis in idem* e trova ampia legittimazione la discrezionalità dei legislatori nazionali nel predisporre gli assetti punitivi³⁴.

Ciò nondimeno, resta pur sempre affidato al controllo giurisdizionale ordinario il vaglio sul rispetto, in concreto, dei vincoli imposti dalla garanzia europea: in altre parole, se anche – di regola – non sono riscontrabili “violazioni strutturali” nell’assetto legislativo che disciplina il doppio binario punitivo, è tuttavia possibile che la singola vicenda punitiva risulti in concreto lesiva del diritto fondamentale al *ne bis in idem*, che sia cioè riscontrabile una “violazione contingente” del principio fondamentale a non essere giudicato e punito due volte per lo stesso fatto³⁵.

È quanto d’altra parte espressamente riconosceva la stessa Corte costituzionale già nella sentenza n. 43 del 2018, rinviando al “giudizio casistico” dell’autorità procedente in relazione ad alcuni aspetti «che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedurali si sono atteggiare nel caso concreto»³⁶; concetto poi ulte-

³⁴ Sul sensibile indebolimento della garanzia in ragione della debolezza del vincolo europeo risultante dalla sentenza *A e B*, cfr. *ex multis* E. BASILE, *Il “doppio binario” sanzionatorio*, cit.; F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem*, cit.; F. MAZZACUVA, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale*, in *Giur. comm.*, p. 940 ss.; M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., p. 533 ss.; C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen web*, 1/2019.

³⁵ In generale sulla distinzione tra violazioni strutturali e violazioni contingenti e sull’impatto della Cedu soprattutto nella prospettiva di evidenziare le violazioni contingenti di diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale, cfr. M. SCOLETTA, *L’impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell’ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, in Grasso-Maugeri-Sicurella (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale*, Pisa, 2020, p. 203 ss.

³⁶ Cfr. Corte cost. n. 43 del 2018: «Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l’applicazione del divieto di bis in idem, come testimonia la stessa sentenza *A e B* contro Norvegia, che proprio a tali procedimenti si riferisce. Naturalmente la decisione non può che passare da un giudizio casistico, affidato all’autorità che procede. Infatti, sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei

riormente ribadito dalla Consulta – richiamando puntualmente il *dictum* della Corte di giustizia nella sentenza *Menci* – nella pronuncia n. 222 del 2019, in cui si precisa come al giudice comune spetti il compito di verificare che, nel caso concreto, «l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso»³⁷.

In sostanza, anche nei casi in cui gli assetti legislativi vigenti siano in grado di garantire in astratto il rispetto del *ne bis in idem* europeo, compito del giudice comune sarà comunque quello di assicurare un'applicazione effettivamente conforme al contenuto essenziale del principio, garantendo in questo modo che le “legittime limitazioni” al suo esercizio siano contenute entro i vincoli definiti dalle corti europee.

In questa prospettiva, se la “complementarità dello scopo” e il “coordinamento procedimentale” appaiono (benché si tratti di conclusioni opinabili³⁸) come requisiti in linea di massima strutturali – derivando dalla configurazione legislativa del sistema normativo – e dunque risultano tendenzialmente³⁹ insindacabili in concreto, al contrario il profilo della

procedimenti è in grado per alcuni aspetti di integrare una “*close connection*”, vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedurali si sono atteggiare nel caso concreto».

³⁷ Cfr. Corte cost. n. 22 del 2019: «In tal modo, la Corte di giustizia da un lato suggerisce al giudice del procedimento principale che il complessivo regime sanzionatorio e procedimentale previsto dal legislatore italiano in materia di omesso versamento di IVA non si pone in contrasto, in linea generale, con il *ne bis in idem* riconosciuto dalla Carta, pur facendo salva la diversa conclusione cui il giudice del rinvio dovesse pervenire in applicazione dei criteri enunciati in via generale dalla Corte; e, dall'altro, affida allo stesso giudice nazionale il compito di verificare che, nel caso concreto, l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso».

³⁸ Si rinvia ancora ai rilievi svolti in M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto*, cit.

³⁹ Diciamo “tendenzialmente” perché è possibile, ad esempio, che meccanismi di coordinamento processuale nella raccolta delle prove, benché previsti e disciplinati in astratto sul piano legislativo, non siano poi concretamente attuati.

“proporzionalità sanzionatoria” – che, come si ricorderà, costituisce il presupposto principale della connessione sostanziale – e quello della “connessione temporale” integrano aspetti che si prestano ad una valutazione – appunto – contingente, strettamente dipendente dal caso concreto sottoposto al vaglio del giudice ordinario.

8.1. Il problema si è posto soprattutto in materia dai abusi di mercato, dove il meccanismo dello scomputo punitivo previsto dall’art. 187 *terdecies*, nella sua versione originaria, era stato giudicato dalla Corte di giustizia insufficiente a garantire il rispetto dell’art. 50 CDFUE, in quanto investiva esclusivamente la compensazione tra sanzioni pecuniarie⁴⁰: in altre parole, l’irrogazione della prima sanzione punitiva (di solito quella pecuniaria amministrativa) non poteva aver alcuna incidenza sulla determinazione della entità della pena detentiva, né su quella delle pene accessorie previste dalle fattispecie incriminatrici dello stesso fatto.

Di conseguenza, recependo le indicazioni della Corte lussemburghese, la Corte di cassazione ha immediatamente riconosciuto il potere/dovere del giudice nazionale di valutare la proporzionalità delle pene risultanti in concreto dal cumulo sanzionatorio, procedendo eventualmente alla disapplicazione, parziale o anche totale, di quelle irrogabili all’esito del secondo procedimento (di solito quello penale ‘in senso stretto’); in altre parole, spetterebbe al giudice comune il compito specifico di valutare l’adeguatezza della sanzione irrogata all’esito del primo giudizio e di tenerne conto anche nell’ottica o di non applicare del tutto o di applicare anche al di sotto dei minimi edittali le pene previste dalla legge del secondo giudizio⁴¹.

⁴⁰ Cfr. *retro* par. 6.

⁴¹ Cfr. Cass., 21 settembre 2018, n. 49869, Chiarion Casoni; Id., 10 ottobre 2018, n. 45829, Franconi; Id., 5 febbraio 2019, n. 5679, Erbetta; Id., 27 settembre 2019, n. 39999, Respigo; Id., 9 gennaio 2020, n. 397, Rosso; Cass., 15 aprile 2021, n. 31507, Cremonini; Cass., 1 febbraio 2022, n. 3555, Coen; v. anche, nella giurisprudenza civile, Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27564, Garlsson Real Estate; su tale orientamento giurisprudenziale cfr. E. FUSCO, G. BAGGIO, *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2019, 1, p. 68; F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018; M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in*

Tale potere, originariamente riconosciuto in via pretoria facendo applicazione diretta del principio eurounitario, ha poi trovato espressa copertura legislativa, attraverso la modifica dell'art. 187 *terdecies*, che oggi prevede espressamente e in generale il dovere in capo al giudice del secondo giudizio di “tenere conto” delle sanzioni già in precedenza irrogate⁴²: tale previsione è appunto interpretata come attributiva del potere di disapplicare, in tutto o in parte, le sanzioni previste dalla fattispecie punitiva oggetto del secondo procedimento e giudicate eccessive, ovvero sproporzionate rispetto al disvalore unitario del fatto (per ‘retribuire’ il quale la sanzione irrogata nel primo procedimento potrebbe essere giudicata adeguata e sufficiente).

Nella prassi applicativa, tuttavia, l'impatto reale di tale meccanismo teorico di mitigazione della risposta punitiva è stato fino ad oggi molto limitato, se non meramente simbolico: per la giurisprudenza, infatti, è per lo più sufficiente rilevare che le sanzioni punitive – soprattutto quelle penali – sono state commisurate su livelli vicini ai minimi edittali, per ri-

idem, cit.; L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3; V. FELISATTI, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 3, p. 119; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, *Cass. pen.*, 2019, p. 662; più in generale sui rapporti tra *ne bis in idem* e proporzionalità punitiva, cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047.

⁴² In particolare, a seguito della riformulazione ad opera del d.lgs. 107/2018, tale disposizione prevede che: «Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria»; su tale nuova formulazione cfr. E. BASILE, *Mini-riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenei dei fini nel d.lgs. 107/2018*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 329; F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018.

conoscere la proporzione sanzionatoria del cumulo punitivo e dunque il rispetto del *ne bis in idem*⁴³.

In definitiva, si può concludere sul punto affermando che, in relazione al sistema di doppio binario previsto per gli abusi di mercato, la garanzia si risolve in un generico invito a mitigare le pene (non solo quella pecuniaria) previste dalla fattispecie incriminatrice, allo scopo di garantire la proporzionalità delle risposta punitiva complessiva: si tratta tuttavia di ben poca cosa, se si considera che già in passato la commisurazione della pena detentiva si assestava sostanzialmente sui minimi edittali, anche in ragione del limite massimo draconiano (12 anni!) previsto dalle legge per i fatti di manipolazione del mercato e di abuso di informazioni privilegiate⁴⁴.

8.2. Nel settore tributario, al contrario, il vincolo di proporzionalità punitiva del doppio binario trova generale soddisfacimento nella previsione del meccanismo di ineseguibilità delle sanzioni amministrative in caso di fattispecie in rapporto di specialità, ai sensi degli art. 19 ss. d.lgs. n. 74/2000⁴⁵. Tuttavia, proprio i limiti di operatività di tale meccanismo restituiscono anche i profili di perdurante illegittimità del sistema.

Come noto, infatti, la giurisprudenza interpreta il principio di specialità in modo piuttosto rigido, riconoscendone l'applicazione solo nella misura in cui il rapporto tra i due illeciti (penale e amministrativo) sia strettamente inquadrabile nello schema logico dell'identità o della specialità strutturale. Conseguentemente, ad esempio, si nega che in caso di omessi versamenti IVA la relazione tra le due fattispecie punitive di tali

⁴³ In senso critico sia in relazione alla eccessiva discrezionalità astrattamente attribuita ai giudici nello svolgimento del giudizio di proporzione punitiva, sia in relazione al valore meramente simbolico di tale garanzia, cfr. M. SCOLETTA, *Il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, cit.

⁴⁴ Conclusione che trova puntuale riscontro nella giurisprudenza che ha fatto applicazione di tali principi: cfr. *retro* nt. 43.

⁴⁵ Per un quadro critico, cfr. F. GALLO, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul “ruolo” delle alte corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 915 ss.; E. MARELLO, *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 12, p. 269 ss.

condotte sia riconducibile alla previsione dell'art. 19, perché non di specialità strutturale si tratterebbe, bensì di “progressione illecita”, in considerazione dell'assenza di una coincidenza temporale nella realizzazione dei fatti illeciti⁴⁶. Ciò comporta l'inapplicabilità del peculiare meccanismo di ineseguibilità delle sanzioni amministrative pecuniarie (previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 74/2000) e dunque il cumulo materiale delle sanzioni punitive.

La conformità di tale conclusione con il contenuto garantistico del *ne bis in idem* pare tuttavia discutibile, se si mette conto che – come ricordato⁴⁷ – la giurisprudenza europea definisce il requisito della “identità del fatto” facendo leva sul “nucleo materiale” del comportamento oggetto di contestazione, distinto dall'*idem* legale quale definito da opzioni normative di qualificazione giuridica del fatto storico.

In questa prospettiva, il giudice nazionale sarà allora tenuto a svolgere una “interpretazione conforme” dell'art. 19 d.lgs. n. 74/2000 all'art. 50 CDFUE, attribuendo al principio di specialità un significato ampio, idoneo cioè a ricomprendere nella sua sfera applicativa anche le ipotesi di concorso di norme punitive le quali – indipendentemente dal rapporto logico-formale tra disposizioni normative convergenti sullo stesso illecito – ripetano lo stesso giudizio di disvalore⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 settembre 2013, n. 37425, Favellato; Cass., Sez. Un., 12 settembre 2013, n. 37424, Romano; Cass., 8 aprile 2014, n. 20266, Zanchi; e ancora Cass., 21 aprile 2016, n. 25815; su questi profili cfr., fra gli altri, M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015, p. 3 s.; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 11; A.F. TRIPODI, *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 111.

⁴⁷ V. *retro*, par. 1 e nt. 7.

⁴⁸ Si veda in senso analogo e incisivamente C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem*, cit., p. 19. Da ultimo, anche la Corte di cassazione ha rilevato la inadeguatezza derivante dalla limitazione del meccanismo di ineseguibilità di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74/2000 al solo rapporto strutturale di specialità tra fatti illeciti: per assicurare il rispetto del principio di *ne bis in idem*, tuttavia, non ha proceduto ad una interpretazione estensiva dell'art. 19 (che avrebbe comportato la ineseguibilità della sanzione amministrativa tributaria anche oltre la stretta specialità strutturale), ma ha ritenuto che si debba “tenere conto” della sanzione amministrativa precedentemente irrogata nel giudizio di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p., eventualmente riconoscendo le circostanze atte-

Ad una analoga “interpretazione conforme” della disciplina del doppio binario al principio convenzionale il giudice dovrebbe essere vincolato, inoltre, tutte le volte in cui, per qualsiasi ragione, un soggetto abbia dato esecuzione alla sanzione punitiva irrogata all’esito del primo procedimento, sebbene nel contesto di vicende riconducibili al principio di specialità⁴⁹: in questi casi, all’esito del secondo procedimento punitivo, il giudice dovrà determinare la risposta punitiva avendo cura di “compensare” la sanzione già eseguita, eventualmente anche disapplicando (*in toto* o parzialmente) la sanzione comminata dalla legge per il secondo illecito⁵⁰.

8.3. Più in generale, occorrerebbe riflettere sulla estensione di tale conclusione a tutte quelle ipotesi in cui sanzioni penali e sanzioni amministrative si sommano sullo stesso fatto materiale, in quanto tipizzato attraverso fattispecie legali che non si pongono, sul piano strutturale, in rapporto di identità o di specialità: in questi casi, infatti, non può trovare applicazione la regola generale dell’art. 9 d.lgs. n. 689/1981, ovvero la norma che riconosce il “concorso apparente” tra illecito penale e illecito amministrativo, rendendo applicabile esclusivamente la fattispecie strutturalmente speciale⁵¹; il risultato è allora quello di un cumulo punitivo

nuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*; C. App. Reggio Calabria, 3 dicembre 2019, n. 1149, inedita, che, in relazione ad un caso non strettamente inquadrabile nel rapporto di specialità, ha comunque ritenuto di dovere procedere ad un complessivo giudizio di proporzionalità sanzionatoria ed ha conseguentemente rideterminato *in mitius* la sanzione penale irrogata dal giudice di primo grado, “tenendo conto” della sanzione pecuniaria amministrativa già eseguita. Tale soluzione interpretativa, tuttavia, desta qualche perplessità, non fosse altro per la irragionevole diversità di trattamento rispetto a quanto previsto, per casi analoghi, dall’art. 21 d.lgs. n. 74/2000.

⁴⁹ Situazione che può presentarsi qualora il processo penale si concluda – tipicamente con un “patteggiamento” (cfr. Cass. civ., 16 dicembre 2019, n. 33050, Griggio, cit.) – prima di quello amministrativo; oppure qualora la sanzione tributaria sia stata già pagata – ad esempio per beneficiare di effetti premiali – nonostante la previsione dell’art. 21 d.lgs. n. 74/2000.

⁵⁰ Utilizzando anche in questo caso quel potere che è stato espressamente riconosciuto dalla nostra Corte di cassazione in materia di abusi di mercato: cfr. *retro* nt. 44.

⁵¹ Su tale previsione cfr. G. PICA, *I rapporti tra illecito speciale ed amministrativo, alla luce dell’art. 9 l. 24 novembre 1981 n. 698: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in

sullo stesso fatto (un *idem factum* ai sensi della giurisprudenza convenzionale), che – sebbene non intenzionalmente congegnato dal legislatore come doppio binario punitivo – ripete nondimeno gli stessi problemi di compatibilità con il principio di *ne bis in idem*, che sarebbero risolvibili – a monte – attraverso una “interpretazione conforme” dell’art. 9 d.lgs. n. 689/1981, che estenda il raggio applicativo della norma anche oltre il muro della specialità⁵².

9. La valutazione della “connessione temporale” tra procedimenti cumulativi.

Una ulteriore situazione di violazione “contingente” della garanzia del *ne bis in idem* potrebbe verificarsi in caso di assenza di una stretta connessione di tipo temporale tra i due procedimenti punitivi; profilo particolarmente valorizzato dalla giurisprudenza convenzionale successiva alla sentenza *A e B* per censurare sistemi punitivi di doppio binario tributario nei paesi scandinavi (vedi *retro* par. 5).

Giust. pen., 1985, II, c. 367; C. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte Costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 772; M. DALLACASA, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell’illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 30.

⁵² Occorre tuttavia precisare come neanche il criterio dell’*idem factum* “naturalistico”, se inteso rigidamente in senso materiale, sia in grado di offrire una soluzione appagante al problema, soprattutto se si guarda al versante “sostanziale” della garanzia del *ne bis in idem*: in alcuni casi, infatti, sarebbe troppo restrittivo – non offrendo tutela rispetto ai casi di progressione criminosa come quello degli omessi versamenti; in altri casi, sarebbe invece fin troppo ampio, perché – a rigore – non renderebbe mai cumulabili sanzioni per fatti che integrano ipotesi di “concorso formale” di illeciti, che invece sono ragionevolmente consentite anche tra illeciti entrambi penali (e *a fortiori* dovrebbero esserlo tra illecito penale e amministrativo). La garanzia convenzionale ci pare infatti tradizionalmente costruita nella prospettiva della dimensione processuale del principio, rispetto al quale risulta coerente valorizzare la dimensione squisitamente naturalistica del “fatto”. Sui limiti funzionali dell’art. 9 d.lgs. n. 689/1981, cfr. approfonditamente C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018, *passim*, la quale prospetta un condivisibile ricorso a criteri di tipo sostanziale (sussidiarietà e consunzione) per risolvere i problemi di concorso di fattispecie punitive sullo stesso fatto.

È un aspetto di criticità che, nel nostro ordinamento, si potrebbe riscontrare piuttosto di frequente nella prassi giudiziaria, intrecciandosi inevitabilmente con quella relativo alla irragionevole durata dei procedimenti giudiziari⁵³, in quanto proprio l'eccessivo protrarsi del secondo processo – in seguito alla definitiva chiusura del primo – potrebbe integrare gli estremi del “pregiudizio sproporzionato” (*A e B*, par. 135) che renderebbe illegittimo il ricorso al meccanismo del doppio binario sanzionatorio.

Se così fosse, il giudice nazionale che, nell'ambito del diritto eurounitario (abusi di mercato e illeciti tributari che possono avere un impatto sull'IVA), accertasse — sulla base dei “parametri cronologici” desumibili dalla giurisprudenza convenzionale — il difetto di stretta connessione temporale tra i due procedimenti punitivi, dovrebbe dichiarare il “non doversi procedere” per il secondo procedimento in corso, a ciò ostando la garanzia del *ne bis in idem*, direttamente applicabile, consacrata dall'art. 50 CDFUE⁵⁴.

Qualora, invece, la violazione contingente del *ne bis in idem* procedimentale non si realizzasse nell'ambito di una materia attuativa del diritto dell'Unione — ad esempio, per restare all'ambito tributario, in caso di omesso versamento delle ritenute (art. 10 *bis* d.lgs. n. 74/2000) — il giudice, non potendo dare diretta applicazione al diritto convenzionale (disapplicando la legge interna con esso contrastante) dovrebbe essere costretto a celebrare il secondo processo (anche a costo di esporre la propria decisione alla censura della Corte di Strasburgo), esponendo poi lo Stato alla condanna della Corte Europea per violazione della Convenzione. In questo caso, l'unica possibile ‘via d'uscita’ giurisdizionale potrebbe essere

⁵³ Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo*, cit., che evidenzia il rischio di trasformare «la garanzia del *ne bis in idem* in un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che ‘sopravvive’ alla definizione del primo».

⁵⁴ Vero che la Corte di giustizia, nella sentenze del 2018, ha omesso qualsiasi riferimento al requisito della connessione temporale come presupposto delle legittime limitazioni al principio di *ne bis in idem*, ma — come già illustrato *supra* par. 4 — ciò non dovrebbe costituire un ostacolo per il giudice interno che voglia dare “diretta applicazione” alla garanzia della Carta, se si mette conto del fatto che ai sensi dell'art. 52 comma 3, “il significato e la portata” dei diritti della Carta sono uguali a quelli corrispondenti della Convenzione europea.

quella di eccepire, ancora una volta, la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui, nelle ipotesi di doppio binario punitivo, non consente al giudice del secondo giudizio di dichiarare di non doversi procedere nel caso in cui sia riscontrabile una violazione in concreto della garanzia del *ne bis in idem* sancita dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

La giurisprudenza europea relativamente alla *strict connection in time*, tuttavia, allo stato offre parametri di giudizio troppo incerti e contrastanti (v. *retro* par. 5), che hanno consentito ai giudici interni di “resistere” piuttosto agevolmente alle censure di violazione della garanzia che sono state sollevate anche nell'ottica di tale specifico profilo⁵⁵.

10. *L'illegittimità (strutturale) dei vigenti sistemi a doppio binario punitivi delle persone giuridiche.*

Il vincolo di conformità al *ne bis in idem* europeo – anche nella sua “versione debole”, ovvero ridimensionata a seguito della sentenza *A e B* (o, meglio, a seguito della interpretazione che di tale sentenza è stata attribuita dalla giurisprudenza ormai consolidatasi nel nostro ordinamento) – potrebbe invece porre un problema “strutturale”, nel nostro ordinamento, in relazione alla responsabilità punitiva delle persone giuridiche: in particolare nelle ipotesi in cui lo “stesso fatto” risulti ascritto all'ente

⁵⁵ Cfr. da ultimo Cass., 4 febbraio 2021, n. 4439, in *Giur. pen.*, 7 febbraio 2021, secondo cui «In ogni caso, il requisito della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta va valutato con riferimento all'avvio dei procedimenti, i quali, essendo governati da regole e principi affatto diversi, hanno necessariamente tempi di definizione non coincidenti, anche in regione delle differenti modalità di formazione ed acquisizione della prova e dei mezzi di impugnazione previsti nei rispettivi ordinamenti»; nello stesso senso Cass., 15 aprile 2021, n. 31507, Cremonini, in *Sist. pen.*, 13 ottobre 2021, la quale pure – sulla base di una ricognizione della giurisprudenza europea – attribuisce rilievo primario al “momento di avvio” dei due procedimenti e al loro svolgersi in parallelo, ancorché poi il giudizio penale sia continuato per ulteriori otto anni; v. anche Cass., 27 agosto 2020, n. 24589, Rosi, secondo la quale il lungo protrarsi del processo penale, ancora nove anni dopo la chiusura di quello amministrativo, era stata dovuto alla circostanza che il contenzioso amministrativo era stato definito immediatamente in sede negoziale e che poi nessuna colpevole inerzia poteva essere ascritta alle autorità giudiziarie nel processo penale.

collettivo sia come “reato”, ai sensi in particolare del d.lgs. n. 231/2001, sia come “illecito autenticamente amministrativo”.

È quanto si verifica, ancora una volta, sia in relazione agli abusi di mercato – dove gli stessi fatti sono ascritti alle persone giuridiche ai sensi dell’art. 25 *sexies* d.lgs. n. 231/2001 e altresì ai sensi dell’art. 187 *quinquies* TUF –, sia in relazione ai reati tributari – in cui gli enti sono destinatari sia delle sanzioni amministrative tributarie, ai sensi dell’art. 7 d.lgs. n. 269/2003, sia delle sanzioni amministrative penali, ai sensi dell’art. 25 *quinquiesdecies* d.lgs. n. 231/2001⁵⁶.

Ebbene, in entrambi i casi non sono applicabili quelle disposizioni legislative che disciplinano il doppio binario punitivo delle persone fisiche prevedendo i meccanismi di compensazione che garantiscono la proporzionalità sanzionatoria e rendono legittimo il cumulo procedimentale (v. *retro* par. 7): di conseguenza, nella materia finanziaria le sanzioni (pecuniarie e interdittive) irrogate all’esito del processo *de societate* ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 si vanno a sommare a quelle (pecuniarie) precedentemente inflitte ai sensi dell’art. 187 *quinquies*, senza alcuna compensazione ai sensi dell’art. 187 *terdecies*; parimenti, nel settore tributario, la sanzione (pecuniaria) amministrativa risulta immediatamente eseguibile nei confronti dell’ente (contribuente) dotato di personalità giuridica, che poi sarà eventualmente ed ulteriormente colpito (anche in questo caso ‘senza sconti’) dalle ulteriori sanzioni (pecuniarie) irrogate, per lo stesso fatto illecito, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

In questi casi, la sussistenza dei presupposti applicativi della garanzia del *ne bis in idem* appare invero difficilmente discutibile: oltre alla medesimezza del soggetto (giuridico) destinatario delle sanzioni, si deve senz’altro riconoscere la duplicazione punitiva, ovvero il carattere sostanzialmente punitivo – alla luce degli *Engel criteria* – di tutte le su menzionate misure sanzionatorie irrogabili all’ente⁵⁷.

⁵⁶ Su questa tematica, di recente, A.F. TRIPODI, *L’ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 2020, 28 dicembre 2020; M. RICCARDI, *Doppio binario sanzionatorio e responsabilità «derivata» degli enti in materia di market abuse: il ne bis in idem in societatem*, in *Resp. amm. società enti*, 2020, 2, p. 205 ss.

⁵⁷ Nessun dubbio può sollevarsi in merito alla natura punitiva delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall’art. 187 *quinquies* TUF; riguardo alla materia tributa-

Ma lo stesso vale anche in merito al requisito dell'*idem factum*: nessun dubbio in relazione alla materia degli abusi di mercato, tanto più che anche l'illecito propriamente amministrativo (ex art. 187 *quinquies*) è ascrivibile – a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107 – sulla base di una “colpa di organizzazione” analoga a quella prevista dal d.lgs. n. 231/2001 per l'illecito ex art. 25 *sexies*⁵⁸.

Alla stessa conclusione, a ben vedere, è possibile giungere anche in relazione alla materia tributaria (nelle ipotesi in cui, ovviamente, il fatto costitutivo del reato tributario ‘corrisponda’ a quello dell'illecito amministrativo): benché solo il modello ascrittivo della responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 si incardini sulla colpa organizzativa – mentre invece la sanzione tributaria ex art. 7 d.lgs. n. 269/2003 è ascritta alla persona giuridica su base sostanzialmente oggettiva –, non è tuttavia questo il “fatto” da cui “dipende” la responsabilità⁵⁹, che invece risulta interamente calibrata sul disvalore oggettivo e soggettivo del reato-presupposto⁶⁰.

Più nel dettaglio: il “fatto di disorganizzazione” descrive i presupposti della “colpevolezza” della *societas*, cioè le condizioni che rendono il reato rimproverabile anche all'ente collettivo: indipendentemente dallo schema dogmatico nel quale si inquadri la struttura dello specifico “illecito

ria, mentre l'art. 11 d.lgs. n. 472/1997 prevede il diritto di regresso in capo al soggetto (persona fisica o ente privo di personalità giuridica) tenuto al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata – da ciò potendosi argomentare la natura effettivamente civilistica della responsabilità solidale per il pagamento della sanzione tributaria –, l'art. 7 d.lgs. n. 269/2003 pone invece la “sanzione amministrativa” tributaria “esclusivamente a carico delle persone giuridiche”, da ciò potendosi desumere – viceversa – il carattere eminentemente punitivo della responsabilità dell'ente.

⁵⁸ Nello stesso senso, A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit.

⁵⁹ In senso dubitativo, invece, F. PIERGALLINI, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 217 ss.; anche A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit.; D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel ma non di sistema*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 275 ss.

⁶⁰ Per un approfondimento di questo profilo, cfr. M. SCOLETTA, *Sulla struttura «concorsuale» dell'illecito punitivo delle persone giuridiche nell'ordinamento italiano*, in AA.VV. *Libro homenaje al prof. Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid, 2021, vol. I, p. 664 ss.

dell’ente” enucleato dal d.lgs. n. 231/2001⁶¹ – se cioè in quello ‘concorrenziale’ della fattispecie plurisoggettiva necessaria o in quello ‘omissivo’ del mancato impedimento doveroso dell’illecito altrui – è sempre il reato-presupposto che definisce il “contenuto di illecito” rimproverabile alla persona giuridica (e non certo il “fatto di disorganizzazione” in quanto tale). Nella misura in cui per lo “stesso fatto”, ancorché diversamente qualificato – come nel caso, appunto, di coincidenza tra illecito penale e illecito amministrativo nella materia tributaria –, siano ascrivibili alla stessa persona giuridica una pluralità di sanzioni punitive, si integra un’ipotesi di *bis in idem*, ovvero un doppio binario punitivo, che risulta legittimo subordinatamente al vaglio di *strict connection* ai sensi dell’*A e B test*.

Ebbene, la mancata estensione a tali ipotesi dei meccanismi di compensazione previsti per il doppio binario punitivo delle persone fisiche determina una chiara violazione della garanzia europea del *ne bis in idem*, che in questo caso appare quindi di tipo “strutturale”: nella misura in cui la “connessione sostanziale” che legittima i meccanismi di doppio binario punitivo impone “soprattutto” la proporzione del complessivo trattamento sanzionatorio, è evidente come tale requisito non possa essere soddisfatto dalla previsione legislativa del cumulo materiale delle sanzioni irrogabili in capo alla stessa persona giuridica in dipendenza dello stesso fatto⁶².

⁶¹ Cfr., per una sintesi della problematica, M. SCOLETTA, *Artt. 6-7 – Profili penalistici*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 132 ss.

⁶² La questione si è già posta nella giurisprudenza (cfr. Cass., 4 marzo 2020, n. 8785), dove è stato sollevato un problema di *ne bis in idem* per la irrogazione, nei confronti dell’ente, sia della sanzione tributaria, sia della sanzione ex d.lgs. n. 231/2001, sebbene quest’ultima associata ad un delitto di “associazione a delinquere” finalizzato alla commissione dei reati tributari (i reati tributari non erano ancora ‘presupposto’ della responsabilità da reato dell’ente al momento della commissione dei fatti oggetto di imputazione): la Cassazione ha rigettato il ricorso sul punto, ma anziché facendo leva sulla assenza di un *idem factum* (si sarebbe potuto argomentare che il reato attribuito all’ente era quello associativo), riconoscendo genericamente la sussistenza di una “stretta connessione”, individuata nella connessione temporale tra i due procedimenti (svolti parallelamente) e nella proporzionalità della sanzione complessiva; si tratta quindi di una ulteriore conferma di come l’*A e B test* (ridotto ad astratta valutazione di complessi-

La rigidità della lettera della legge, d'altra parte, non lascia margini alla possibilità di risolvere il contrasto con i vincoli normativi sovranazionali per via di una interpretazione conforme: sia in materia tributaria, sia in materia finanziaria, l'estensione dei meccanismi di compensazione/inseguibilità delle sanzioni amministrative previsti per il doppio binario punitivo delle persone fisiche, integrerebbe un'applicazione normativa *ultra legem*, quindi un'applicazione diretta della garanzia di fonte sovranazionale.

Ciò nondimeno, quando ci si muove nell'ambito attuativo del diritto dell'Unione – ciò che, come detto, accade proprio in relazione alla materia degli abusi di mercato⁶³, nonché in relazione ai reati tributari inseriti nel d.lgs. n. 231/2001 in attuazione della "Direttiva Pif" o comunque quelli idonei ad incidere sull'IVA⁶⁴ – il giudice nazionale può procedere a dare diretta applicazione al principio di *ne bis in idem ex art. 50 CDFUE*. Conseguentemente, quando la prima condanna sia diventata definitiva, il giudice del secondo procedimento (che di regola sarà quello svolto ai sensi del d.lgs. n. 231/2001) dovrebbe poter esercitare gli stessi poteri che la Corte di cassazione aveva riconosciuto esistenti in materia di responsabilità individuale per abusi di mercato (già prima che questi fossero previsti *ex lege* con la modifica dell'art. 187 *terdecies* TUF: vedi *retro* par. 8.1): dovrà dunque irrogare una pena proporzionata al disvalore unitario del fatto, tenendo conto di quella già inflitta nei confronti dell'ente all'esito del primo procedimento punitivo; a tale scopo, dovrà scomputare la sanzione pecuniaria già riscossa e valutare se irrogare una sanzione inferiore ai minimi edittali determinati *ex lege* o anche se non infliggere sanzione alcuna (qualora quella già eseguita fosse ritenuta già adeguata)⁶⁵.

va proporzionalità punitiva) si presti sostanzialmente a legittimare, in concreto, qualsiasi sistema di doppio binario sanzionatorio.

⁶³ Per un inquadramento si rinvia M. SCOLETTA, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, 2, p. 224 ss.

⁶⁴ In ragione della parziale destinazione di tale imposta alle casse europee, rappresentando perciò un interesse finanziario dell'Unione Europea.

⁶⁵ In senso critico rispetto al riconoscimento di tali poteri al giudice ordinario, osservati nella prospettiva della legalità penale, cfr. M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem*, cit., p. 540 s.

Al di fuori della sfera attuativa del diritto eurounitario – ad esempio in merito ad illeciti tributari che non sono funzionali (anche) alla tutela di interessi finanziari dell’Unione – non resta invece che sollevare eccezione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117 Cost. (in relazione all’art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU).

In questa prospettiva, oggetto di censura costituzionale può essere, per la materia degli abusi di mercato, il nuovo art. 187 *terdecies* TUF, nella parte in cui non prevede che il meccanismo di compensazione ivi previsto per il doppio binario punitivo delle persone fisiche sia applicabile anche in relazione all’analogo meccanismo cumulativamente sanzionatorio delle persone giuridiche.

Quanto alla materia tributaria, una potenziale questione di legittimità costituzionale potrebbe investire il nuovo art. 25 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231/2001, nella parte in cui non prevede che il giudice, nella fase commisurativa della pena per l’illecito dell’ente derivante dal reato tributario, debba “scomputare” e “tenere conto” delle sanzioni già irrogate alla persona giuridica all’esito del procedimento amministrativo tributario; oppure, alternativamente (ed anzi sarebbe la soluzione sistematicamente più coerente), l’art. 19, comma 2, d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui prevede la “permanenza” della responsabilità tributaria delle persone giuridiche che, per gli stessi fatti, siano imputabili e sanzionabili anche ai sensi del d.lgs. n. 231/2001⁶⁶.

Più in generale, ai medesimi rilievi si espongono – analogamente a quanto osservato in relazione alla responsabilità individuale delle persone fisiche – tutte le ipotesi di doppio binario punitivo di persone giuridiche presenti nell’ordinamento che non prevedano profili di (stretta) connessione sostanziale tra procedimenti punitivi dello stesso fatto, garantendo soprattutto – quantomeno sul piano teorico – la facoltà, in capo alla seconda autorità procedente, di “tenere conto” della sanzione irrogata all’esito del primo procedimento e, in questo modo, la proporzionalità della risposta punitiva complessivamente irrogabile nei confronti dell’ente collettivo⁶⁷.

⁶⁶ Addita invece anche in questo caso l’art. 187 *terdecies* TUF come norma da sottoporre ad un intervento additivo della Corte costituzionale, R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 223 ss.

⁶⁷ In questa prospettiva, ad esempio, potrebbero rilevare le frodi sportive o altri fatti

11. *Persistenti dubbi sul reale contenuto del principio europeo di ne bis in idem (e sui limiti di ammissibilità dei sistemi a doppio binario).*

Se quelle sopra illustrate sono le prospettive applicative dischiuse dalla ‘versione debole’ del *ne bis in idem*, è possibile nondimeno revocare in dubbio, anche alla luce della giurisprudenza convenzionale più recente⁶⁸, la piena legittimità strutturale dei sistemi di doppio binario vigenti nel nostro ordinamento, ancorché – rispetto alla responsabilità individuale – sia sempre possibile assicurare la complessiva proporzione della risposta punitiva, ovvero il rispetto del *ne bis in idem* “sostanziale”.

La Corte Europea ha infatti dimostrato di ‘prendere sul serio’ anche gli ulteriori requisiti indiziari della *close connection* tra procedimenti sanzionatori, riconoscendo un valore autonomo e decisivo anche al riscontro delle complementarità degli scopi perseguiti dai due distinti procedimenti sanzionatori: complementarità che – come del resto già sottolineava la

illeciti (ad esempio in materia bancaria e finanziaria) ascrivibili agli enti collettivi sia in base al d.lgs. n. 231/2001, sia a titolo di responsabilità autenticamente amministrativa. Particolarmente problematico è il caso del doppio binario, tra sanzione amministrativa nazionale e sanzione amministrativa comunitaria, in materia di concorrenza: in questo caso, infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia è granitica nel negare la presenza di una situazione di *bis in idem*, richiedendo, come ulteriore elemento ai fini della operatività del divieto, anche la “identità del interesse giuridico” tutelato dalle norme concorrenti: cfr. G. DI FEDERICO, *EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law*, 2011, p. 241 ss. e R. NAZZINI, *Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, p. 270 ss. La questione meriterebbe di essere sottoposta al vaglio della Corte Europea, affinché facesse un’applicazione del diritto fondamentale scevra dalle preoccupazioni funzionaliste che in questo caso in modo particolare sembrano condizionare la giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁶⁸Vedi *retro* par. 6 e le sentenze ivi richiamate in nota, che fanno un’applicazione rigorosa del criterio della “stretta connessione”, comprovando come, nella prospettiva della Corte europea, l’utilizzo dell’*A e B test* non significhi affatto una sostanziale e generalizzata legittimazione dei modelli a doppio binario; la sentenza della Grande Camera, in altre parole, non costituisce un netto *revirement* rispetto ai propri precedenti (*in primis* la sentenza *Grande Stevens*) che delineavano la versione forte – *recte*: “estrema se non esasperata” (cfr. A. PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici – Gaito, Padova, 2016, p. 325).

sentenza *A e B* – dovrebbe poggiare sulla valorizzazione di profili di disvalore del fatto “almeno in parte differenti”, che viceversa non sono riscontrabili nella relazione di perfetta identità strutturale tra gli illeciti amministrativi e quelli penali che si rintraccia soprattutto (ma non solo) nel caso degli abusi di mercato.

D'altra parte, la stessa motivazione della Corte di giustizia, in punto di complementarità di scopo, in realtà si rivela intimamente tautologica e non fa che confermare il dato inconfutabile della unicità teleologica dei due procedimenti punitivi dei medesimi fatti⁶⁹.

Anche il necessario coordinamento processuale, strumentale a minimizzare gli oneri supplementari derivanti dal cumulo procedimentale, che la Corte di giustizia e la Corte di cassazione liquidano in poche battute (semplicemente rilevando l'esistenza di obblighi di cooperazione⁷⁰),

⁶⁹ Ciò è particolarmente evidente nel doppio binario in materia finanziaria, funzionale alla tutelare la integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, sinergicamente perseguita dalla sanzione amministrativa e da quella penale, costituendo quest'ultima una modalità di protezione più incisiva del medesimo interesse giuridico (cfr. sentenza *Garlsson*, cit., par. 47: «A tal riguardo, in materia di illeciti legati alle manipolazioni del mercato, sembra legittimo che uno Stato membro voglia, da un lato, scoraggiare e reprimere ogni violazione, intenzionale o meno, del divieto di manipolazione del mercato applicando sanzioni amministrative stabilite, se del caso, in maniera forfettaria e, dall'altro, scoraggiare e reprimere violazioni gravi di tale divieto, che sono particolarmente dannose per la società e che giustificano l'adozione di sanzioni penali più severe»); ma la unicità teleologica emerge anche nella materia tributaria, dove la Corte di giustizia afferma che «appare legittimo che uno Stato membro si proponga, *da un lato*, di dissuadere e reprimere qualsiasi inadempimento, intenzionale o meno, alle norme afferenti alla dichiarazione e alla riscossione dell'IVA infliggendo sanzioni amministrative fissate, eventualmente, su base forfettaria e, *dall'altro*, di dissuadere e reprimere inadempimenti gravi alle menzionate norme, i quali sono particolarmente deleteri per la società e giustificano l'adozione di sanzioni penali più rigorose» (cfr. sentenza *Menci*, cit., par. 44).

⁷⁰ Senza considerare che, per quanto riguarda ad esempio la materia degli abusi di mercato, nel processo penale non possono essere recepite le prove già raccolte e formate nel procedimento amministrativo. E. BASILE, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 5/2017, 5, p. 271 ss. Nel merito del settore tributario, colgono comunque nel segno (benché correttamente rigettati dalla Corte costituzionale sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia) i rilievi del Tribunale di Bergamo (ord. 27 giugno 2018,

sembra invece pretendere – anche alla luce della giurisprudenza convenzionale successiva alla sentenza *A e B* – un sistema ben più ‘integrato’, quanto soprattutto alla valorizzazione del materiale probatorio raccolto e utilizzato nei due procedimenti⁷¹.

Tali considerazioni sembrano valere soprattutto per il doppio binario in materia di abusi di mercato, rispetto al quale la omogeneità teleologica (punitiva) degli illeciti che concorrono a sanzionare gli stessi fatti appare evidente e difficilmente contestabile (in questo senso il richiamo del caso *Nodet* appare davvero significativo).

Più coerente con il modello teorico del “doppio binario integrato” disegnato dalla sentenza *A e B* appare invece l’assetto punitivo vigente in materia tributaria, soprattutto in considerazione della eterogeneità di scopi teoricamente perseguiti dai due procedimenti: l’uno diretto ad assicurare l’interesse ad una immediata riscossione del debito erariale, unitamente ai profili risarcitori, l’altro a punire le stesse condotte, in una logica più chiaramente retributiva e general-preventiva rispetto a fatti caratterizzati da una necessaria componente fraudolenta o dolosa⁷².

In questa chiave – di reale complementarità teleologica – può essere altresì letta la valorizzazione, da parte della Corte Europea, della differente carica stigmatizzante della sanzione tributaria (collocata per questo al di fuori dello “zoccolo duro del diritto penale”)⁷³ rispetto a quella pro-

inedita), che – nel seguito del caso *Menci* – aveva eccepito, tra l’altro, come «manca[ss]e il requisito della complementarità dello scopo, in quanto i due procedimenti (penale e amministrativo) e le due sanzioni hanno scopo identico»; mancasse inoltre «ogni aspetto diverso della condotta», ricordando come la sentenza *A e B* richiedesse, oltre alla complementarità di scopo, anche una almeno parziale distinzione quanto all’oggetto dell’accertamento.

⁷¹ È abbastanza evidente, d’altra parte, che il doppio binario punitivo previsto dal TUF appare strutturalmente analogo a quello francese censurato dalla Corte Europea nella sentenza *Nodet*: si veda sul punto M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem “preso sul serio”*, cit.

⁷² Cfr. Corte EDU, G.C., 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, par. 123 e 146.

⁷³ Cfr. Corte EDU, G.C., 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, par. 133, dove peraltro la Corte precisa: «più la procedura amministrativa presenta caratteristiche punitive che si possono assimilare in larga parte alla procedura penale ordinaria, più le finalità sociali perseguite per la punizione del comportamento delittuoso all’interno di procedure differenti rischia di ripetersi (*bis*) invece di completarsi. L’insieme delle questioni menzionate nel paragrafo 129 può servire a identificare tale rischio».

priamente penale e la conseguente maggiore indulgenza nella valutazione della *strict connection*: in altri termini, lo scopo riscossivo principalmente (sebbene non esclusivamente) riconoscibile al procedimento tributario vale a giustificare un approccio più indulgente nella valutazione del carattere integrato del doppio binario.

Non è un caso, d'altra parte, che la Grande Camera nella sentenza *A e B* si pronunciava proprio in merito al settore tributario – che successivamente è stato sì ancora censurato, ma soprattutto nella prospettiva dell'assenza di connessione temporale –, mentre rispetto ai doppi binari punitivi degli abusi di mercato – in cui è la componente retributiva a caratterizzare precipuamente anche il procedimento amministrativa – la giurisprudenza convenzionale, pur nel solco del medesimo criterio generale di giudizio, ha mantenuto (da *Grande Stevens* a *Nodet*) un orientamento più rigido e meno indulgente nel riconoscere la *strict connection*.

12. *Il ne bis in idem come argine alla metamorfosi punitiva dei sistemi di doppio binario sanzionatorio.*

Si può dunque concludere osservando come, benché la “forza normativa” del *ne bis in idem* europeo risulti (*post A e B*) notevolmente indebolita, realisticamente anche a causa di una serie di ragioni pragmatiche legate alle resistenze politiche di molti Paesi europei, la legittimità dei sistemi punitivi a doppio binario – caratterizzati cioè da una strategia di *enforcement* fondata sul cumulo di sanzioni penali e amministrative – costituisce ancora oggi un “problema aperto” nel dibattito costituzionale e politico-criminale.

A ben vedere, le diffuse e non solo recenti perplessità della dottrina in merito ai meccanismi di doppio binario sanzionatorio costituiscono la conseguenza di una ‘metamorfosi funzionale’ dei modelli di doppio binario: la sinergia tra sanzioni penali e sanzioni extrapenali ha trovato e trova razionalità e giustificazione teleologica – conformemente al modello convenzionale del doppio binario integrato – nei molti settori dell'ordinamento giuridico in cui le sanzioni giuridiche sono connotate da una chiara ed autonoma funzionalità o dove il procedimento sanzionatorio persegue scopi chiaramente distinguibili, dunque complementari, rispetto a quello penale: è il caso, paradigmaticamente, delle sanzioni disciplinari e

delle misure di sicurezza, ma autonomia funzionale può essere riconosciuta anche alle sanzioni amministrative in materia di circolazione stradale, nonché al procedimento di accertamento del debito erariale.

Il problema della legittimità di tali modelli, rispetto al divieto di *bis in idem*, si pone allorché il binario non formalmente penale si (sovrac)carica indebitamente di contenuto punitivo, sfumando così la propria originaria funzionalità complementare rispetto al binario penalistico, con il quale pertanto finisce parzialmente col sovrapporsi sul piano afflittivo e finalistico.

È quanto accaduto, nel nostro ordinamento, proprio nel settore fiscale, in cui sulla originaria funzione riscossiva del procedimento tributario è stata impiantata – attraverso la previsione di elevate sanzioni pecuniarie – una contestuale funzione repressiva⁷⁴, determinandosi in questo modo i noti problemi di duplicazione punitiva degli stessi fatti.

Ai medesimi rilievi, d'altra parte, si potrebbe esporre qualsiasi procedimento sanzionatorio (degli stessi fatti) parallelo a quello penale – persino quello civilistico, teoricamente risarcitorio –, qualora assumesse, in concreto, i tratti caratterizzanti della penalità.

L'ammissibilità e la funzionalità politico-criminale dei sistemi sanzionatori a doppio binario complementare è pertanto fuori discussione: il problema si pone, invece, rispetto ai doppi binari in cui entrambe le sanzioni perseguono un obiettivo eminentemente punitivo, i quali tradiscono un'anomalia sistematica, frutto di una sottile commistione tra modelli sanzionatori liberali e modelli sanzionatori autoritari⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. fondamentalmente, in senso critico, G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 373 ss. D'altra parte, la stessa Corte di cassazione (cfr. Cass., 4 febbraio 2021, n. 4439), nel riconoscere la complementarità di scopo, ricorda come il procedimento amministrativo «è volto al recupero a tassazione delle imposte non versate», mentre il procedimento «è teso alla prevenzione e alla repressione dei reati in materia tributaria»: si tratta tuttavia di un'affermazione – funzionale a legittimare il doppio binario – che risulta corretta solo in linea di principio, ma che non tiene conto del carattere punitivo via via assunto (anche) dal procedimento amministrativo tributario, attraverso la previsione di severe sanzioni pecuniarie per i fatti oggetto di accertamento.

⁷⁵ Lo sottolinea sulla base di una interessante ricognizione diacronica dell'evoluzione normativa, in relazione alla materia tributaria, G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, cit.

Risulta quindi senz'altro importante il ruolo di ‘calmiere punitivo’ che, in questo contesto, sta già giocando il principio di *ne bis in idem*, seppur incontrando le resistenze funzionaliste/efficientiste non solo degli ordinamenti giuridici nazionali ma anche di quello eurounitario. Il risultato, coerente con il ruolo sistematico dei diritti fondamentali, è comunque quello che attualmente vede complessivamente ridimensionata e sottoposta a tensione costruttiva la potestà statale di ricorrere arbitrariamente a tale strategia punitiva.

Bibliografia

- AMALFITANO C., R. D'AMBROSIO, *Art. 50, Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO E O. RAZZOLINI, Milano 2017, p. 1026.
- ANGIOLINI G., *Una questione ancora irrisolta: il principio di ne bis in idem europeo e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2109.
- BARON L., *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3.
- BARTOLI R., *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 223.
- BASILE E., *Il “doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del ne bis in idem europeo*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 129.
- BASILE E., *Mini-riforma del market abuse: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini nel d.lgs. 107/2018*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 329.
- BASILE E., *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 5/2017, 5, p. 271.
- BIN L., *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario. a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 98.
- BONTEPELLI M., *Ne bis in idem e legalità penale nel processo per gli abusi di mercato*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 389.
- CAIANIELLO M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015, p. 3.
- CARTA M.C., *Il principio del ne bis in idem nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto@Storia*, 2019, n. 17.

- CONFALONIERI S., *Ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 5 dicembre 2016.
- CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 949.
- CUCCHIARA M.F., *Market abuse e doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 5.
- DALLACASA M., *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 30.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 201.
- DE AMICIS G., GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 476.
- DE PASQUALE P., *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 289.
- DI FEDERICO G., *EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law*, 2011, p. 241.
- FELISATTI V., *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 3, p. 119.
- FLICK G.M., NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Rivista AIC*, 3/2014.
- FUSCO E., *La tutela del mercato finanziario tra normativa comunitaria, ne bis in idem e legislazione interna*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016.
- FUSCO E., BAGGIO G., *Recenti pronunce in tema di market abuse*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2019, 1, p. 68.
- GALLO F., *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle alte corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, p. 915.
- GALLUCCIO A., *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018.
- GALLUCCIO A., *Non solo proporzione della pena: la Corte edu ancora sul bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2019.
- MADIA N., *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, *Cass. pen.*, 2019, p. 662.
- MADIA N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, 2020, Padova.

- MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020.
- MARELLO E., *Evanescenza del principio di specialità e dissoluzione del doppio binario: le ragioni per una riforma del sistema punitivo penale tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 12, p. 269.
- MARONGIU G., *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 373.
- MUCCIARELLI F., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018.
- MUCCIARELLI F., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2018.
- NASCIMBENE B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2 maggio 2018.
- NAZZINI R., *Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, p. 270.
- ORIOLO A., *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, p. 335.
- PICA G., *I rapporti tra illecito speciale ed amministrativo, alla luce dell'art. 9 l. 24 novembre 1981 n. 698: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 367.
- PIERGALLINI C., *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte Costituzionale: chiaroscuri di una decisione importante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 772.
- PIERGALLINI F., *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 217.
- PIVA D., *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel ma non di sistema*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 275.
- PROCACCINO A., *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, p. 325.
- PULITANÒ D., *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1588.
- RICCARDI M., *Doppio binario sanzionatorio e responsabilità «derivata» degli enti in materia di market abuse: il ne bis in idem in societatem*, in *Resp. amm. società enti*, 2020, 2, p. 205.

- SALVEMINI P., *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
- SCOLETTA M., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, 2, p. 224.
- SCOLETTA M., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2017.
- SCOLETTA M., *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 2019, p. 533.
- SCOLETTA M., *Artt. 6 e 7 – Profili penalistici*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 132.
- SCOLETTA M., *Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell’ordinamento italiano)*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019.
- SCOLETTA M., *L’impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell’ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, in G. GRASSO, A.M. MAUGERI, R. SICURELLA (a cura di), *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale*, Pisa, 2020, p. 203.
- SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 533.
- SCOLETTA M., *Sulla struttura «concorsuale» dell’illecito punitivo delle persone giuridiche nell’ordinamento italiano*, in AA.VV. *Libro homenaje al prof. Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid, 2021, vol. I, p. 664.
- SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018.
- SILVA C., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen. web*, 1/2019.
- TRIPODI A.F., *Abusi di mercato (ma non solo) e ne bis in idem: scelte sanzionatorie da ripensare?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 111.
- TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.
- TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all’esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici (Corte cost., 12 maggio 2016 n. 102)*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, p. 1498.
- TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047.

- TRIPODI A.F., *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Società*, 2018, 80.
- TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 530.
- TRIPODI A.F., *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Sist. pen.*, 2020, 28 dicembre 2020.
- TURMO A., *Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism*, in *European Papers*, vol. 5, 2020, 3, p. 1341.
- VAN BOCKEL B., *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016.
- VENTORUZZO M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. società*, 2014, p. 693.
- VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2466.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.
- VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2017.
- VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013.

CAPITOLO 13
I DIRITTI SOCIALI
NEL SISTEMA DELLA CARTA DI NIZZA

Stefania Leone

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo di indagine: diritti sociali, principio di uguaglianza sostanziale e doveri di solidarietà. – 2. Catalogo e natura dei diritti sociali proclamati nella CDFUE. – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4. Diritti sociali e ragioni di spesa: opportunità e limiti del rimedio giurisdizionale.

1. *Delimitazione del campo di indagine: diritti sociali, principio di uguaglianza sostanziale e doveri di solidarietà.*

Preliminarmente, occorre chiarire a quali situazioni giuridiche ci si riferisce quando si ragiona di “diritti sociali” e della protezione ad essi offerta dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora in poi CFDUE).

La categoria, come noto, non presenta nitidi confini e il dibattito che ha animato la dottrina giuspubblicistica italiana sul concetto di “diritto sociale” se, da una parte, viene certamente in soccorso, dall’altra non risolve tutti i problemi.

Livio Paladin ne ragionava d’altra parte come di una categoria rimasta oggetto di irrisolta controversia tra gli studiosi. Se alcuni vi hanno infatti associato uno «specifico ed omogeneo complesso di situazioni», altri hanno finito per «allargarla oltremodo, fino al punto di farne un nome privo di concetto»¹.

¹L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 660. Sull’ambiguità della

Senza qui poter dare conto della ricchezza di prospettive offerta in letteratura, ci si limita a ricordare come di indubbia persuasività si sia rivelata la tesi che indica quale comune denominatore dei diritti sociali il presupporre un positivo ed oneroso intervento del potere pubblico. Si tratterebbe, insomma di «specifiche pretese dei cittadini ad ottenere prestazioni di attività o di cose, nell'ambito economico-sociale, da chi esercita una pubblica funzione»². A questo tentativo di circoscrivere la portata della categoria – che peraltro non si sottrae al rischio di incorrere in artificiose distinzioni tra i diritti³ – fa come detto da contraltare una varietà di ricostruzioni alternative che hanno avuto l'effetto di dilatarne forse eccessivamente l'estensione, ricomprendendovi in alcuni casi le situazioni giuridiche relative ai rapporti familiari, in altri, in senso ancora più ampio, le situazioni giuridiche che attengono ai diritti di partecipazione⁴.

Al fine di tracciare una linea di confine, e al contempo spiegare la tipica struttura di diritti a prestazione dei diritti sociali, come noto, molti sono poi gli Autori che ne hanno individuato il fondamento nel principio

categoria v. anche A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989.

² Secondo la definizione di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I diritti sociali*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 759 ss. V. anche M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 804, per il quale, il diritto sociale, in senso soggettivo, si risolve nel diritto «di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rifrange in specifici diritti a determinate prestazioni, dirette o indirette, da parte dei poteri pubblici».

³ Che i diritti sociali presuppongano prestazioni economiche da parte dell'apparato pubblico non può infatti significare, di contro, che i diritti di libertà non implicino interventi a gravare sulla spesa pubblica. Invero, è stato osservato come la distinzione tra le due categorie attinga più a fattori storici che non ad elementi strutturali, dovendosi per l'appunto considerare come pure i diritti di libertà sono diritti che «costano». Così M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 101, nonché in *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3/2016, spec. pp. 6 e 7.

⁴ Lo stesso Paladin, che adottava una lettura intermedia, ammetteva di utilizzare un criterio legittimante una definizione larga – e dai contenuti eterogenei – di diritto sociale.

di uguaglianza sostanziale, principio che, per l'appunto, legittima e allo stesso tempo impone alla Repubblica di adottare misure specifiche per ridurre le disuguaglianze presenti nella società⁵.

Si preferisce però aderire alla tesi, a parere di chi scrive capace di ampliare i contorni della categoria senza comprometterne l'omogeneità, che ricollega i diritti sociali al combinarsi del principio di uguaglianza sostanziale e del principio di solidarietà, essendo il compito di rimuovere gli ostacoli ad una eguaglianza effettiva «simmetrico, sul versante istituzionale, a quei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale che connotano la posizione dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»⁶. Ciò pare consentire di andare oltre i diritti che presuppongono una prestazione del solo potere pubblico e di ricomprendervi tutti i diritti ricollegabili agli adempimenti – gravanti sull'intera collettività e sui suoi singoli componenti – inerenti proprio ai doveri di solidarietà⁷.

⁵V. tra i molti, ancora, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 804, V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV. (a cura di), *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, p. 102 ss., secondo il quale mentre i diritti di libertà classici si collegano al precetto dell'uguaglianza intesa come estensione universale delle regole e delle garanzie, i diritti sociali richiamano più «l'eguaglianza c.d. sostanziale, la cui realizzazione richiede spesso, o può richiedere, differenze di trattamento, giustificate o imposte appunto dall'imperativo del superamento o della limitazione delle disuguaglianze di fatto». Sulla portata del principio v. B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.

⁶G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 758.

Per la tesi per cui il fondamento dei diritti sociali non sarebbe da rinvenirsi solo nel principio di uguaglianza sostanziale o solo nel principio di solidarietà, ma «contemporaneamente» nei due principi, G. PINO, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, relazione presentata al seminario *Diritti sociali, veri diritti? Un confronto tra teoria del diritto e scienza politica*, Università degli Studi di Milano, 15 aprile 2014, <http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf>. Per l'Autore, grazie a tale ricostruzione del fondamento dei diritti sociali, questi risultano «sempre caratterizzati da un aspetto prestazionale in capo a soggetti pubblici, e da una aspirazione egualitaria nel senso della neutralizzazione di particolari disuguaglianze».

⁷Si è detto infatti che «i diritti sociali in tanto possono esistere in quanto sono sostenuti da corrispondenti doveri di solidarietà». M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione*

D'altra parte, se è vero che, in senso oggettivo, il diritto sociale è «l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali»⁸, è vero altresì che, proprio in tale prospettiva, le norme in questione potrebbero far ricadere anche su soggetti «altri» rispetto allo Stato l'obbligo di farsi carico di questa finalità riequilibratrice⁹.

In altre parole, sono allora diritti sociali anche quelli che presuppongono un intervento dello Stato di tipo regolatorio, volto a condizionare la libertà di dispiegamento di rapporti tra privati. Tali rapporti, proprio in chiave solidaristica, possono essere legittimamente condizionati nella prospettiva di controbilanciare la maggior forza di uno dei due soggetti della relazione¹⁰. Anche in questo caso si tratta di tutelare «cittadini ineguali»¹¹; ciò che giustifica la previsione di forme di protezione sociale che «chiamano a contributo anche soggetti privati» e che, proprio perché ispirate a «*ratio* analoga», possono rientrare nel *genus* dei diritti sociali¹².

europa, in *Pol. dir.*, 3/2000, p. 391. Secondo l'A. «il soddisfacimento di quei diritti richiede mezzi che solo l'assolvimento di doveri di solidarietà può fornire». V. anche P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 503, secondo i quali il principio di solidarietà «completa, attraverso l'estesa previsione di diritti sociali, il catalogo dei diritti fondamentali».

⁸ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, p. 804.

⁹ Come confermato dallo stesso Autore, l'esecuzione delle prestazioni costituenti il contenuto dei diritti sociali non sempre incombe direttamente sullo Stato. In questa prospettiva, si pensi alla sentenza della Corte cost. n. 559/1987, che accogliendo la questione relativa al divieto di concessione di congedi straordinari per cure idrotermali, affermava tra l'altro che «il valore primario assegnato al diritto alla salute (art. 32 Cost.) comporta che la sua tutela debba spiegarsi non solo in ambito pubblicistico (...) ma anche nei rapporti tra privati». V. già Corte cost., sent. n. 88/1979, che ragiona di diritto operante anche nei rapporti tra privati.

¹⁰ Afferma significativamente M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 376, che «il tema dei diritti sociali e della politica sociale si connette, sin dall'origine, ai rapporti tra classi sociali, e cioè ai rapporti tra gruppi differenziati per la collocazione nel processo produttivo e per le condizioni economiche».

¹¹ Tali essendo, secondo G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., p. 781, i beneficiari dei diritti sociali.

¹² L. MENGONI, *Diritti sociali*, ora in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSI (a cura di), *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 129.

Ci si riferisce evidentemente qui soprattutto ai diritti relativi alla sfera lavorativa, cui molto spesso corrispondono obblighi ricadenti su datori di lavoro non pubblici¹³. D'altra parte, se ci si sposta in ambiente comunitario, è proprio a partire dalla condizione dei lavoratori che i diritti sociali hanno trovato riconoscimento, pur essendo stati inizialmente tutelati nella (riduttiva) prospettiva di salvaguardare le regole della concorrenza e del mercato¹⁴.

Sia detto subito per inciso che, naturalmente, affermare che corrispondono a diritti sociali anche quelle situazioni giuridiche che presuppongono adempimenti da parte di soggetti privati non risolve di per sé il problema della loro invocabilità nei rapporti orizzontali (laddove si tratti di diritti che trovano la propria disciplina in una direttiva oppure nella CDFUE). Non lo risolve di per sé, ma si è allo stesso tempo osservato come una certa resistenza della Corte di giustizia a riconoscere in questi casi tali effetti orizzontali rischi di stridere, in principio, proprio con la natura dei diritti in questione, affermati come visto essenzialmente allo scopo di riequilibrare rapporti di forza altrimenti impari tra gruppi sociali¹⁵.

2. *Catalogo e natura dei diritti sociali proclamati nella CDFUE.*

Alla luce dell'impostazione accolta, e venendo alla codificazione offerta dalla CDFUE, vanno certamente ascritti alla categoria dei diritti sociali

¹³ Per G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., p. 757, riferendosi proprio ai diritti inerenti alla condizione lavorativa (e in particolare al diritto alla retribuzione) afferma che in simili casi sullo Stato incomberebbe solo l'obbligo di assicurare la garanzia giurisdizionale.

A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005.

¹⁴ Nella primissima fase di sviluppo dell'integrazione europea, i diritti sociali sarebbero stati solo di riflesso tutelati, e comunque a livello nazionale, per effetto dei benefici dell'integrazione economica. V. C. BARNARD, *EU Social-Policy: From Employment Law To Labour Market Reform*, in P. CRAIG, G. DE BÚRQA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 641 ss.

¹⁵ L'osservazione è di A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, 2017, p. 272.

quelli che confluiscono nel Capo IV intitolato «Solidarietà» (che per lo più ricomprende, infatti, forme di tutela dei lavoratori). Ma i diritti sociali sono collocati anche altrove nella Carta: si pensi al diritto all'istruzione (art. 14), o alle norme poste a protezione delle persone in condizione di maggiore fragilità, come i fanciulli (art. 24), gli anziani (art. 25), le persone con disabilità (art. 26)¹⁶.

Si può peraltro notare come la scelta della Convenzione che ha redatto la Carta non sia stata di raggruppare in sede separata i diritti sociali (si potrebbe dire per denotarne il minor peso?), essendosi preferito dare luogo ad un (significativo?) “mescolamento” di diritti di vecchia e nuova generazione¹⁷; ciò (parrebbe) a significare, almeno dal punto di vista teorico, l'indivisibilità dei diritti fondamentali¹⁸.

Ma al di là di questo aspetto simbolico, di per sé non necessariamente

¹⁶ Che il catalogo dei diritti sociali protetti a livello europeo – in disparte per ora il cruciale tema della loro effettività – sia da intendersi in senso ampio è confermato dalle previsioni del «Pilastro europeo dei diritti sociali», proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017. Nel preambolo del documento si afferma anzitutto che i principi della CDFUE sono «essenziali per il modello sociale europeo». L'espressione non contribuisce per vero a fare chiarezza sulla nozione di diritto sociale, ma significativo è il successivo richiamo a categorie molto estese di diritti: Cap. I «Pari opportunità e accesso al mercato del lavoro», Cap. II «Condizioni di lavoro eque», Cap. III («Protezione sociale e inclusione»). Nel Piano d'azione approvato dalla Commissione il 4 marzo 2021 (Com(2021) 102 final) si individuano tre obiettivi, relativi alla promozione dell'occupazione, all'attività di formazione, alla riduzione del numero di persone a rischio di povertà.

Sulla portata del Pilastro europeo dei diritti sociali si v., con note critiche, S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni cost.*, 4, 2017, p. 953 ss. e la recente disamina di G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: “nuovo inizio” e vecchi problemi*, in *Riv. AIC*, 1, 2021.

¹⁷ Lo sottolineano C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un “viaggio al termine della notte”?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 245, E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2014, p. 15.

¹⁸ Con riferimento ai diritti fondamentali protetti nel circuito CEDU-Carta sociale europea, la Corte costituzionale ha significativamente affermato, in questa prospettiva, che il Consiglio d'Europa ha voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, «ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo» (Corte cost., sent. n. 120/2018, punto n. 10.1 del Cons. in dir.).

capace di ricadute sostanziali, occorre chiedersi se si tratti di diritti di portata davvero innovativa nel contesto delle tutele sino a quel momento offerte dal diritto europeo e, soprattutto, se la Carta sia stata in grado di affrancare i diritti sociali dalla loro c.d. minorità comunitaria.

Indubbiamente la CDFUE ha dato nuovo impulso alla dimensione sociale dell'integrazione europea. È vero che già prima della sua proclamazione i Trattati ne valorizzavano il rilievo, soprattutto attraverso il richiamo alla Carta sociale europea. Ma questi riferimenti normativi attestavano un'ancora timida apertura ai diritti di seconda generazione, impegnando la Comunità, si è detto, a perseguire determinati "obiettivi sociali" più che a soddisfare "diritti sociali"¹⁹. L'art. 136 del Trattato, infatti, da una parte si limitava ad affermare che i diritti sociali erano «tenuti presenti» dalla Comunità e dagli Stati, dall'altra richiamava, a temperamento dei proclami, la «necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità»²⁰.

La CDFUE ha almeno in parte mutato il paradigma²¹. I nodi, tuttavia, rimangono. Ci si riferisce al destino inesorabile dei diritti sociali, costretti a parametrarsi con le disponibilità di bilancio (*infra* par. 4), e ai dilemmi, certamente connessi a questo profilo, concernenti il ruolo dell'interpo-

¹⁹ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 379.

²⁰ Ancora, sulla portata della norma, v. M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 368. Allo stesso tempo, sottolinea l'A., l'art. F, par. 2, del Trattato sull'Unione continuava a richiamare quali diritti fondamentali garantiti i diritti della CEDU, con ciò lasciando in ombra proprio i diritti di seconda generazione.

V., in merito allo statuto dei diritti sociali nel Trattato di Lisbona, tra continuità e discontinuità, C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato ... a un incerto presente?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2011, p. 14 e ss.

²¹ In ciò peraltro andando ben oltre quanto si poteva presagire leggendo la decisione adottata dal Consiglio europeo di Colonia del 3-4 giugno 1999, in cui maggior peso era dato proprio ai diritti di libertà.

È persuaso del fatto che i diritti sociali, grazie alla CDFUE, si siano emancipati dalla condizione di diritti riflessi (*Reflexrechte*), in quanto esclusivamente condizionati all'attuazione delle politiche sociali, P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, testo della Relazione tenuta alle Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia), Belém do Pará (Brasil), 25 e 26 de agosto – Verano 2008, www.giurcost.org.

sizione legislativa quale fattore condizionante la loro effettività. A quest'ultimo proposito, si è segnalato come nella Carta la proclamazione dei diritti sociali si espliciti per lo più attraverso formulazioni "tenui"²². Le previsioni concernenti i diritti di libertà si aprono quasi sempre con l'*incipit*, chiaro e diretto, «Ogni individuo ha diritto», mentre le norme dedicate ai diritti sociali, anche quando utilizzano analoga formula²³, ne riducono l'impatto attraverso il ricorrente richiamo tanto al diritto dell'UE quanto alle previsioni legislative e alle prassi nazionali, cui è dunque demandata un'opera di integrazione normativa, a sua volta peraltro condizionata dai vincoli di stabilità economica imposti dall'adesione all'UE²⁴.

A ciò si aggiunga che, pur con tutti i dubbi interpretativi che la disposizione, assieme alle Spiegazioni²⁵, ha posto e continua a porre²⁶, la regola enunciata all'art. 52, par. 5, risulta indubbiamente calzante proprio rispetto alla tipica struttura dei diritti sociali. Lo si è detto. Sovente le specifiche disposizioni che li proclamano fanno rinvio proprio alle condizioni stabilite dal diritto UE o dal diritto nazionale: quegli atti di attuazione, insomma, cui rimanda lo stesso art. 52, par. 5. Riprendendo le Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalon nel caso AMS, si potrebbe allora dire che sussiste «una forte presunzione» che il gruppo di diritti enunciati nel Titolo IV della Carta appartengano proprio alla categoria dei "principi"²⁷.

Ma, va detto, si tratta di una presunzione probabilmente non invincibile, come ha dimostrato anche la giurisprudenza della Corte di giustizia (pur poco propensa a prendere posizione espressa sulla questione e sebbene talvolta abbia senza particolare sforzo argomentativo attribuito un peso decisivo alle Spiegazioni per catalogare il diritto preso in considerazione²⁸).

²² C. SALAZAR, *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali*, cit.

²³ In alcuni casi sostituita con la più blanda «L'Unione riconosce e rispetta» (art. 34).

²⁴ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, in Riv. rel. ind., 2001, p. 343.

²⁵ le quali che indicano alcuni esempi di principi e di diritti e di norme che contengono sia gli uni sia gli altri.

²⁶ Sul tema si rinvia al contributo di L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, in questo volume.

²⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=139684&doclang=IT>.

²⁸ Così Corte giut., 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern* (punto n. 74 della decisione), relativa al diritto all'inserimento lavorativo delle persone con disabilità (art. 26 CDFUE).

Le Spiegazioni, tra l'altro, indicano anche l'esistenza di previsioni a doppia valenza. Inoltre, è bene sempre ricordarlo, l'art. 52, par. 5, della Carta non priva alcune delle sue disposizioni di efficacia giuridica. Non stiamo dunque parlando di norme programmatiche prive di precettività. Infatti, i principi cui si riferisce fungono senz'altro da parametro di validità della disciplina attuativa e, secondo una parte della dottrina, di qualsiasi atto, ancorché non precipuamente finalizzato a dare attuazione al diritto UE²⁹. La questione va dunque forse sdrammatizzata. Perché, in disparte ogni dubbio sulla capacità di una disposizione della stessa Carta di qualificare le altre³⁰, l'art. 52, par. 5, non intende derubricare i principi a norme ineffettive. E anzi, come detto, esplicitamente riconosce a tali principi un ruolo parametrico nell'interpretazione e nel sindacato di validità del diritto europeo derivato e del diritto nazionale; dunque la capacità di svolgere una funzione oppositiva rispetto al diritto incompatibile. Non ci si addentra qui nella disputa tra gli studiosi del diritto dell'Unione europea sulla riconducibilità di questa funzione alla nozione di effetto diretto³¹, ma certamente stiamo parlando di un effetto utile.

²⁹ Così N. LAZZARINI, *La Corte di Giustizia UE ed i "principi" della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza Glatzel*, in *sidisblog.org*, 4 giugno 2014. V. inoltre sul punto le già richiamate Conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalon nel caso AMS, secondo il quale se si considerassero solo gli atti attuativi si finirebbe in un «circolo vizioso». Gli atti in questione dovrebbero infatti essere parametrati alla luce di un principio che acquista materialità alla luce degli stessi atti attuativi.

³⁰ Questo era però certamente l'intento dei fautori della clausola. I rappresentanti degli Stati interessati all'approvazione dell'art. 52, par. 5, intendevano infatti esattamente imbrigliare l'attività interpretativa giurisdizionale e lasciare mani libere agli Stati. Sul ruolo dei giudici nello stabilire se una disposizione del diritto UE (anche della Carta) abbia effetti diretti o meno v. S. PRECHAL, *Rights v. Principles, or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the courts*, in J.W. DE ZWAAN et al. (a cura di), *The European Union: An ongoing process of integration – Liber amicorum Alfred E. Kellerman*, 2004, p. 193, secondo cui: «Whether or not a provision containing a fundamental right can be relied upon in concrete cases involves an assessment that is best performed by the courts (...) the courts have to determine whether or not the provisions at issue are unconditional and sufficiently precise».

³¹ Per tutti D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

Tutto ciò, si è consapevoli, non riduce ogni problema. Si sta infatti qui ragionando di diritti che postulano l'adempimento di una prestazione (di soggetto pubblico o privato che sia), e che dunque hanno di regola bisogno, per risultare effettivamente fruibili e rivendicabili, che tale prestazione sia normativamente definita³². Con quali conseguenze? Le letture che si possono alternativamente prospettare in proposito sono a ben guardare due:

1) La prestazione sottesa al diritto sociale ha sempre e in tutto bisogno di essere definita da norme attuative.

Accedendo a questa interpretazione, il diritto sociale si “rivela” solo dopo e in forza dell'attuazione normativa data alla relativa enunciazione di principio. Il che rischia però di produrre un cortocircuito, perché aderire a questa ricostruzione significa disconoscere qualsiasi effetto normativo alle disposizioni della Carta che riguardino diritti sociali. Con la conseguenza che queste non potranno nemmeno fungere da parametro di validità di norme di diritto derivato o di diritto nazionale, laddove, come visto, l'art. 52, par. 5, prescrive invece che esse debbano poter essere invocate dinanzi all'autorità giudiziaria proprio ai fini dell'interpretazione e del controllo di legittimità degli atti (quantomeno) attuativi.

In un caso, la Corte di giustizia sembra aver fatto propria questa interpretazione “minimale”. Nella già citata sentenza *Glatzel* del 2014 (C-356/12)³³, il Giudice europeo, pur ammettendo che la direttiva specificamente oggetto dei dubbi di validità potesse essere parametrata all'art. 26 della Carta in quanto attuativa del principio in esso consacrato, ha però (paradossalmente) concluso nel senso che tale principio «non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l'articolo deve essere

³² Con riferimento, ancora una volta, alla Carta sociale europea (e dunque ad un atto normativo con caratteristiche diverse dal diritto europeo, ma che è utile ugualmente richiamare per i contenuti), la Corte costituzionale ha emblematicamente avuto modo di affermare che la sua struttura «si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva» (Corte cost., sent. n. 120/2018).

³³ Corte giust., 22 maggio 2014, causa C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, riguardante la disciplina tedesca che prevedeva i requisiti di vista richiesti per il rinnovo della patente.

concretizzato da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»³⁴. L'affermazione è piuttosto forte e, come detto, parrebbe andare oltre quanto l'art. 52, par. 5, ha inteso invece affermare. Ciò in quanto – al di là del merito e dell'esito concreto del giudizio, che avrebbe anche condivisibilmente potuto concludersi nel senso della validità della direttiva – all'art. 26 sembrerebbe non essere stata riconosciuta alcuna rilevanza giuridica³⁵.

2) La prestazione oggetto del diritto sociale ha sì bisogno di essere definita da norme attuative, ma trova anche, sia pur nei suoi tratti essenziali, la sua disciplina già nella disposizione della Carta³⁶. Il che significa che, in parte, la disciplina attuativa sarà espressiva di pura discrezionalità politica, in parte sarà invece attività normativa vincolata, non potendo intaccare il nucleo fondamentale della disposizione prevista nella Carta.

La prospettiva risulta maggiormente convincente, pur essendo consapevoli della difficoltà di individuare esattamente l'effetto che questa disciplina vincolante della Carta è capace di dispiegare: la disapplicazione della norma nazionale e la sua “sostituzione” in giudizio con una

³⁴ La Corte era stata interrogata sulla validità di un allegato alla direttiva 2006/126/CE, che prescriveva un requisito di acutezza visiva minima per l'occhio meno sano ai fini dell'ottenimento della patente di guida di veicoli a motore pesanti; norma dal giudice nazionale ritenuta in contrasto con l'art. 20 della CDFUE, perché non consentendo un esame individualizzato teso a verificare in concreto che il candidato non avesse comunque una visione binoculare sufficiente, la norma avrebbe leso il diritto all'inserimento delle persone con disabilità.

³⁵ Segnala la scarsa linearità del ragionamento della Corte A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta*, cit., p. 276.

In qualche modo, sia pur con toni meno espliciti, il ragionamento della Corte si ritrova anche in Corte giust., 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT*, ove si specifica che stando al «tenore letterale dell'articolo 27 della Carta» (sul diritto alla consultazione aziendale dei lavoratori) «per produrre pienamente i suoi effetti, [esso] deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale». Su questa seconda pronuncia si tornerà però a breve.

³⁶ Per come peraltro letta anche alla luce del materiale giurisprudenziale precedente alla sua proclamazione. Si ricordi infatti come il Preambolo della CDFUE affermi di rifarsi ai diritti riconosciuti «dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia». Insiste sul punto A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali*, cit., p. 247.

regola del caso? Oppure quella disciplina essenziale funge solo da parametro di legittimità ma non presenta elementi di specificazione sufficienti a fornire la regola da applicare in alternativa alla disciplina statale? E in tutto questo che ruolo gioca il diritto derivato che sia intervenuto a regolare il diritto sociale (ad esempio una direttiva dai contenuti puntuali)? È altro rispetto alla Carta o si integra in un tutt'uno con essa concorrendo a “farne” norma ad effetto diretto? (non tanto al fine di consentirle di produrre una regola del caso – ciò che a quel punto farebbe la stessa direttiva – quanto di rendere invocabile la prestazione anche nei rapporti orizzontali?).

Si tratta di domande cruciali che a loro volta sottendono interrogativi di notevole rilievo sul rapporto tra vincoli europei, discrezionalità legislativa, ruolo dei giudici; e alle quali, tuttavia, come si dirà a breve, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha saputo rispondere ad oggi solo parzialmente.

3. *La giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Anzitutto, è utile premettere che il principio di non discriminazione ha avuto un ruolo decisivo nel consentire al Giudice europeo di tutelare “diritti a prestazione” ben prima della loro codificazione nella Carta di Nizza e che questa acquisisse effetti giuridici³⁷.

Ciò conferma ancora una volta lo stretto legame esistente tra i diritti sociali e il principio di uguaglianza³⁸.

Altro aspetto interessante è che, ancora una volta quando la Carta non

³⁷ Lo ricorda F. SALMONI, *Le politiche di austerità e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2019, p. 188.

Si pensi alla giurisprudenza sulla libertà di circolazione dei lavoratori senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, che ha “trascinato” con sé tutele ascrivibili ai diritti sociali (come quelle estese ai familiari del lavoratore, per limitarci ad un esempio). Si vedano ad esempio Corte giust., 15 marzo 1989, causa C-387/87, *G.B.C. Echtermach c. Minister Van Onderwijs en Wetenschappen*, e 23 gennaio 1997, causa C-171/95, *Recep Tetik c. Land Berlin*.

³⁸ Per un esame della giurisprudenza sul principio di non discriminazione si rinvia a S. CATALANO, in questo volume.

era che un documento a valenza politica, la Corte di giustizia aveva affermato che la portata del diritto sociale (previsto in altra disposizione normativa) non dovesse essere sminuita in ragione della sola circostanza che la stessa disposizione UE operasse un rinvio alla legislazione degli Stati membri. Fondamentale in questo senso la sentenza *Betcu* del 2001 (C-173/99)³⁹, relativa alla interpretazione della direttiva 93/104 che disciplina il diritto alle ferie o all'indennità sostitutiva in un caso riguardante gli operatori dello spettacolo assunti per brevi periodi. La Corte di giustizia ha affermato che «il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario» e che le quattro settimane annue di ferie «costituiscono un diritto sociale direttamente conferito dalla direttiva ad ogni lavoratore in quanto prescrizione minima necessaria per assicurare la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori». Vero che la direttiva in questione conteneva un richiamo alle condizioni di esercizio del diritto stabilite dagli Stati membri con propria disciplina, eppure, seguendo (almeno in parte) l'impostazione dell'Avvocato generale Tizzano, la Corte sottolineava che questi possono definire le modalità concrete di esercizio del diritto, «ma non possono affatto condizionare la costituzione stessa del diritto, che scaturisce direttamente dalla direttiva»⁴⁰. Peraltro, nel caso di specie il richiamo alla legislazione nazionale era particolarmente significativo, ragionando la direttiva in questione di ferie «secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali»⁴¹.

³⁹ Corte giust., 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Secretary of State for Trade and Industry c. Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*.

⁴⁰ La Corte avrebbe aperto con questa decisione «un varco significativo», superando le omissioni legislative, secondo S. SCIARRA, *Diritti fondamentali, principi generali di diritto europeo: alcuni esempi nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, p. 108.

⁴¹ Indubbiamente le Conclusioni dell'Avvocato generale, che peraltro aveva ampiamente valorizzato la neoproclamata Carta dei diritti fondamentali dell'UE, quale documento privo di rilievo giuridico, ma ricognitivo di principi preesistenti, hanno svolto nel caso di specie un ruolo persuasivo e decisivo: «Interpretare il rinvio alle legislazioni nazionali come idoneo a consentire limitazioni che arrivino alla compressione totale di

L'impostazione troverà conferma anche successivamente. Con la sentenza *Maribel Dominguez* del 2012 (C-282/10) riguardante il controverso diritto alle ferie (o all'indennità sostitutiva) per il periodo in cui la lavoratrice si trovava in regime di malattia per infortunio. Anche in questo caso, nonostante la direttiva 2003/88 facesse rinvio alle condizioni stabilite dalla legislazione statale, al diritto alle ferie è stata riconosciuta capacità immediatamente precettiva (sebbene con effetti limitati ai soli rapporti verticali).

Va detto, però, e non è aspetto di secondo rilievo, che in questi casi la Corte di giustizia si richiamava direttamente alle norme delle direttive, senza mai citare l'art. 31 CDFUE.

Due decisioni importanti in cui la Corte ha preso invece posizione più esplicita sulla natura di diritti sociali proclamati dalla Carta sono la già citata sentenza *AMS* del 2014 (C-176/12) e la sentenza *Max Planck* del 2018 (C-684/16), pronunce dagli esiti piuttosto diversi e che, a parere di chi scrive, faticano in qualche modo a conciliarsi.

Nella sentenza *AMS* il diritto dei lavoratori temporanei a non essere esclusi dal novero dei lavoratori effettivi ai fini della composizione degli organi di rappresentanza viene individuato dal Giudice europeo nella direttiva, cui peraltro si riconoscono effetti diretti. Chiamata però a valutare se tale effetto diretto si radicasse anzitutto nell'art. 27 (con possibilità di imporre la prestazione anche al datore di lavoro privato) la Corte ha ritenuto di non seguire le sollecitazioni dell'Avvocato generale, che aveva caldeggiato una lettura integrata dell'art. 27 con la direttiva, ritenuta sua «concretizzazione essenziale ed immediata». La Corte di giustizia ha affermato invece in modo molto chiaro che la conclusione «non può essere infirmata da una lettura dell'articolo 27 della Carta in combinazione con le norme della direttiva 2002/14, posto che, non essendo detto articolo di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, a diverso risultato non porterebbe neppure

un siffatto diritto, in assenza di una precisa ed inequivoca indicazione normativa in tal senso, sarebbe sicuramente in contrasto con le finalità della direttiva e con la natura del diritto che essa sancisce. Questo significherebbe condizionare alle norme di ciascuno Stato membro non già le specifiche modalità per l'esercizio di un diritto sancito da una direttiva e quindi tutelato a livello comunitario, ma l'attribuzione stessa di un siffatto diritto».

una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva sopra citata»⁴².

Qui l'impatto della pronuncia è peraltro particolarmente rilevante. La norma nazionale era in conflitto con la disciplina UE, ma non poteva essere scartata dal giudice nazionale con conseguente obbligo di conformazione al diritto europeo del datore privato; né, come sappiamo, avrebbe potuto essere dichiarata illegittima secondo le regole di giustizia costituzionale interne allo Stato francese, perché il *Conseil constitutionnel* non ha competenza a pronunciarsi sul rapporto con parametri sovranazionali e si era invece già pronunciato nel senso della piena compatibilità della disciplina in questione alla libertà sindacale per come tutelata dalla Costituzione francese. Dunque, per stessa ammissione della Corte di giustizia, il solo ristoro per la parte lesa rimaneva il risarcimento del danno secondo la giurisprudenza *Francovich*.

Questa lettura "isolata" della Carta di Nizza, non da pochi criticata, rischia in effetti di sottovalutare la "natura ordinamentale" del diritto dell'Unione europea, sicché, se un diritto è «cristallizzato nella sua essenza a livello di diritto primario dalla Carta», potrà invocarsene l'effetto diretto «fin nei singoli segmenti normativi in cui esso si declina attraverso il diritto derivato, sempre, ovviamente, che in quei segmenti siano ravvisabili le caratteristiche ineludibili della norma dotata di effetto diretto (chiarezza e precisione, idoneità ad attribuire diritti ai singoli)»⁴³.

La Corte di giustizia ha cambiato passo con le note sentenze del 2018 rese, ancora una volta, sul diritto alle ferie⁴⁴. E in particolare con

⁴² «dalle suesposte considerazioni discende che l'articolo 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, deve essere interpretato nel senso che esso – ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'articolo L. 1111-3 del *code du travail*, sia incompatibile con il diritto dell'Unione – non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale».

⁴³ 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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 10, 2019.

⁴⁴ Corte giust., 6 novembre 2018, causa C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. Bauer e Volker Willmeroth c. Broßonn*; 6 novembre 2018, causa C-619/16, *Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin*; 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*.

la sentenza *Max Planck*. Il cambio di passo, tuttavia, pare a chi scrive tale soltanto nel senso che la Corte ha cambiato, rispetto ad *AMS*, l'esito della pronuncia, qui riconoscendosi l'invocabilità diretta del diritto alle ferie anche nei rapporti interprivati. Ma il percorso logico seguito per arrivarci non è così distante da quello posto a fondamento delle precedenti decisioni. E appare per certi versi formalistico proprio per questo. La Corte è giunta a tale conclusione, infatti, riconoscendo non solo al diritto alle ferie il rango di «principio essenziale del diritto sociale europeo», ma soprattutto all'art. 31 della CDFUE carattere «imperativo e incondizionato». La norma, infatti «non richiede (...) una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, le quali sono solo chiamate a precisare la durata esatta delle ferie annuali retribuite e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto. Ne consegue che la suddetta disposizione è di per sé sufficiente a conferire ai lavoratori un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro il loro datore di lavoro, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione e, di conseguenza, rientrante nell'ambito di applicazione della Carta». In ciò l'art. 31 si distinguerebbe dall'art. 27 (che invece fa richiamo alla legislazione di diritto europeo derivato e a quella nazionale)⁴⁵.

Ancora una volta, quantomeno in questa seconda parte della pronuncia, l'art. 31 viene letto "isolatamente". Mentre è chiaro che, come invece

⁴⁵ Quanto all'art. 34 della Carta, come noto, di recente la Corte di giustizia, sollecitata dalla Corte costituzionale (ord. n. 182/2020) a pronunciarsi in ordine alla disciplina sull'assegno di maternità e di natalità, ha inquadrato la direttiva 2011/98, e in particolare il suo art. 12, alla stregua di norma che «dà espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale» di cui, appunto, all'art. 34. Corte giust., 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e a. c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*.

Tanto che, secondo S. GIUBBONI, *L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel "dialogo" tra le Corti*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2021, la Corte costituzionale avrebbe dovuto proporre un quesito «rovesciato», invocando anzitutto l'art. 12, par. 1, lett *e*) della direttiva 2011/98 e l'art. 3, par. 1, lett *b*) e *j*) del regolamento n. 883/2004, al fine di domandare alla Corte di Lussemburgo se tali disposizioni, lette alla luce dell'art. 34 della Carta, ostino o meno ad una disciplina che riservi le provvidenze in questione a coloro che siano in possesso di permesso per soggiornanti di lungo periodo.

dimostra la prima parte della pronuncia, l'art. 31 è norma dal tenore generico, che acquisisce contenuto specifico grazie all'integrazione operata dalla direttiva. Ed è infatti da questa interazione che deriva il diritto del lavoratore⁴⁶ a pretendere l'indennità per ferie non godute alla cessazione del rapporto di lavoro anche nel caso in cui sia stato il lavoratore stesso a non chiedere al datore di poterne fruirne nel periodo di riferimento (l'annualità)⁴⁷.

Insomma, ci si potrebbe domandare che differenza vi sia tra una "norma-principio" e una "norma-diritto" se, al di là del richiamo esplicito alla necessaria intermediazione normativa, entrambe presentino un contenuto precettivo "sommario". Se l'una e l'altra trovano integrazione/specificazione in una direttiva, perché differenziarne il regime in ordine alla possibilità di una loro diretta applicazione anche nei rapporti orizzontali?⁴⁸

⁴⁶ Diversamente, 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. 5, secondo cui l'art. 31 vivrebbe di vita «autonoma» e attraverso questa argomentazione la Corte si sarebbe per l'appunto sottratta alla critica di aver eccessivamente dilatato un diritto fondamentale a partire dalla incorporazione della direttiva nella CDFUE.

⁴⁷ Se si dimostri, naturalmente, che non sia stato messo in condizione di fruirne. Più precisamente, la Corte di giustizia ha risolto la prima questione pregiudiziale nei seguenti termini: «tanto l'articolo 7 della direttiva 2003/88 quanto, con riferimento alle situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione della Carta, l'articolo 31, paragrafo 2, della medesima devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in applicazione della quale la circostanza che un lavoratore non abbia chiesto, durante il periodo di riferimento, di poter esercitare il proprio diritto alle ferie annuali retribuite maturato ai sensi di tali disposizioni comporta l'automatica conseguenza – senza, quindi, previa verifica del fatto che egli sia stato effettivamente posto in condizione di esercitare tale diritto – che detto lavoratore perde il beneficio del diritto in parola e, correlativamente, il proprio diritto a un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non godute in caso di cessazione del rapporto di lavoro».

⁴⁸ E infatti secondo M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale*, cit., è difficile negare «che l'effetto diretto sia, in verità, conferito proprio alla norma della direttiva (e all'elaborazione giurisprudenziale nel frattempo maturata su quella disposizione), piuttosto che non all'assolutezza del principio generale che, al più, trova attuazione e specifico dettaglio nella previsione di diritto derivato». Più in generale, sulla questione della

Qui non si sta caldeggiando né l'una né l'altra soluzione. Interessa piuttosto segnalare un problema di coerenza della giurisprudenza e un potenziale limite del primato del diritto dell'Unione europea⁴⁹.

4. *Diritti sociali e ragioni di spesa: opportunità e limiti del rimedio giurisdizionale.*

Come già detto, i diritti sociali sono stati almeno inizialmente concepiti nel sistema europeo come strumenti di “correzione” delle storture del mercato. Un'impostazione che se ha certo consentito di aprire la strada alle istanze sociali anche in ambiente europeo, ha però al contempo determinato la loro subalternità rispetto alle ragioni di mercato e ai limiti di spesa.

Da questa impostazione la Corte di giustizia ha senz'altro cercato di smarcarsi. Si pensi alla sentenza *Schröder* del 2000 (C-50/96)⁵⁰, in cui, ragionando dell'art. 119 del Trattato sulla parità retributiva, si affermava che la norma avesse un duplice scopo: «economico» e «sociale». Economico perché «serve ad evitare che, nella competizione intracomunitaria, le aziende degli Stati che hanno dato pratica attuazione al principio della parità di retribuzione siano svantaggiate dal punto di vista della concor-

invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali, v. ancora M. CONDINANZI, in questo volume.

Partendo dal presupposto che molte sono le norme della Carta che rinviano alle condizioni previste dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali, si domanda allora «a cosa serve davvero la Carta?» M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni cost.*, 3, 2020, p. 18.

⁴⁹ Il che – ma il tema porterebbe lontano – potrebbe a maggior ragione interrogare sulla posizione del giudice che si trovi di fronte ad una disciplina statale lesiva, ad un tempo, di un diritto sociale presidiato dalla Carta e, analogamente, dalla Costituzione italiana. La possibile caducazione della disciplina statale con effetti *erga omnes* da parte della Corte costituzionale potrebbe, anche in questa prospettiva, suggerire di percorrere la strada dell'incidente di costituzionalità. Sul tema, complesso, della doppia pregiudizialità, in questo volume, N. ZANON, G. SCACCIA, P. MORI, A. COSENTINO, M. D'AMICO, A. TIZZANO.

⁵⁰ Corte giust., 10 febbraio 2000, causa C-50/96, *Deutsche Telekom AG, e Lilli Schröder*.

renza, rispetto alle aziende degli Stati che non hanno ancora eliminato la discriminazione retributiva a danno della mano d'opera femminile»; sociale perché l'UE è chiamata «promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di impiego dei popoli europei».

Ancora più significativamente, la Corte di giustizia aggiungeva che «la finalità economica (...) riveste un carattere secondario rispetto all'obiettivo sociale di cui alla stessa disposizione, la quale costituisce l'espressione di un diritto fondamentale della persona umana».

Anche nella giurisprudenza più recente, si registrano affermazioni impegnative. Tra tutte quella secondo cui «l'Unione non soltanto instaura un mercato interno, ma si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa» ponendosi, oltre che una finalità economica, «una finalità sociale», giacché «i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale» (sentenza *AGET Iraklis* del 2016, C-201/15)⁵¹.

⁵¹ Corte giust., 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) contro Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*. Anche in ambito lavorativo, sempre sull'art. 31, ma con riferimento al diritto al riposo giornaliero (e alla necessità di istituire un sistema di registrazione e controllo delle ore lavorate), la Corte di giustizia nella sentenza 14 maggio 2019, causa C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, ha affermato che «per quanto riguarda i costi, posti in risalto dal governo spagnolo e dal governo del Regno Unito, che l'attuazione di un tale sistema potrebbe comportare per i datori di lavoro, bisogna ricordare che, come risulta dal considerando 4 della direttiva 2003/88, la protezione efficace della sicurezza e della salute dei lavoratori non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico (v., in tal senso, sentenze del 26 giugno 2001, *BECTU*, C-173/99, EU:C:2001:356, punto 59, e del 9 settembre 2003, *Jaeger*, C-151/02, EU:C:2003:437, punti 66 e 67)».

Sebbene inerente a un profilo specifico e resa in una situazione peculiare, la Corte sembra aver lasciato in ombra le tipiche “logiche di mercato”, anche nella nota e importante sentenza 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*. La Corte riconosceva a un cittadino di uno Stato terzo, padre di due figli in tenera età nati in uno Stato membro, e di questo cittadini, il diritto di vedersi proprio in tale Paese riconosciuto il permesso di soggiorno e di lavoro; ciò nonostante si trattasse di una situazione tutta “interna” allo Stato e dunque di vicenda del tutto slegata dalla libertà di circolazione.

Dopo la crisi finanziaria che ha flagellato l'Europa, la Corte di giustizia ha mostrato però particolare attenzione alle ragioni di bilancio, degli Stati, quanto delle stesse istituzioni europee.

Sul primo versante si pensi alla sentenza *Dano* del 2014 (C-333/13)⁵², in cui si afferma che il diritto di soggiorno non può determinare un onere eccessivo e irragionevole per il sistema sociale dello Stato ospitante⁵³.

In materia di diritto alla salute, di recente, la stessa ha poi ribadito che spettando agli Stati membri stabilire il livello al quale intendono garantire la protezione della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere effettivamente raggiunto, e potendo tale livello variare da un Paese all'altro, «è necessario riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale» (sentenza *A contro Veselibas ministrija*, C-243/19)⁵⁴.

Ovviamente, le criticità del contesto finanziario hanno indotto la Corte di giustizia anche a utilizzare mano leggera rispetto a comprensibili scelte statali di contenimento della spesa pubblica. Significativa, per il richiamo alle particolari congiunture economiche del momento, è la sentenza *Florescu* del 2017 (riguardante il cumulo delle pensioni oltre una certa soglia e il rapporto della misura legislativa con il diritto di proprietà). La Corte di giustizia ha affermato che «tenuto conto del contesto economico particolare, gli Stati membri dispongono di un ampio margine discrezionale quando adottano decisioni in materia economica» e, ancora, che la norma nazionale in questione «prefigge di razionalizzare la spesa pubblica in un contesto eccezionale di crisi globale sui piani finanziario ed economico». Di un certo significato, allo stesso tempo, che, pur avendo lo Stato interessato dalla decisione sottoscritto

⁵² Corte giust., 11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta Dano e Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*.

⁵³ Le norme della Carta che venivano in rilievo erano in questo caso gli artt. 1 (diritto alla dignità umana) e 20 (divieto di discriminazione). Non diversamente, Corte giust., 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln contro Nazifa Ali-manovic*. Sul contenimento delle retribuzioni dei giudici contabili, Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, in cui la Corte di giustizia valorizza l'esigenza di contenimento della spesa pubblica per necessario adeguamento ai vincoli comunitari.

⁵⁴ Corte giust., 29 ottobre 2020, C-243/19, *A contro Veselibas ministrija*.

un *memorandum* d'intesa contenente alcuni vincoli a fronte di un sostegno economico ricevuto da parte dell'UE, la Corte di giustizia abbia però omesso di ricondurre a tale atto la disciplina statale che disponeva i limiti di spesa in questione⁵⁵.

Sul secondo versante, nel 2018 si registrano decisioni che affermano come lo Stato non possa invocare difficoltà interne per sottrarsi agli obblighi del diritto europeo (*Commissione europea contro Repubblica ellenica*, causa C-328/16)⁵⁶.

Sono in molti ad aver notato, peraltro, come questa prudenza della Corte si sia accentuata dopo l'intervento della crisi finanziaria⁵⁷.

La crisi ha indebolito il volto sociale dell'Europa in un duplice senso. Da una parte, come detto, è la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ad aver "rallentato"; dall'altra – ma le due cose si tengono – sono le politiche e i parametri di stabilità economica europea ad aver inciso sui *welfare* nazionali. Un indebolimento dei diritti sociali, dunque, in questo senso «addebitabile alle politiche di rigore imposte dalla stessa Unione per privilegiare la tenuta dell'euro e la competitività dell'economia europea nel mercato globale», politiche cui non corrisponde, però, «un ruolo distributivo» dell'UE⁵⁸.

L'Europa continua e sempre più ad essere dunque percepita come un ostacolo ad un dispiegamento pieno dei sistemi di *welfare* nazionali; d'altro canto va detto che gli ordinamenti nazionali traggono in qualche modo beneficio da questo argomento, potendo «scaricare sull'Europa la re-

⁵⁵ Per la Corte, infatti, «il *memorandum* d'intesa, pur avendo carattere vincolante, non contiene alcuna disposizione specifica che imponga l'adozione della normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale». Corte giust., 13 giugno 2017, C-258/14, *Eugenia Florescu c. Casa Județeană de Pensii Sibiu*.

⁵⁶ Sebbene non venissero specificamente in rilievo diritti sociali. Corte giust., 22 febbraio 2018, causa C-328/16, *Commissione europea contro Repubblica ellenica*.

⁵⁷ Da ultimo M. DELLA MORTE, *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al Pilastrato di Göteborg*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 7 luglio 2020, secondo cui «la giurisprudenza in tema di diritti sociali in epoca post-crisi si è caratterizzata per una certa disomogeneità».

⁵⁸ P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali*, cit. Annovera le politiche di *austerity* tra i fattori che hanno portato alla crisi dell'Europa M. D'AMICO, in questo volume.

sponsabilità di ciò che si è costretti a tagliare nelle prestazioni sociali e ad attribuirsi il merito di ciò che si riesce a mantenere»⁵⁹.

Nonostante le importanti previsioni contenute nella CDFUE, sarebbe allora azzardato sostenere, anche alla luce della giurisprudenza europea formatasi a riguardo, che la Carta abbia rovesciato la gerarchia tra le ragioni del mercato e le ragioni dei diritti⁶⁰.

La via d'uscita passa insomma necessariamente per un potenziamento delle politiche sociali e per una chiara affermazione del legame tra diritti sociali e cittadinanza (davvero) europea. Un obiettivo che non può evidentemente compiersi sul terreno della giurisdizione. Proprio ragionando del diritto agli istituti assistenziali e previdenziali dei cittadini europei nell'esercizio della loro libera circolazione, si è detto che «appare difficile immaginare che, esclusivamente attraverso la via giudiziaria, possa compiersi una mutazione profonda nella struttura della cittadinanza europea». Infatti, «[a] tacer d'altro, il rischio di tracollo cui, in tal caso, resterebbero esposti i sistemi nazionali di *welfare* potrebbe essere evitato solo dalla contemporanea costruzione politica di uno spazio di solidarietà redistributiva propriamente europeo, mediante la organizzazione di *welfare* sovranazionali»⁶¹.

Più che continuare a “scommettere” sulla forza dell'applicazione giurisprudenziale delle norme, c'è da potenziare il processo di integrazione politica. Solo così prenderà davvero forma (e soprattutto sostanza) il volto sociale dell'UE⁶².

⁵⁹ P. COSTANZO, *Il sistema di protezione*, cit.

⁶⁰ Anche secondo D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in *www.gruppodipisa.it*, 3 settembre 2012., l'evoluzione giurisprudenziale che si è registrata è comunque stata in gran parte collegata alle esigenze di «buon funzionamento del mercato comune», e non è invece stata dettata dalla chiara volontà di perseguire genuinamente interessi sociali in sé considerati: un «*imprinting* genetico difficile da superare».

⁶¹ C. SALAZAR, *A Lisbon story*, cit., p. 19. V. anche A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Europa ai diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018.

⁶² «La decisione di proteggere i diritti sociali, insomma, è una decisione politica fondamentale nel senso schmittiano del termine». Così A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'unione europea*, in *Riv. AIC*, 1, 2017, p. 13.

Bibliografia

- APOSTOLI A., *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005.
- BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989.
- BARNARD V.C., *EU Social-Policy: From Employment Law To Labour Market Reform*, in P. CRAIG, G. DE BÚRQA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 641 ss.
- CARAVITA B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.
- CARETTI P., TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, p. 503.
- CIANCIO A., *Alle origini dell'interesse dell'Europa ai diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 4, 2018.
- CONDINANZI M., *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. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi.it*, 10, 2019.
- CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 757.
- COZZI A.O., *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, 2017, p. 272.
- DEL PUNTA R., *I diritti sociali come diritti fondamentali*, in *Riv. rel. ind.*, 2001, p. 343.
- DELLA MORTE M., *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al Pilastro di Goteborg*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 7 luglio 2020.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.
- GENNUSA M.E., *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni cost.*, 3, 2020, p. 18.
- GOTTI G., *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in *Riv. AIC*, 1, 2021.
- LAZZARINI N., *La Corte di Giustizia UE ed i "principi" della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza Glatzel*, in *sidisblog.org*, 4 giugno 2014
- LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, II, p. 101.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 3/2016, spec. pp. 6 e 7.

- MAZZIOTTI DI CELSO M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 804.
- MENGONI L., *Diritti sociali*, ora in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 129.
- ONIDA V., *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV. (a cura di), *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, p. 102 ss.
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 660.
- PALLADINO R., *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. 5.
- POGGI A.M., *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'unione europea*, in *Riv. AIC*, 1, 2017, p 1
- PRECHAL S., *Rights v. Principles, or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the courts*, in J.W. DE ZWAAN et al. (a cura di), *The European Union: An ongoing process of integration – Liber amicorum Alfred E. Kellerman*, 2004, p. 193
- SALAZAR C., *I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un "viaggio al termine della notte"?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 245.
- SALAZAR C., *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato ... a un incerto presente?*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2011, p. 14 ss.
- SALMONI F., *Le politiche di austerità e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2019, p. 188.
- SCIARRA S., *Diritti fondamentali, principi generali di diritto europeo: alcuni esempi nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. BRONZINI, V. PICCONI (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, p. 108.
- TEGA D., *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in *www.gruppodipisa.it*, 3 settembre 2012.
- TRIGGIANI E., *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2014, p. 15.

CAPITOLO 14

I DIRITTI DIGITALI: IL CASO DELL'ENFORCEMENT DELLA *DIGITAL PRIVACY*

Oreste Pollicino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione della tutela della privacy nella dimensione europea. – 3. Il peculiare esempio della *privacy* digitale. – 3.1. *Digital Rights Ireland*. – 3.2. *Google Spain*. – 3.3. *Schrems*. – 4. Una visione di carattere costituzionale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Lo sviluppo delle tecnologie digitali nel corso degli ultimi vent'anni ha sollevato domande e interrogativi in merito all'opportunità di introdurre nuovi diritti digitali al fine di riflettere un nuovo paradigma tecnologico e sociale. Già nel 1995, Easterbrook, scrivendo nella sua "capacità accademica", in occasione di un Convegno a Chicago, si chiedeva ironicamente che senso abbia parlare di "diritto dei cavalli" quando basterebbe riferirsi al genere "diritto degli animali", e propone di non adottare alcun *novum* regolamentare per il mondo dei *bit* ma, semplicemente, di applicare, con buon senso, le regole giuridiche tradizionali del mondo degli atomi al nuovo ambiente tecnologico¹.

La rete, in particolare, costituisce una nuova miniera di informazioni – personali e non – la cui estrazione (*rectius*, trattamento) attraverso le

¹F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 207, 1996.

tecnologie algoritmiche permette di generare valore e nuovi livelli di conoscenza. In questo contesto, si colloca il fenomeno dei *Big Data*². L'analisi di grandi quantità di dati attraverso l'implementazione di tecnologie algoritmiche permette di ottenere informazioni che possono essere utili a individuare nuovi modelli predittivi e spiegare fenomeni complessi. Se, in prima battuta, tali attività non sembrerebbero sollevare particolari problemi, specialmente quando i dati vengono processati in modo aggregato come nel caso dei fini statistici, tuttavia, se si prova a contestualizzare le suddette considerazioni nella cornice europea della tutela dei dati personali, non è possibile trascurare le numerose tensioni tra nuove tecnologie, privacy e tutela dei dati personali. Quantomeno in astratto, la raccolta "silenziosa" di dati attraverso IoT, la modalità di trattamento automatizzata di grandi quantità di dati attraverso tecniche di *Big Data analytics* e la conservazione ubiquitaria su *cloud* costituiscono soltanto alcune delle caratteristiche da tenere in considerazione al fine di comprendere "il ciclo dei dati" nonché l'impatto di tali sistemi sulla privacy e la tutela dei dati personali³.

La stagione della pandemia ha messo in luce il ruolo cruciale delle tecnologie digitali nella società dell'informazione. Piattaforme pubbliche e private hanno contribuito a garantire la continuità delle attività quotidiane quali lo studio, il lavoro nonché le relazioni sociali. Non è un caso che la rilevanza di tali tecnologie per la gestione dell'emergenza ha posto nuovamente al centro il tema dei diritti in ambito digitale. Ad esempio, l'accesso alla rete ha costituito un punto centrale ai fini di assicurare l'accesso all'educazione costituendo quindi un mezzo attraverso cui esercitare diritti fondamentali, quale l'istruzione, e, quindi, richiamando il ruolo dello Stato nell'implementazione dei diritti sociali nonché del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale. Allo stesso modo, le applicazioni di tracciamento dei contatti ai fini di monitorare i contagi hanno posto l'attenzione sul bilanciamento dei diritti in ambito digitale, ad esempio il diritto alla salute e la privacy.

² B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *The Ethics of Big Data: Current and Foreseeable Issues*, in *Science and Engineering Ethics* 22, 2016, p. 303 ss.

³ G. DE GREGORIO, R. TORINO, *Big Data, privacy e tutela dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale*, Milano, 2019.

Di fronte a tali sfide, indipendentemente dalla posizione che si scelga in merito all'introduzione di nuovi diritti o all'interpretazione del catalogo esistente, risulta interessante osservare come tali operazioni argomentative di trasferimento concettuale dal mondo degli atomi al mondo dei *bit* non siano neutrali ma, in base all'opzione assiologica o cornice valoriale che ne costituisce il fondamento, hanno un impatto sull'esito del bilanciamento in concreto operato dal giudice e, in ultima istanza, sul livello di protezione dei diritti in gioco.

In tale contesto, il presente contributo mira a esaminare come il caso della *digital privacy* costituisca un terreno privilegiato per esaminare come la Corte di giustizia abbia interpretato, e in alcuni casi, manipolato il diritto alla privacy e protezione dei dati personali al fine di affrontare le sfide poste dalla transizione dal mondo degli atomi al mondo dei *bit*. Più in particolare, dopo aver esaminato l'evoluzione della tutela di tali diritti fondamentali nella dimensione europea, il contributo si concentra su tre decisioni chiave per poi fornire una visione di carattere costituzionale che conduca a una lettura del diritto alla *digital privacy* nella società dell'informazione.

2. L'evoluzione della tutela della privacy nella dimensione europea.

L'evoluzione del diritto alla privacy trova le sue radici nel contesto statunitense del XIX secolo. Brandeis e Warren facevano riferimento al «*right to be let alone*» ossia quella dimensione emotiva basata su una «*peace of mind*» che è esattamente la prima pietra angolare della privacy⁴, prima che quarant'anni fa si passasse da quella dimensione statica del diritto a essere lasciato solo a quella dimensione dinamica del controllo dei dati. È lì che atterra in Europa la *data protection* nel 1981 con l'adozione della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale. Ma già prima, a cominciare dal 1950 e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è quel diritto a essere lasciato solo che include una dimensione emotiva e non solo fisica.

⁴S.D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890, p. 193.

Questo emerge anche quando si guarda al contesto statunitense nel caso *Olmstead*⁵, in una delle più importanti opinioni dissenzienti del giudice Brandeis quando precisava che, seppur la conversazione telefonica nel caso in questione era stata intercettata con strumenti tecnologici che sono posti all'esterno dell'abitazione, il quarto emendamento tutela l'individuo dalle interferenze del potere pubblico. Qui si può leggere il riferimento ad Hart, più precisamente al dilemma tra punto di vista esterno e interno, perché evidentemente la maggioranza della Corte suprema aveva un punto di vista esterno alla tecnologia e quindi evidentemente non poteva considerare che quel tipo di interferenza riguardasse il diritto alla privacy. Invece Brandeis propone un punto di vista interno alla tecnologia, per cui quelle conversazioni «*that are only whispered*» meritano comunque di essere tutelate.

Se è vero che la pietra miliare nella ricostruzione della nascita e dell'evoluzione della tutela della privacy e dei dati personali è la sua teorizzazione da parte di Warren e Brandeis, è anche certo che, rispetto al sistema giuridico statunitense, in Europa, la protezione dei dati personali e la privacy digitale ha acquisito lo status di diritto fondamentale. Questo diritto fondamentale assume la natura di un diritto fondamentale "super", che sembra non trovare limiti nella dimensione territoriale europea, estendendosi anche nel trattamento dei dati al di fuori del territorio dell'UE, nonché nel processo di bilanciamento tra diritti fondamentali.

Questa evoluzione è iniziata nella seconda metà del XX secolo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), quando il diritto alla privacy è stato codificato, considerandolo come una sorta di *habeas corpus* riguardante le proiezioni spaziali e relazionali di una persona. Come negli Stati Uniti, anche nel quadro costituzionale europeo, il riconoscimento e la codificazione del diritto alla privacy sono stati originariamente realizzati su linee "negative"; cioè il riconoscimento del diritto al rispetto della propria vita privata. In effetti, il diritto alla privacy è stato concepito come una libertà contro l'interferenza degli attori pubblici nella vita privata dell'individuo.

Tuttavia, nei decenni successivi, questo diritto ha subito una profonda trasformazione. A causa di un'accelerazione della tecnologia, una dimen-

⁵ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

sione “positiva” del diritto alla protezione dei dati personali ha arricchito la dimensione “negativa”, tipica del diritto alla privacy. Questo ampliamento della protezione dei dati personali ha segnato l’espansione di un diritto inizialmente limitato alla dimensione “negativa” di tale libertà (cioè il diritto di essere lasciato solo). In questo scenario, il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU) è stato rilevante di fronte ad alcuni cambiamenti tecnologici e alle sfide dell’elaborazione dei dati online.

In questo contesto, le istituzioni dell’allora Comunità europea furono più lente nel codificare un diritto alla protezione dei dati o alla privacy digitale, a causa della loro originale ispirazione economica. Per molto tempo, nell’ordinamento dell’Unione europea, i diritti individuali sono stati riconosciuti quasi esclusivamente al fine di garantire le libertà economiche fondamentali: di conseguenza, in questo contesto, era difficile fare della protezione dei dati personali una questione che potesse catturare l’attenzione delle istituzioni europee per il suo impatto diretto su alcuni diritti fondamentali.

Il punto di rottura è stata l’adozione della direttiva 95/46, la c.d. direttiva sulla protezione dei dati, anche se a ispirarla è stata una dimensione economica. Questa direttiva è stato il primo strumento giuridico nel sistema giuridico dell’UE che ha promosso l’armonizzazione delle norme sulla privacy e sulla protezione dei dati e ha stabilito sia alcuni principi generali relativi al trattamento dei dati personali sia regole speciali basate su trattamenti specifici e particolari.

In questo scenario, il diritto fondamentale embrionale alla protezione dei dati personali e alla privacy digitale ha iniziato ad acquisire una forma concreta. In realtà, il riconoscimento e la “costituzionalizzazione” di questo diritto erano strettamente connessi all’evoluzione dell’identità dell’Unione europea. Questa è stata forse una ragione in più per la creazione e il consolidamento di questo “super” diritto fondamentale. Il diritto alla protezione dei dati personali e della privacy digitale è stato finalmente codificato nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta dell’UE) e sancito dall’art. 16 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), che prevede il base giuridica per l’adozione di un nuovo quadro normativo per il trattamento dei dati personali. Nello specifico, la Carta UE dedica alla materia due disposizioni; vale a dire l’art.

7, relativo al rispetto della vita privata e della vita familiare, e l'art. 8, relativo alla protezione dei dati personali.

In tale contesto, la Corte di giustizia ha svolto un ruolo cruciale nella transizione del diritto europeo alla privacy e alla tutela dei dati personali da una dimensione economico funzionale a una più orientata al rispetto dei diritti fondamentali come rappresentata dal regolamento n. 679/2016, anche noto come GDPR⁶. Quando si sposta l'attenzione sull'Europa e la sua sensibilità, il primo emendamento del costituzionalismo europeo è, prima ancora che la privacy⁷, la dignità dell'uomo che evidentemente trova il suo fondamento in quella prima sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1983⁸, nella quale si identifica la tutela dell'autodeterminazione informativa in due articoli della Costituzione tedesca: l'art. 1, dignità, e l'art. 2, i diritti della personalità. Il diritto al libero sviluppo della propria personalità come riflesso del primo emendamento europeo, cioè dignità, e privacy, caratterizza tutto il sistema europeo. L'attenzione merita di essere posta non solo sull'art. 3 della Carta dei diritti dell'Unione, o sugli artt. 7 e 8, ma su un articolo che è al di là di qualsiasi sospetto tecnologico, cioè l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che parla di rispetto della vita privata, e che, come già sottolineato, non poteva prevedere l'evoluzione positiva del diritto alla privacy quando ancora i primi *database* non erano stati sviluppati in Europa.

In questo scenario assistiamo a uno scontro tra le prospettive statunitensi ed europee. Mentre l'UE ha introdotto nuove regole e diritti al fine di tutelare la privacy e la tutela dei dati personali, il sistema statunitense non ha adottato una legislazione federale. Inoltre, va sottolineato che anche le società statunitensi sono profondamente influenzate dalle regole del GDPR dal momento che l'Europa costituisce un mercato rilevante.

⁶ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), OJ L 119, 1-88.

⁷ B. PETKOVA, *Privacy as Europe's first Amendment*, in *European Law Journal*, 25, 2019, p. 140.

⁸ German Federal Constitutional Court's Judgment of 15 December 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

Sebbene questo fenomeno non riguardi solo gli Stati Uniti, tuttavia il sistema statunitense sembra essere il più coinvolto come confermato anche dalla recente decisione nel caso *Schrems II*⁹. In questa prospettiva, la questione dell'“europeizzazione” della protezione dei dati appare un tema centrale che rappresenta una sfida alla sovranità digitale dei paesi terzi. Risulta quindi chiaro che il diritto alla privacy definito da Warren e Brandeis come *right to be let alone* ha vissuto un processo di migrazione dagli Stati Uniti all'Europa, acquisendo progressivamente una dimensione che non protegge esclusivamente l'aspettativa di privacy dell'individuo ma che vede nella definizione di un sistema di principi e regole per la protezione dei dati un ulteriore momento essenziale per tutelare la personalità.

Ne consegue che è chiaro che il diritto alla privacy, designato da Warren e Brandeis, ha vissuto un processo di migrazione dagli Stati Uniti all'Europa, acquisendo progressivamente una dimensione che non protegge esclusivamente le aspettative di privacy dell'individuo, ma che vede nella definizione di un sistema di principi e regole per la protezione dei dati un ulteriore impulso essenziale per tutelare la personalità individuale. Il sistema europeo ha creato un *unicum*, un diritto innovativo e pervasivo alla protezione dei dati che ha trasfigurato l'ambiente Internet e ha profondamente influenzato o altri sistemi legali, generando una nuova migrazione di questo diritto.

3. *Il peculiare esempio della privacy digitale.*

I giudici europei con tre decisioni tra il 2014 e il 2015 hanno fatto emergere la chiara volontà, da parte degli stessi giudici, di prendere (forse troppo) sul serio la protezione di un nuovo *digital right to privacy* andando oltre un approccio meramente formalistico e assicurando un ampio livello di protezione degli artt. 7 e 8 riconosciuti dalla Carta, anche a discapito di altri diritti di rango pari-ordinato, come, in primo luogo, libertà di espressione.

⁹ Corte giust. 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559.

È possibile semplificare tale processo richiamando tre *landmark decisions*. Si tratta, in particolare, del caso *Digital Rights Ireland*¹⁰, occasione in cui i giudici di Lussemburgo hanno annullato, perché in contrasto con alcune previsioni della Carta, la direttiva 2006/24¹¹ in materia di conservazione dati (c.d. *data retention*); del caso *Google Spain*¹² dove la Corte ha stabilito, *inter alia*, l'obbligo per i motori di ricerca, a certe condizioni, di rimuovere, su espressa richiesta del ricorrente, *link* relativi a pagine Internet contenenti informazioni in grado di poter ledere il c.d. diritto all'oblio del soggetto i cui dati personali, e spesso sensibili, permangono per un periodo significativo in rete; del caso *Schrems*¹³ in cui la Corte ha invalidato la Decisione della Commissione che aveva omologato i principi del *Safe Harbor* nell'anno 2000¹⁴.

Sebbene a prima vista le tre fattispecie possano sembrare diverse e non avere punti in comune, esse condividono almeno due elementi chiave: in primo luogo, la dimensione digitale (e quindi la prospettiva transnazionale) e in secondo la necessità di garantire un elevato livello di tutela della privacy e dei dati personali in quanto diritti fondamentali da tutelare anche (e specialmente) nei confronti nuovi poteri privati della rete. Come si avrà modo di apprezzare, non è una coincidenza che in questi casi

¹⁰Corte giust. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, ECLI:EU:C:2014:238.

¹¹Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, OJ L 105, 54-63.

¹²Corte giust. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

¹³Corte giust. 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650.

¹⁴Decisione della Commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, OJ L 215, 7-47.

la Corte abbia garantito un margine di tutela elevato di tali diritti ampliandone i confini di tutela. Emerge infatti come i giudici di Lussemburgo sia pervenuti a tale esito attraverso una lettura manipolativa della disciplina di diritto derivato alla luce dei parametri costituzionali – gli artt. 7 e 8 della Carta – che configurano lo statuto a tutela della *digital privacy*.

3.1. Digital Rights Ireland.

Il primo passo verso una tutela estensiva della privacy e dei dati personali viene compiuto in *Digital Rights Ireland*¹⁵, occasione in cui la Corte ha riconosciuto una così ampia tutela dei suddetti diritti fondamentali tale da giustificare l'annullamento della direttiva 2006/24. Tra le varie argomentazioni sviluppate nel caso in questione, risulta cruciale sottolineare la chiara intenzione della Corte di ricondurre la tutela dei dati personali, che grazie all'art. 8 si emancipa dalla visione statica della privacy (art. 7), nel novero delle tradizioni costituzionali degli Stati membri riconoscendoli, quindi, quali valori condivisi all'interno dell'Unione. Quando in realtà, questo non era (e non è) esattamente lo *status quo*.

In particolare, al fine di addivenire a tale risultato, la Corte ha voluto fare credere, con un sapiente gioco di illusione ottica – e in questo il Preambolo¹⁶ della Carta ha fornito un ottimo *assist* laddove fa riferimen-

¹⁵ Per alcuni commenti, v. L. TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 8-9, 2014, p. 1850 ss.; R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «data retention» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2, 2014, p. 178 ss.; A. VEDASCHI-V. LUBELLO, *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy: a European perspective*, in *Tilburg Law Review* 20, 2014, p. 14 ss.; M. NINO, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4, 2014, p. 803 ss.; F. FABBRINI, *The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, in *Harvard Human Rights Journal*, 28, 2015, p. 65 ss.

¹⁶ Secondo il Preambolo della Carta: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti

to alla stessa quale un semplice esercizio di riaffermazione dei diritti provenienti da tradizioni costituzionali comuni – che la Carta stessa, sia, utilizzando l'espressione di Lessig¹⁷, esclusivamente una *codifying constitution*, vale a dire un documento di natura costituzionale che si fa carico soltanto di catalogare l'esistente, e di sistematizzare, e per l'appunto, "codificare" a livello super primario percorsi evolutivi (in questo caso riferiti alle tradizioni costituzionali comuni) già presenti nell'ambiente giuridico in cui prende corpo il nuovo *bill of rights*.

A guardar bene, però, la Carta di Nizza ha una natura ambivalente. È sicuramente una *codifying constitution*, ma non soltanto. Ha anche in sé molto della seconda categoria identificata da Lessig, quella che lui definisce *transformative constitution* e che si distingue per una attitudine della Carta alla modifica dello *status quo*, innovando su aspetti essenziali della cultura giuridica caratterizzante il contesto di riferimento in cui prende corpo, e quindi andando oltre le tradizioni costituzionali esistenti. Attitudine ad essere (anche) una *transformative constitution* che emerge proprio con riferimento all'art. 8 della Carta che, a ben vedere, non costituisce la proiezione europea di un fattore costituzionale condiviso come invece ci vorrebbe fare credere la Corte di giustizia, nel tentativo di legittimare il suo intervento ablatorio, fondandolo sul preteso collegamento tra dimensione europea e quella costituzionale degli Stati membri. A disporre, infatti, di una espressa tutela costituzionale relativa alla protezione dei dati sono esclusivamente l'Olanda, dopo la revisione costituzionale del 1983, la Spagna, all'art 18(4) della sua Costituzione ed alcune esperienze costituzionali dell'Europa centro-orientale.

Per la prima volta nella storia del processo di integrazione europea, la Corte ha deciso di invalidare un atto di diritto derivato dell'UE in quanto violava la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il procedimento di rinvio pregiudiziale era stato avviato dai rinvii della *High Court of Ireland* e della Corte costituzionale austriaca. Le questioni solle-

in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

¹⁷L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

vate da questo caso derivavano dal fatto che la direttiva sulla conservazione dei dati consentiva alle autorità nazionali di raccogliere informazioni intrusive riguardanti molteplici aspetti della vita privata dei clienti dei fornitori di servizi di telecomunicazioni, come l'identità, nonché il tempo e luogo in cui sono avvenute le comunicazioni. Nel complesso, queste informazioni avrebbero potuto fornire dettagli precisi sulla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati. Numerosi reclami erano stati quindi avanzati sia in relazione alla direttiva sulla conservazione dei dati che alle disposizioni nazionali che la traspongono, poiché le condizioni alle quali l'interferenza con la vita privata delle persone poteva essere giustificata non erano state stabilite in modo chiaro e preciso.

La direttiva sulla conservazione dei dati risultava da un *security ethos*, come risposta immediata agli attacchi dell'11 settembre 2001. Intrisa di una logica di controllo preventivo e diffuso, la direttiva prevedeva alcune eccezioni alla tutela della privacy previste dalle direttive 95/46 e 2002/58, come rilevato dall'Avvocato Generale Cruz Villalón. Tali strumenti, infatti, avevano lo scopo di garantire la riservatezza delle comunicazioni e dei dati di traffico e, a tal fine, stabilivano l'obbligo per gli operatori di telecomunicazioni di cancellare o rendere anonimi i dati laddove non fossero più necessari per la trasmissione di una comunicazione, a meno che necessario ai fini della fatturazione.

In un tale contesto, la Corte, interpretando i diritti della Carta, ha ritenuto che le misure per la conservazione dei dati e la comunicazione di tali dati alle autorità nazionali fossero di per sé ammissibili. Infatti, questi meccanismi perseguivano obiettivi di interesse generale per l'UE come la prevenzione del terrorismo, il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali e, più in generale, la lotta alla criminalità e, quindi, la protezione della sicurezza pubblica. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che il diritto primario dell'UE fosse stato violato quando si considerava la proporzionalità della raccolta e dell'archiviazione dei dati come previsto dalla direttiva sulla conservazione dei dati. Una volta stabilita l'ampia interferenza con i diritti protetti dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Corte si è concentrata sulla proporzionalità di tale interferenza rispetto agli obiettivi perseguiti dalla direttiva sulla conservazione dei dati, in particolare, vista l'assenza di garanzie adeguate e necessarie per giustificare le limitazioni proposte ai diritti fondamentali pertinenti garantiti dalla Carta.

3.2. Google Spain.

Una volta radicate la privacy e la protezione dei dati personali come diritti fondamentali dell'Unione, la Corte è andata ben oltre tale riconoscimento in *Google Spain*. Si può affermare come il ruolo giocato dagli artt. 7 e 8 della Carta non sia stato esclusivamente quello di parametro interpretativo della disciplina rilevante. La Corte sembra infatti averne presupposto, non si sa quanto consapevolmente, un'efficacia diretta orizzontale di tali diritti nei confronti di un operatore privato quale, nel caso di specie, un motore di ricerca. In particolare, il passaggio rilevante a questo proposito è quello previsto, *inter alia*, dal par. 96 della decisione citata, laddove la Corte si chiede se l'interessato abbia diritto a che l'informazione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati generato da un motore di ricerca. L'unico modo per rispondere positivamente, come fa la Corte, a tale quesito, essendo l'informazione rilevante in questo caso vera e non parziale, ed essendo il diritto in questione, come l'Avvocato generale ha spiegato in dettaglio nelle sue conclusioni, non enucleabile, *de iure condito*, dalla direttiva 95/46, è quello di attribuire un'efficacia diretta orizzontale all'art. 8 della Carta.

Il punto sembra di cruciale rilievo. Da una parte, infatti, uno sdoganamento della possibilità di attribuire efficacia diretta ed orizzontale ai diritti fondamentali previsti dalla Carta e rilevanti nell'ecosistema digitale sembra in grado di superare quegli ostacoli che fino ad ora hanno impedito di coinvolgere a pieno titolo gli operatori privati nel processo di promozione e tutela degli stessi diritti in Internet; dall'altra, la Corte sembra implicitamente superare quel formalismo (quasi confusione) espresso nelle decisioni precedenti andando oltre le mere argomentazioni letterali.

Un altro aspetto della sentenza in questione che manifesta il medesimo approccio espansivo (*melius*, manipolativo) utilizzato dalla Corte al fine di riconoscere un diritto all'oblio digitale attiene all'estensione della nozione di stabilimento anche a soggetti non residenti nel territorio dell'Unione. In primo luogo, occorre osservare la sempre più consolidata attitudine ad applicare la disciplina europea in tema di protezione dei dati personali tutte le volte in cui il soggetto interessato sia un cittadino europeo, *melius*, un residente nel territorio dell'Unione, indipendentemente – il che non sarebbe ovviamente una novità, non solo dal luogo in cui si

trovano i *server* da cui ha origine l'attività di trattamento dati, ma anche dalla circostanza, molto meno ovvia, che, tanto sotto il profilo oggettivo dello strumentario rilevante, quanto sotto quello soggettivo dello stabilimento del responsabile del trattamento, il trattamento non sia avvenuto in Europa.

A ben vedere, infatti, l'interpretazione estensiva che la Corte ha dato della locuzione nel "contesto dell'attività" di stabilimento, in forza della quale, di fatto, si considera responsabile del trattamento chi, per la stessa ammissione della Corte, non effettua un trattamento in senso stretto, perviene, in sostanza, con altro mezzo, allo stesso risultato dell'art. 3(2) del GDPR. Al punto 58, la Corte esplicita le ragioni di tale approccio espansivo osservando che «non si può accettare che il trattamento di dati personali effettuato per le esigenze del funzionamento del suddetto motore di ricerca venga sottratto agli obblighi e alle garanzie previsti dalla direttiva 95/46, ciò che pregiudicherebbe l'effetto utile di quest'ultima e la tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche che detta direttiva mira a garantire (...), segnatamente il diritto al rispetto della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali, al quale detta direttiva riconosce un'importanza particolare».

Tale approccio espansivo, già presente nel caso *Digital Rights Ireland*, può essere letto anche dal punto di vista politico, e non strettamente giuridico, come espressione di una sovranità digitale europea che mira a delinarsi in modo fermo rispetto al contesto transnazionale in cui Internet si sviluppa. Il passaggio rilevante in cui sembra chiaramente manifestarsi lo spostamento dell'attenzione della Corte di giustizia dalla questione relativa alla legge applicabile a quella connessa, invece, alla infrastruttura geografica rilevante, è quello in cui, in *Digital Rights Ireland*, i giudici comunitari hanno modo di affermare che, visto che detta direttiva «non impone che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell'Unione, e di conseguenza non si può ritenere pienamente garantito il controllo da parte di un'autorità indipendente, esplicitamente richiesto dall'articolo 8, paragrafo 3, della Carta, del rispetto dei requisiti di protezione e di sicurezza, quali richiamati ai due punti precedenti»¹⁸.

In questo caso, il portato normativo dell'art. 8(3) della Carta è utiliz-

¹⁸ Corte giust., *Digital Rights Ireland*, cit. punto 68.

zato dalla Corte per giustificare l'esigenza, non si capisce bene come attuabile in concreto, che i dati personali dei residenti in Europa, trattati al fine di prevenire attentati alla sicurezza nazionale, siano conservati all'interno del territorio degli Stati membri dell'Unione europea. È evidente come la dimensione giuridica della identificazione della legge applicabile e quella geografica del luogo di conservazione dei dati costituiscano due tasselli dello stesso mosaico giurisprudenziale volto a fare della "legge" e del "suolo" europei le due colonne portanti per la costruzione di una fortezza continentale a presidio dei dati personali dei residenti in Europa. Fortezza sicuramente inespugnabile all'interno, ma che rischia di non avere quei ponti levatoi che consentano un'effettività extraterritoriale della disciplina europea preposta alla tutela della privacy digitale.

Sembra proprio questo il limite più evidente del processo in corso ad opera di giudici di Lussemburgo di europeizzazione di Internet, la cui natura transnazionale di portata globale non sembra supportare il successo, con riferimento, appunto, alla effettività della tutela apprestata, di tentativi, seppure comprensibili e financo lodevoli negli intenti, di radicale regionalizzazione della protezione. Regionalizzazione, quest'ultima, che rischia di trasformarsi, peraltro, in una segmentazione e perfino balcanizzazione dei meccanismi di protezione.

3.3. Schrems.

Se questo è lo scenario delineabile già nel 2014 dall'analisi dei casi *Digital Rights Ireland* e *Google Spain*, il caso *Schrems*¹⁹ sembra confermare la

¹⁹ Per alcuni commenti v. G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2015, p. 383 ss.; O. POLLICINO-M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di) *La protezione dei dati personali. Dai "safe Harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, p. 73 ss.; M. SCHEININ, *The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion*, in *www.verfassungsblog.de*, 7 ottobre 2015; R. MILLER, *Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power*, in *www.verfassungsblog.de*, 7 ottobre 2015; C. KUNER, *The Sinking of Safe Harbor*, in *www.verfassungsblog.de*, 8 ottobre 2015; O. LYNKEY, *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems*, in *www.verfassungsblog.de*, 9 ottobre 2015.

tendenza espansiva della tutela della privacy e dei dati personali nonché l'estensione della già menzionata sovranità digitale europea.

Anche in questo caso in un particolare passaggio della pronuncia in esame²⁰, sembra cogliersi nuovamente quell'attitudine a un'interpretazione espansiva, quasi manipolativa, delle disposizioni contenute nella direttiva, secondo una deviazione, non si fatica a credere volontaria, incline a garantire alla tutela dei dati personali il più ampio spazio: la Corte attribuisce all'art. 25(6) della direttiva 95/46, la norma su cui poggia il potere della Commissione di constatare l'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali offerto da un paese terzo, lo scopo di assicurare la continuità (quasi un prolungamento spaziale della tutela giuridica) del grado elevato di protezione che la direttiva mira a stabilire all'interno dell'Unione europea. Sembra che, anche in questo caso, la Corte non si sia astenuta ma abbia anzi dato seguito a questa attitudine²¹.

Osservando più attentamente la decisione in questione, è possibile considerare come in questo caso la Corte abbia fatto riferimento a due modelli di privacy utilizzando il parametro europeo della Carta e la tutela riconosciuta dall'ordinamento statunitense. Così, le valutazioni condotte dalla Corte di giustizia, se investono direttamente la decisione adottata dalla Commissione, concernono in larga parte le garanzie (non) previste dall'ordinamento statunitense, risolvendosi in un apprezzamento della loro equivalenza (sostanziale) rispetto al quadro dettato dalla direttiva 95/46 in Europa. Il sistema del Safe Harbor e i principi che vi sono racchiusi costituiscono pertanto il parametro interposto al quale i giudici di Lussemburgo si riferiscono per valutare la legittimità della decisione della Commissione.

Inutile negare che il portato degli artt. 7 e 8 della Carta, formalmente non coinvolti in questa "triangolazione" tra decisione, direttiva e Safe

²⁰ Corte giust., *Schrems*, cit. punto 72.

²¹ In questo modo, l'argomentazione della Corte sembra dare a tratti credito alle opinioni di molti dei commentatori che hanno indicato nella sentenza *Schrems* la reazione, in parte anche emotiva, dell'Europa allo scandalo NSA e alle operazioni di sorveglianza globale messe in atto dal governo degli Stati Uniti, dietro il consenso o quantomeno la complicità (forse inconsapevole) di alcuni Stati membri: un contesto nel quale, stando a un piano giuridico, gli Stati Uniti non garantirebbero i presupposti per una tutela efficace, esponendo a pregiudizio i dati personali trasferiti dall'Unione europea soprattutto nell'ambito dei trattamenti effettuati da autorità pubbliche.

Harbor, sia in realtà decisivo. È proprio la valorizzazione delle disposizioni della Carta, infatti, che permette alla Corte di giustizia di elevare, da un lato, la valutazione generale sul livello di protezione offerto dalla direttiva, e dall'altro, lo standard di "tolleranza" per legittimare il trasferimento di dati personali fuori dall'Unione europea, convertendo – come detto – in equivalenza il parametro, formalmente incardinato nell'art. 25 della direttiva, di adeguatezza.

Il risvolto sotto il versante argomentativo sembra coincidere con una trasformazione del principio di adeguatezza, cui la direttiva 95/46, all'art. 25, àncora la valutazione della legittimità del trasferimento di dati personali verso paesi terzi, un principio di protezione sostanzialmente equivalente della tutela dei diritti fondamentali in gioco²². Tale trasfigurazione del contenuto del test alla base della legittimità dei trasferimenti di dati personali verso paesi terzi si giustifica con l'intento di offrire una rinnovata e rinvigorita interpretazione dei diritti fondamentali alla privacy e alla tutela dei dati personali.

La lettera della direttiva ha così formato oggetto di un processo di (neanche troppo velata) manipolazione che, dietro un'evidente pressione per un rafforzamento delle tutele nel rapporto con l'ordinamento statunitense, ha condotto all'annullamento della decisione con cui la Commissione si era espressa in punto di adeguatezza. Con una motivazione, tuttavia, che rispecchia indirettamente l'insufficienza di questo criterio, in surrogazione (interpretativa) del quale viene utilizzato il parametro relativo alla equivalenza sostanziale della protezione. Diversamente, non si comprenderebbe il motivo per cui, all'atto dell'adozione della decisione²³, quando la Carta dei diritti fondamentali ora così valorizzata stava per ve-

²² In sintesi, l'art. 25 della direttiva 95/46/CE stabilisce che il trasferimento di dati personali verso paesi terzi può aver luogo soltanto se il paese di destinazione garantisce un livello di protezione adeguato, fatte salve le misure nazionali di attuazione delle altre disposizioni della direttiva. Il compito di valutare l'adeguatezza del livello di protezione offerto da un paese terzo è affidato alla Commissione dal par. 6 dell'art. 25, secondo la procedura regolata all'art. 31 della direttiva. Nel caso la Commissione constati l'inadeguatezza del livello di tutela assicurato da un paese terzo, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a evitare ogni trasferimento di dati personali verso tale Stato.

²³ S. RODOTÀ, *Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa*, in *www.repubblica.it*, 12 ottobre 2015.

dere la nascita, ma il suo spirito non avrebbe potuto non influenzare le scelte del legislatore europeo, seppure a titolo di *moral suasion*, la Commissione abbia potuto licenziare un atto con il quale si accertava la sostanziale adeguatezza delle garanzie previste dall'ordinamento statunitense in materia di trattamento dei dati personali. A maggior ragione, questa considerazione deve valere a comparto normativo invariato, stante l'assenza di modifiche che abbiano investito le disposizioni dell'ordinamento statunitense in materia.

Mutato così il paradigma cui informare la valutazione da parte della Corte di giustizia, è stato per quest'ultima gioco facile addivenire all'annullamento della decisione. Si potrebbe inoltre porre in questione se abbia rivestito maggiormente carattere politico la decisione che è stata oggetto di annullamento ovvero la sentenza che l'ha decretata, vale a dire se i motivi che hanno condotto la Commissione, nel 2000, ad affermare forse anche per ragioni non meramente giuridiche l'adeguatezza del sistema di Safe Harbor siano prevalenti rispetto a quelli che hanno guidato la Corte di giustizia verso un'opposta, seppure "manipolata" valutazione.

L'approccio della Corte non può che manifestare una forma di *judicial activism* tesa alla manipolazione dei parametri costituzionali rilevanti tanto da estendersi allo scrutinio di regole extra europee. Il motivo di tale approccio, in particolare nel caso di specie, può essere rinvenuto nella riletture di un atto originariamente compatibile con il diritto dell'Unione europea che era stato adottato prima che la Carta di Nizza fosse emanata nel 2000 seppur senza efficacia vincolante. Tale "dinamizzazione" del giudizio della Corte risulta cruciale se si pensa che l'adozione della Carta che ha innalzato il livello di tutela dei diritti fondamentali è giunta poco prima di un momento cruciale per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti la cui risposta è stata espressa da un abbassamento della tutela dei diritti attraverso l'adozione dell'US Patriot Act nel 2001.

Il momento in cui tuttavia diviene più evidente l'operazione complessiva condotta dalla Corte di giustizia, insieme alle forzature che essa inevitabilmente implica, è quello relativo al giudizio sul rispetto delle condizioni previste dalla direttiva 95/46 per la legittimità della decisione della Commissione. In tale ambito, compito della Corte diviene quello di condurre uno scrutinio sul livello di adeguatezza della tutela offerta dall'ordinamento statunitense.

Il punto che maggiormente si presta alla manipolazione interpretativa della Corte di giustizia è quello in cui i giudici osservano che, a ben vedere, la direttiva non individua in maniera esaustiva e analitica i criteri per valutare l'adeguatezza del livello di protezione offerto dall'ordinamento di un paese terzo. Né, aspetto ancora più rilevante, la nozione di adeguatezza è oggetto di specifica definizione. Al riguardo, infatti, l'art. 25(2), si limita a stabilire che l'adeguatezza «è valutata con riguardo a tutte le circostanze relative a[d] un trasferimento o ad una categoria di trasferimenti di dati»; e, in secondo luogo, che «sono presi in considerazione la natura dei dati, le finalità del o dei trattamenti previsti, il paese d'origine e il paese di destinazione finale, le norme di diritto, generali o settoriali, vigenti nel paese terzo di cui trattasi, nonché le regole professionali e le misure di sicurezza ivi osservate». Questa indicazione, nondimeno, presenta tutt'altro che carattere esaustivo. In sintesi: non c'è riscontro di un concetto di adeguatezza espresso in senso vincolante, né di un set di criteri ai quali tale apprezzamento debba necessariamente essere informato.

In particolare, nella decisione in questione, emerge chiaramente lo sbilanciamento della Corte a favore di una tutela dei dati personali secondo un canone di equivalenza anziché di mera adeguatezza: questa sfumatura sembra emergere nell'enfasi data all'obiettivo dell'art. 25 della direttiva, vale a dire «assicurare (...) la continuità del livello elevato di tutela di tale protezione in caso di trasferimento di dati personali verso un paese terzo» (nella versione in lingua inglese «*to ensure that the high level of that protection continues where personal data is transferred to a third country*») ²⁴. La vera declinazione del parametro di adeguatezza secondo un'angolazione che lo parifica a quello di equivalenza si nota nel successivo passaggio in cui la Corte ²⁵, pur premurandosi di precisare che lo standard di adeguatezza non implica un livello di protezione identico a quello europeo, richiamando le argomentazioni dell'Avvocato generale ²⁶, specifica che il

²⁴ Corte giust., *Schrems*, punto 72.

²⁵ *Ivi*, punto 73.

²⁶ Nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot 23 settembre 2015, causa C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:627, al punto 141, richiamato dalla Corte, l'Avvocato generale osserva: «un paese terzo assicura un livello di protezione adeguato solo qualora, al termine di una valutazione di insieme del diritto e della prassi nel paese terzo in que-

termine adeguatezza sottende l'esigenza di livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione – passaggio cruciale – «in forza della direttiva 95/46, letta alla luce della Carta». Ecco il pre-orientamento assiologico (o, se si volesse leggere maliziosamente, il pregiudizio assiologico) che conduce alla conversione del parametro di adeguatezza in quello di equivalenza tramite il trasformatore permanente della Carta dei diritti fondamentali: la Corte è chiara nell'esprimere l'avviso che è proprio una lettura teleologicamente ispirata dalla Carta a legittimare questa operazione di manipolazione della direttiva.

Si registra poi un'attenzione da parte della Corte alla natura dinamica del livello di protezione, che può variare a seconda di fattori diversi. Proprio per questo la Corte precisa che la Commissione è tenuta a effettuare una verifica periodica sull'adeguatezza della protezione in forza della direttiva. Siffatta verifica, aggiunge la Corte, è «in ogni caso obbligatoria quando taluni indizi facciano sorgere un dubbio al riguardo»²⁷. E naturalmente, ai fini di tale verifica deve tenersi conto delle circostanze intervenute successivamente alla decisione della Commissione: ecco l'esigenza di una rivisitazione sul rispetto dello standard che la direttiva impone per assicurare quella continuità di protezione anche sotto il profilo temporale, e non meramente spaziale.

Al successivo punto 74 la sentenza fa emergere un ulteriore profilo di dinamizzazione, laddove la Corte precisa che gli strumenti di tutela scelti dai paesi terzi possono essere senz'altro differenti da quelli adottati negli Stati membri per ottemperare ai requisiti della direttiva «letta alla luce

stione, essa sia in grado di dimostrare che tale paese offre un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello offerto da tale direttiva, anche se le modalità di tale protezione possono essere diverse da quelle generalmente vigenti all'interno dell'Unione». Dunque, l'autore, o quantomeno l'artefice in prima battuta della manipolazione è piuttosto l'Avvocato generale. Che, non a caso, dopo essersi spinto così coraggiosamente in un argomento assai delicato, avverte, al successivo punto, l'esigenza di precisare che «[b]enché il termine inglese “adequate” possa essere inteso, dal punto di vista linguistico, nel senso che esso designa un livello di protezione appena soddisfacente o sufficiente, e[d] avere pertanto un campo semantico diverso dal termine francese “adéquat”, si deve osservare che il solo criterio che deve guidare l'interpretazione di tale termine è l'obiettivo consistente nel conseguimento di un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali, come richiesto dalla direttiva 95/46».

²⁷ Corte giust., *Schrems*, cit., punto 78.

della Carta». Si intravede in questo passaggio un'ulteriore traccia dell'itinerario di manipolazione che percorre l'intera architettura della sentenza: non è più la direttiva la sola base giuridica cui ancorare la valutazione di legittimità e di conformità all'*acquis* europeo della decisione della Commissione, ma quest'ultima si allarga alla Carta dei diritti fondamentali, che entra sulla scena con la sua portata "costituzionalizzatrice" e rende evidente il percorso da una protezione perlopiù mercantilistica della circolazione dei dati personali a una *fundamental rights oriented*.

Il punto è strategico per la Corte al fine di riaffermare che gli strumenti adottati da paesi terzi devono rivelarsi efficaci ad assicurare una protezione sostanzialmente equivalente a quella garantita all'interno dell'Unione. L'approccio dei giudici del Lussemburgo sembra peculiare a questo riguardo. Da un lato, infatti, la Corte fa esplicitamente ammissione della diversità degli strumenti che possono assicurare, in paesi terzi, la tutela dei dati personali secondo standard adeguati, se comparati al livello di protezione dell'Unione europea. Sembrerebbe dunque un passo indietro, una sorta di *self-restraint* della Corte che prende atto che al (quasi) medesimo risultato è possibile pervenire tramite un percorso diverso, così ponendo le basi, concettualmente, per una sostanziale insindacabilità delle soluzioni normative adottate in ordinamenti diversi da quello dell'Unione europea. Dall'altro lato, però, la Corte entra eccome nel merito degli strumenti normativi che assicurano la protezione dei dati personali nell'ordinamento cui si riferisce la constatazione di adeguatezza contenuta nella decisione 2000/520, ossia quello statunitense. E lo fa con un approccio che è inedito, almeno per quanto riguarda le decisioni che più direttamente vertono in materia di diritti fondamentali, e non di libertà economiche: con uno sguardo pragmatico e un'attenzione particolare per il soddisfacimento dell'obiettivo di tutela sotteso alle misure in questione.

4. *Una visione di carattere costituzionale.*

A questo punto, occorre sottolineare alcuni punti che disegnano una visione di carattere costituzionale che emerge dalle suddette decisioni. Come visto nelle tre decisioni appena analizzate, uno dei fattori determinanti che hanno spinto la Corte a riconoscere una tutela estensiva della

privacy e dei dati personali è stata la dimensione a-territoriale delle nuove tecnologie. Tale approccio risulta chiaro non solo come visto in *Digital Rights Ireland* riguardo l'annullamento della direttiva 2006/24 per via della sproporzione dei termini di conservazione, ma anche nel caso *Google Spain* dove non solo il diritto all'oblio è stato garantito agli utenti ma è stata riconosciuta una nozione di stabilimento di carattere ampio dovuta alla possibilità per soggetti privati di esercitare la propria attività d'impresa pur non avendo una sede nell'Unione. Allo stesso modo, la sentenza *Schrems* pone il territorio in una posizione di subordinazione rispetto alla necessità di tutelare i diritti fondamentali. Inoltre, il passo ulteriore compiuto in questa sentenza non consiste soltanto nella caducazione della Decisione di adeguatezza del 2000 ma nell'estensione dell'efficacia del parametro europeo rispetto alla normativa degli Stati Uniti e quindi alla sua giurisdizione.

Da un punto di vista soggettivo, la Corte ha esteso le garanzie di cui ai suddetti diritti fondamentali anche ai rapporti tra soggetti privati. Mentre in *Digital Rights Ireland* and *Schrems*, tale profilo può essere apprezzato in via indiretta, questo risulta particolarmente evidente in *Google Spain* dove la Corte, riconoscendo il ruolo cruciale dei motori di ricerca nel trattare le informazioni a disposizione, ha ritenuto necessario dapprima responsabilizzare tali soggetti ritenendoli titolari del trattamento dei dati risultanti dalle ricerche lanciate attraverso i propri servizi, dall'altro, attraverso il riconoscimento del diritto all'oblio, la Corte ha fornito un rimedio agli utenti al fine di poter ottenere dopo un (indefinito) periodo di tempo la rimozione dei *link* (e non delle informazioni) riguardanti fatti o notizie attinenti all'interessato, applicando orizzontalmente – seppur implicitamente – i diritti previsti dalla Carta.

Il riconoscimento di tale rimedio, che apparentemente deriva da un'interpretazione estensiva delle disposizioni della direttiva 95/46, può essere letto in realtà come un'espressione orizzontale dell'efficacia degli artt. 7 e 8 della Carta. Appare chiaro infatti come seppur la possibilità per gli utenti di esercitare il proprio diritto al *delisting* abbia una base normativa, l'approdo a tale interpretazione è dovuto all'intento della Corte di assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta. Tale scelta porta a riflettere sul tema del rapporto tra Costituzione e privati che esercitano funzioni para-

pubblicistiche nel panorama costituzionale europeo. Questo profilo risulta particolarmente evidente in *Google Spain* dove l'esigenza di riconoscere un diritto all'oblio applicando orizzontalmente – seppur implicitamente – il diritto alla privacy degli interessati trova la sua ragione nell'interesse a limitare l'espansione di forme di potere che non sono più esercitate solamente dall'attore pubblico ma anche da soggetti privati come nel caso di specie da un motore di ricerca.

Da un tale quadro, risultano almeno due punti fondamentali. Il primo attiene al livello dell'intervento. Non sembra infatti necessario intervenire con nuove carte, ma intercettare assiologicamente quell'anticipazione della tutela già menzionata, che è già insita nei parametri costituzionali esistenti. Sembra quindi opportuno concentrarsi sulla necessità di una rigenerazione semantica delle carte esistenti, a cominciare dalla Convenzione europea che di fatto trova applicazione proprio in questo contesto, per non menzionare poi l'esempio della Corte di giustizia che applica gli artt. 7 e 8 della Carta a nuovi diritti, come per esempio il diritto a essere dimenticato. Quel “*right to be forgotten*”, in realtà, non è che una declinazione dei diritti esistenti. Dal punto di vista invece della legislazione secondaria, evitando l'inflazione di carte e di corti, bisognerebbe intervenire su una regolamentazione più specifica, ad esempio, l'art. 22 del GDPR per quanto riguarda la decisione algoritmica. Ebbene, quel tipo di normativa svolge un ruolo importante perché fornisce un tipo di base giuridica specifica in grado di affrontare le sfide del presente ma anche quelle che si potranno per via dello sviluppo tecnologico.

Il secondo punto fondamentale è legato ad un altro possibile terreno comune. La domanda è se, oltre l'autonomia individuale, ci sia un secondo possibile ponte di interconnessione tra le due visioni in contrasto, prima evocate, tra i due “Primi Emendamenti” del costituzionalismo transatlantico, la libertà di espressione da una parte e la privacy (e dignità dall'altro). La risposta sembra essere positiva. Si tratta del terreno procedimentale che viene chiamato *digital due process*, ossia quella serie di regole che fanno sì che l'interazione tra utente e algoritmo sia rafforzata. Questa tutela è già esistente quando si guarda all'art. 6 della Convenzione europea non verticalmente, ma orizzontalmente, visto lo spostamento nella geometria del potere, non più potere esclusivamente verticale, ma un potere che ha dimensione orizzontale. Quindi l'applicazione orizzon-

tale dei diritti rileva non soltanto per i diritti sostanziali ma anche per i diritti di matrice procedimentale e il *Digital Services Act* è proprio un esempio di questo terreno comune da un punto di vista procedimentale può accorciare le distanze delle due sponde dell'Atlantico.

A questo punto, occorre concentrarsi sull'inflazione di diritti, il conflitto tra diritti, il bilanciamento e le nuove carte. La lezione che può essere colta dall'esperienza del digitale attiene al ruolo che le corti hanno avuto nell'*enforcement* della *digital privacy* in Europa, da *Google Spain* a *Schrems*. Quel tipo di attivismo ha fatto sì che si siano riscritte alcune regole, che poi sono state codificate dal GDPR. Questo tipo di meccanismo va assolutamente evitato in questo campo. In altre parole, bisogna fare attenzione all'*enforcement*, o dal punto di vista del processo politico o dal punto di vista del processo giudiziario, perché la dimensione giudiziaria europea ha prodotto non solo una frammentazione ma anche un nocumento alla certezza del diritto mettendo da parte quello che la stessa Corte di giustizia in *Schrems* fa emergere chiaramente, cioè l'importanza delle Autorità garanti come decisori decentrati di diritto dell'Unione europea che riscoprono la questione tecnica e la facciano emergere in maniera che possa avere da una parte certezza del diritto e dall'altra parte un'interlocuzione anche alternativa rispetto al singolo giudice del singolo foro.

5. Conclusioni.

La questione relativa all'opportunità di introdurre nuovi diritti nella società digitale non risulta risolta. Tuttavia, come esaminato nel presente contributo, risulta di fondamentale importanza fare attenzione a come il trasferimento concettuale dal mondo degli atomi al mondo dei *bit* come operato dalle corti possa condurre a soluzioni inaspettate spesso al fine di adattare la tutela dei diritti al cambiamento del contesto tecnologico.

Ciò risulta evidente, in materia di *privacy* e *data protection*, la Corte di giustizia ha dimostrato come, in assenza di nuovi diritti, le corti possano costituire degli attori centrali ai fini di interpretare il diritto in base al contesto tecnologico. In particolare, nei casi esaminati, la Corte ha giocato un ruolo da protagonista garantendo un'ampia tutela dei diritti fondamentali anche oltre i confini letterali e formali previsti dalla Carta. La

Corte, andando talvolta oltre i limiti dell'interpretazione, da un lato, ha creato una sorta di diritto super fondamentale alla privacy digitale e, dall'altro, ha ampliato l'ambito territoriale del suddetto diritto. Creando una fortezza continentale attorno al diritto alla privacy e alla protezione dei dati online, la Corte sembra non aver considerato l'impatto politico e giuridico delle sue decisioni in merito al rapporto con i paesi terzi.

Di conseguenza, anche se non si può nascondere quale siano le conseguenze dell'estensione del ruolo del potere giudiziario nel riempire gli spazi lasciati dal potere politico, le corti svolgono un ruolo centrale nel ridurre la naturale distanza tra diritti e tecnologie. In una società dove le tecnologie digitali vengono sviluppate e implementate da attori pubblici e privati, il ruolo delle corti fornisce non soltanto una garanzia ai fini dell'interpretazione dei diritti nel contesto tecnologico.

Bibliografia

- DE GREGORIO G., TORINO R., *Big Data, privacy e tutela dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale*, Milano, 2019.
- EASTERBROOK F.H., *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 207, 1996.
- FABBRINI F., *The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, in *Harvard Human Rights Journal*, 28, 2015, p. 65 ss.
- FINOCCHIARO G., *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 4-5, 2015, p. 383 ss.
- FLOR R., *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «data retention» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2, 2014, p. 178 ss.
- KUNER C., *The Sinking of Safe Harbor*, in *www.verfassungsblog.de*, 8 ottobre 2015.
- LESSIG L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.
- LYNSKEY O., *Negotiating the Data Protection Thicket: Life in the Aftermath of Schrems*, in *www.verfassungsblog.de*, 9 ottobre 2015.
- MILLER R., *Schrems v. Commissioner: A Biblical Parable of Judicial Power*, in *www.verfassungsblog.de*, 7 ottobre 2015.
- MITTELSTADT B., FLORIDI L., *The Ethics of Big Data: Current and Foreseeable Issues*, in *Science and Engineering Ethics*, 22, 2016, p. 303 ss.

- NINO M., *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4, 2014, p. 803 ss.
- PETKOVA B., *Privacy as Europe's first Amendment*, in *European Law Journal*, 25, 2019.
- POLLICINO O., BASSINI M., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. RESTA, V. ZENOVICHOVICH (a cura di) *La protezione dei dati personali. Dai "safe Harbour principles" al "privacy shield"*, Roma, 2016, p. 73 ss.
- RODOTÀ S., *Internet e privacy, c'è un giudice in Europa che frena gli Usa*, in *www.repubblica.it*, 12 ottobre 2015.
- SCHEININ M., *The Essence of Privacy, and Varying Degrees of Intrusion*, in *www.verfassungsblog.de*, 7 ottobre 2015.
- TRUCCO L., *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 8-9, 2014, p. 1850 ss.
- VEDASCHI A., LUBELLO V., *Data retention and its implications for the fundamental right to privacy: a European perspective*, in *Tilburg Law Review* 20, 2014, p. 14 ss.
- WARREN S.D., BRANDEIS L.D., *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4, 1890.

CONCLUSIONI GENERALI

Antonio Tizzano

1. Ringraziando anzitutto la prof.ssa D'Amico, Amalfitano e Leone, che hanno curato il volume e che mi hanno invitato a tirarne le conclusioni generali, mi chiedo come si possa concludere un'opera così ricca di idee, con saggi così puntuali e propositivi.

È vero che il volume, come il convegno dal quale trae occasione, ha in effetti un solo ed unico tema: la Carta dei diritti fondamentali. Ma quest'unico tema è stato affrontato sotto profili molto diversi e ha ricevuto risposte assai differenziate, articolate su una varietà di analisi ed esperienze normative e/o giurisprudenziali.

E quindi se ne usciamo certamente arricchiti sul piano della conoscenza e dell'analisi dei diversi aspetti considerati, non possiamo considerare risolti i molteplici problemi sollevati dalla Carta ed in particolare i problemi del ruolo, della funzione e dell'efficacia della stessa Carta.

Ma non credo che questo fosse lo scopo dell'iniziativa scientifica, come conferma anche la scelta dei temi e l'articolazione dei contributi, che ha prodotto ricostruzioni assai differenziate dei diversi problemi esaminati.

Cosa è successo in questi venti anni? Come si è evoluta la Carta? Quali conseguenze ha prodotto sul diritto dell'UE e sul sistema giuridico dell'Unione? Come ha influenzato o come è stata influenzata dal corpo del diritto dell'UE? Come essa ha inciso sull'interpretazione dei singoli diritti enunciati?

Queste sono alcune delle questioni che sono state poste oggi ed approfondite alla luce della prassi di questi anni.

Non potendo ovviamente esaminare tutte le risposte che sono state date nel corso dei nostri lavori a questi problemi, mi limiterò ad affron-

tarne alcune che mi sembrano più interessanti o che comunque sento più vicine alla mia sensibilità.

2. Anzitutto, vorrei dire qualcosa sulla questione della non-incorporazione della Carta nei testi vincolanti del diritto dell'Unione per i primi circa 10 anni, questione che solleva qualche perplessità sul periodo da prendere in considerazione al fine di valutare l'influenza e il peso della Carta nel processo di integrazione.

Perché ovviamente dovremmo dire che essa ha inciso per un po' più di 10 anni, se si considera questo aspetto non marginale, e cioè il fatto che per quasi metà del tempo trascorso essa non fosse vincolante.

Giuliano Amato ci ha ricordato, con l'esperienza del testimone diretto, ma anche con l'acume del fine giurista, le vicende che hanno portato a quella soluzione e l'impatto che ha avuto la non incorporazione tra i testi. Ma se si segue la tesi, affacciatasi già nei primi anni di vita della Carta, e cioè che essa si limita a "dichiarare", cioè a mettere in rilievo alcuni principi che sono già presenti nel sistema giuridico dell'Unione e degli Stati membri, individuati o enunciati per lo più dalla Corte di giustizia, allora possiamo dire che effettivamente da venti anni la Carta condiziona la vita della Corte e del diritto dell'UE.

Non so se tutti sono d'accordo su questa ricostruzione e certamente non lo furono tutti quando essa fu esposta in un testo giuridico ufficiale, come le mie conclusioni nell'affare BECTU. Poi però molti cambiarono posizione ed è questa di certo una bella soddisfazione per chi enunciò questa tesi in seno alla Corte nei primi anni 2000, restando isolato in quella sede, ma sostenuto da molti e autorevoli osservatori.

In effetti, a partire dal caso BECTU, la Carta è stata vista in modo diverso e, se non era pienamente vincolante, essa ha comunque cominciato a produrre i suoi effetti nel sistema. E, come è stato ricordato, ha trovato la sua espressione nel parere 2/13, dove la Corte ricorda che l'Unione ha un quadro, un suo impianto di tipo costituzionale, incluso un *bill of rights*.

3. Un'altra questione sollevata nel periodo iniziale di vita della Carta, ma che oggi ha cambiato natura e oggetto, riguarda l'ambito di applicazione della stessa, che è oggetto dei contributi inseriti nella prima parte

del volume, scritti da studiosi di grande esperienza e di notevole spessore teorico.

Oggi questo problema non si pone più negli stessi termini di quando si manifestò nei primi anni di applicazione della Carta.

Com'è noto, infatti, molti giudici nazionali pensavano che la Carta fosse di applicazione universale e interrogavano quindi la Corte su questioni anche estranee al diritto dell'Unione. Poi la Corte chiarì in modo netto e insistito l'ambito di applicazione della Carta, e una serie di rinvii pregiudiziali cessò, anche se la delimitazione non può essere tracciata con il regolo, specie con una Corte come quella di Lussemburgo, che – come ci ha ricordato il prof. Condinanzi – fa un'interpretazione molto dinamica di testi.

Oggi comunque la Corte, sia pur restando nei limiti fissati dall'art. 51, ha ampliato la portata della Carta sul piano sostanziale, consentendole di esercitare un ruolo ed un'influenza molto importante.

Su questa base, ha avuto inizio quel particolare rilievo assunto dalla Carta e la sua vocazione ad influenzare l'interpretazione o l'applicazione delle norme del Trattato. Perché quel che mi pare più significativo è proprio il peso che la Carta ha acquisito a questo proposito. Come ho già ricordato, infatti, in altra sede e com'era agevolmente prevedibile, non è il Trattato o il sistema del diritto dell'UE ad influenzare l'interpretazione della Carta, ma al contrario è la Carta che influenza l'interpretazione e la ricostruzione dei principi del diritto dell'Unione.

Basti pensare all'uso che è stato fatto dell'art. 47, sulla pienezza della tutela giurisdizionale e su altri principi fondamentali del processo, che hanno consentito di risolvere alcune delicate e importanti questioni. In effetti, questa norma è diventata un passaggio importante del diritto dell'UE, perché è stata utilizzata per configurare le caratteristiche che deve avere un sistema di giustizia nazionale per essere in linea con la nozione di stato di diritto, quale ricostruita dalla Corte.

Non essendovi infatti alcuna norma che definisca tali caratteristiche, è la Corte ad averlo fatto e continua a farlo, sulla base di principi generali e delle tradizioni comuni degli Stati membri. Il che dà anche il senso dell'importanza del ruolo che la Corte gioca nell'interpretazione della Carta e del ruolo che la Carta gioca nel sistema dell'Unione. In effetti, è la Corte che dà rilievo e importanza alla Carta e la Carta si offre a questo ruolo con disposizioni di carattere generale.

Tutto normale, se si vuole, perché la formulazione della Carta è conforme agli *standards* tipici di questo tipo di documento. Ma in un sistema che s'impenna su un giudice unico, depositario di ogni potere interpretativo, questo è sufficiente per consentire alla Corte di elaborare essa, sulla base dei testi sommari racchiusi nella Carta, un sistema compiuto e coerente di interpretazione del diritto UE, ma anche della Carta.

4. Non mi soffermo sui singoli diritti e sugli interessanti e appassionanti contributi in tema, ciascuno dei quali dimostra, nella propria specificità, il peso che la Corte ha avuto nell'estendere la portata e la tutela assicurata dalla Carta.

Mi pare però opportuno svolgere qualche considerazione sui riflessi che la Carta ha avuto nei rapporti tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali o Supreme degli Stati membri, che sono quelle meno propense ad accettare – per lo meno in alcuni casi – il primato del DUE e, naturalmente, della Carta.

Il punto è trattato nel volume con punti di vista diversi, ma sempre sotto profili di grande interesse, da qualificati studiosi della materia, alcuni dei quali si erano già espressi su di esso in precedenti articoli.

In questa materia consentitemi di fare qualche rapida osservazione, perché si tratta di un tema che mi ha sempre appassionato.

Anzitutto sul principio del primato del diritto UE, che ormai non mi pare si possa più contestare. Non v'è dubbio, infatti, che la Corte di giustizia debba assicurare, conformemente alla propria missione istituzionale, il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, inclusa la Carta dei diritti fondamentali, per quanto applicabile.

Essa, quindi, deve svolgere in questa materia il medesimo ruolo che svolge in tutti gli altri casi in cui esercita la propria competenza, ruolo che, com'è noto, carica la Corte di una straordinaria responsabilità ed è fondamentale, direi anzi addirittura qualificante del sistema dell'Unione.

Sottolineo questo punto, qui e una volta per tutte, perché spesso, nella foga della polemica su una pretesa vocazione monopolistica, se non "imperialistica" dei giudici del Lussemburgo, si tende a dimenticare che quel ruolo non è stato richiesto dalla Corte, ma che ovviamente ad esso la Corte non può, non deve e non vuole venir meno, essendo in ciò confor-

tata anche dagli importanti sviluppi impressi al sistema da tutte le revisioni dei testi succedutesi in questi anni, a conferma della fiducia di tutti gli Stati membri nell'istituzione giudiziaria dell'Unione.

D'altra parte, proprio in ragione di quanto precede, ove sia stata adita e sia competente, la Corte non può neppure, in nome di esigenze per così dire diplomatiche, limitare la portata sostanziale e l'efficacia formale delle proprie pronunce. E ciò non solo perché tali pronunce hanno di regola i medesimi effetti vincolanti per tutta l'area di applicazione del diritto dell'Unione, ma perché la Carta non può avere una diversità di applicazione da Stato a Stato, senza tradire la sua funzione di *bill of rights* comune e uniforme per tutti i cittadini dell'Unione.

In altri termini, 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.

Che vi sia un livello uniforme di protezione o vi siano le diversità nazionali che si esprimono in occasione dell'esecuzione del diritto dell'Unione, gli Stati membri devono comunque rispettare la Carta, norma di diritto primario che esprime i valori sui quali l'Unione è fondata.

Ove quindi si volesse dare, *per principio*, priorità ad una Corte costituzionale nazionale, in realtà si enuncerebbe una sorta di sovranismo giudiziario, una sorta di “prima gli italiani” (o prima i francesi, i bulgari, i lituani, ecc.), in cui lo schema delle competenze viene alterato per favorire il giudice nazionale delle leggi e anteporlo alla Corte comune.

Ma questo significherebbe in ultima analisi la retrocessione del sistema dell'Unione da ordinamento sovranazionale a semplice organizzazione internazionale. Significherebbe cioè eludere la prospettiva di una costruzione comune e quindi l'idea stessa di Unione europea, perché l'Unione non potrebbe sopravvivere che se i valori che uniscono i popoli europei sono comuni e, come tali, restano più forti delle differenze che le separano.

Questa è la logica sottostante all'art. 267 TFUE, che per l'appunto la Corte di giustizia richiama in ogni occasione, e non mi pare che essa ab-

bia modificato i propri orientamenti. Anzi li ha confermati anche dopo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017.

Sono questi, del resto, i principi finora riconosciuti da tutti gli Stati membri. Eventuali e sporadici tentativi di “deviazione” sono per l’ap-punto sporadici o spiegabili in funzione di circostanze assai specifiche. Ma i principi sono sempre fatti salvi.

5. Detto questo in termini generali e di principio, torniamo ai possibili contrasti tra Corte di giustizia e Corti costituzionali, segnatamente quando una questione mette in causa profili che possono rilevare dal punto di vista sia del diritto nazionale che di quello comunitario (lesione di diritti fondamentali).

È la questione che ha riguardato il recente atteggiamento della Corte costituzionale italiana, che ha oscillato per qualche mese, sostenendo che, in casi che coinvolgono il diritto UE e le questioni costituzionali a pari titolo, occorresse rinviare prima alla Corte costituzionale e poi eventualmente alla Corte di giustizia, e successivamente ha rimesso a posto le cose, scegliendo la soluzione più ragionevole. Non v’è dubbio, in effetti, che i giudici comuni possono anche essere lasciati liberi di valutare se rinviare prima alla Corte di giustizia o alla Corte costituzionale. Ma deve restare inteso che in ogni caso il giudice comune conserva la facoltà/obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia, anche se ha preliminarmente optato per la Corte costituzionale.

Si tratta di una soluzione che favorisce un’apertura al dialogo, oltre che più conforme agli obblighi imposti dai Trattati europei e da una prassi ormai ultra-sessantennale. Essa mi sembra anche più conforme alla natura delle situazioni in campo, nonché dei rapporti tra le Corti in Europa.

Com’è già stato notato, le Corti costituzionali rischiano in effetti di essere emarginate del tutto dal gioco dell’applicazione della Carta e delle Costituzioni nazionali. Da qui l’esigenza di soluzioni che permettano a queste Corti di avere un ruolo nel processo di verifica della compatibilità di una situazione di diritto interno con il diritto dell’Unione.

La Corte costituzionale potrà in effetti ritenere che il contrasto non sussista in un determinato caso e quindi non rinviare una questione a Lussemburgo, cosa del tutto legittima oggi, purché resti salvo il diritto

del giudice nazionale (inclusa, all'occorrenza, la stessa Corte costituzionale!) di sottoporre la questione alla Corte di giustizia.

Ammettere dunque che in alcuni casi la questione sia esaminata prima e/o solo da una Corte costituzionale può essere utile a dare un ruolo a queste Corti, ma anche a scaricare la Corte di giustizia da un carico di lavoro eccessivo e forse anche ultroneo rispetto alle esigenze reali di protezione del principio del primato del DUE.

Reinquadrate in questi termini, il conflitto tra le Corti può essere composto in modo meno problematico.

Sarà cioè sul terreno della cooperazione tra le istanze giudiziarie coinvolte che si potrà verificare se eventuali contrasti o lacune siano davvero tali, e in che misura, e se non vi siano altri modi per ovviare alla difficoltà.

6. Quello che conta, per concludere, è che tutta la prassi della Corte di giustizia mostra segni inequivoci della sua volontà di ricercare punti di convergenza tra le diverse istanze giurisdizionali per assicurare l'armonia nell'interpretazione del diritto UE e in particolare della Carta.

Ma analoga reazione si registra in tutte o quasi le Corti supreme degli Stati membri, che sembrano ugualmente ispirarsi, in larghissima misura, ad una prassi di apertura e di "leale collaborazione", per operare in conformità con la razionalità e la coerenza del sistema.

E in effetti, credo che se il nostro continente non è stato finora disseminato di guerre di religione (per lo meno giudiziarie...), ciò è dovuto proprio alla capacità delle Corti di operare con senso di responsabilità e spirito di collaborazione, e quindi con l'intento non già di alimentare eventuali e pur legittime diversità di valutazione, ma di superarle in uno sforzo di comprensione reciproca e, all'occorrenza, di progressiva composizione delle divergenze.

Ma dobbiamo ricordarci che il processo d'integrazione funziona in tempo di pace. Se c'è guerra, è difficile che esso possa funzionare. Ora gli echi di rifioritura di movimenti antieuropei rimbombano ed anzi crescono, come crescono in generale le difficoltà del processo d'integrazione. E questo, naturalmente, crea un clima permanente di incertezza, anche sulle prospettive generali del processo.

Anche per questo motivo, quindi, occorre evitare motivi di crisi, pure nel campo, certamente importante, che abbiamo qui considerato. E

quindi occorre insistere sulle intese giurisprudenziali, sul dialogo tra i giudici, sulla saggezza delle Corti nel risolvere sul terreno concreto i problemi che si presentano, come del resto è avvenuto finora. E questo è un dato confortante sul quale possiamo concludere, con qualche motivo in più di speranza e fiducia.

Finito di stampare nel mese di marzo 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

