

Augusto Barbera

La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia

(doi: 10.1439/89180)

Quaderni costituzionali (ISSN 0392-6664)

Fascicolo 1, marzo 2018

Ente di afferenza:

Università degli studi del Salento (unile)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia

1. CARTE E CORTI EUROPEE PER LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Alla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea concorrono, come è noto, molteplici fonti: le costituzioni nazionali; la CEDU, sia per la forza propria che le deriva dal diritto internazionale, sia per effetto dell'adesione ad essa dell'Unione (tuttavia ancora non avvenuta per le note resistenze); i «*principi generali*», che comprendono, oltre ai diritti sanciti dalla stessa CEDU, quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, seppur limitata agli atti riconducibili all'attuazione del diritto europeo.

Il quadro è divenuto ancora più complesso dopo il Trattato di Lisbona (2009), in particolare per effetto dell'art. 6 dello stesso. Detto articolo esordisce, infatti, al paragrafo 1, stabilendo che l'«*Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*». La norma prosegue prevedendo, al paragrafo 2, che «*l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»; e si chiude, al paragrafo 3, con la statuizione in forza della quale «*i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*». A queste vanno aggiunte alcune dichiarazioni internazionali, in particolare la Carta sociale europea (del 1961 ma ratificata dall'Italia con la legge 30 del 1999), che in base all'art. 150 del TFUE l'Unione e gli Stati sono tenuti a *tenere presente*.

Non basta quel giudice a Berlino che Bertolt Brecht faceva auspicare al mugnaio di Potsdam; più Corti sono chiamate ad assicurare l'osservanza

Lo scritto riprende parti della Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia, svoltosi a Siviglia il 26-28 ottobre 2017.

di più Carte: le singole Corti costituzionali nazionali, la Corte di giustizia, la Corte europea dei diritti, nonché i giudici comuni, altrettanto protagonisti nei fronti periferici.

Strette fra queste Corti e i giudici comuni, che con le prime dialogano direttamente (o pretendono di farlo), le Corti costituzionali nazionali rischiano l'emarginazione? Una posizione comunque non facile per la Corte italiana, dovendo contemporaneamente garantire (a differenza, ad esempio, di quella francese) sia la Costituzione nazionale, sia l'applicazione del diritto europeo, sia l'osservanza della Convenzione dei diritti. Compito non facile anche per altre Corti costituzionali; ma da qualche anno – questo è l'aspetto positivo – diffidenze e sospetti fra esse e la Corte di giustizia sono venuti meno, o si sono decisamente attenuati; lo dimostra il ricorso al rinvio pregiudiziale ormai acquisito dalle maggiori corti costituzionali, prima titubanti: da quella italiana nel 2008 (e dal 2013 per i giudizi in via incidentale), da quella spagnola nel 2011, da quella tedesca nel 2014 e da quella francese, con un tormentato e discusso *revirement*, nel 2013.

È un momento favorevole – io credo – per interrogarsi, come faremo, sui problemi posti dalla esistenza di due canali paralleli: da una parte la Corte di giustizia e i giudici comuni chiamati a *interpretare* ed applicare il diritto europeo, e quindi a *disapplicare* le norme nazionali contrastanti, dall'altra le Corti costituzionali chiamate, dalla sentenza Simmenthal in poi (1978), a *ritrarsi* rispetto all'applicazione del diritto europeo (ma inevitabilmente invogliate ad erigere barriere – i *controlimiti* – in nome dell'identità costituzionale nazionale). La presenza di questi due canali paralleli, su cui si sono retti per anni i collegamenti fra i due ordinamenti, nazionale e comunitario, può essere messa in crisi dalla applicazione della Carta di Nizza (che per comodità continuo a chiamare così, pur dopo il Trattato di Lisbona). Questo per due motivi: a) perché da essa passa oggi la tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, con disposizioni spesso coincidenti, financo nella formulazione letterale, con quelle relative a diritti riconosciuti dalle costituzioni nazionali; b) perché, essendo organizzata per *diritti* e per *principi*, spesso redatti in termini necessariamente *aperti*, 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.

Mi porrò quindi tre interrogativi: 1) come valorizzare la Carta di Nizza per la tutela dei diritti fondamentali ma contenendone l'effetto di *trabocciamento*; come evitare possibili esiti di emarginazione (e alla distanza di delegittimazione) delle Costituzioni nazionali? 2) come aggiornare i criteri su cui si reggono sia la Sentenza Simmenthal sia, per quanto riguarda la giurisprudenza italiana, la Sentenza Granital? Possono applicarsi in caso di contrasto

fra norme della Carta dei diritti e norme interne gli stessi criteri adottati per anni (e con successo) per risolvere i conflitti fra norme di legge nazionali e regolamenti europei? 3) come evitare che il rapporto diretto fra la Corte di giustizia e i giudici comuni porti ad aggirare le funzioni delle Corti costituzionali? Come rafforzare il diritto euro-unitario, non *contro* o *nonostante* o *senza* i Tribunali costituzionali (così è stato per anni), ma con l'attivo concorso degli stessi (e non dei soli giudici comuni)?

Concluderò, infine, con una considerazione di carattere più generale: come rendere credibile la funzione c.d. *federalizzante* dei diritti fondamentali?

2. UN PRIMO INTERROGATIVO: UNA CARTA DEI DIRITTI TRABOCCANTE?

Vi è stato, in Italia (ma non solo), chi ha inizialmente guardato con sufficienza o diffidenza alla Carta di Nizza. Per un verso v'era chi riteneva che per effetto della evoluzione intervenuta nella giurisprudenza della Corte costituzionale la Costituzione italiana sarebbe stata più che sufficiente a garantire i diritti fondamentali; per un altro verso v'era chi pensava che in ogni caso la giurisprudenza della Corte di giustizia avesse già adeguatamente coperto ampi spazi.

Tra i primi, il riferimento non andava solo ai diritti espressamente contenuti nel ricco elenco della Costituzione italiana del 1948 ma ai *nuovi diritti*, quelli di *nuova generazione*, resi possibili dalla sempre più coraggiosa giurisprudenza costruita attingendo alla clausola generale racchiusa nell'art.2 della stessa Costituzione («*La Repubblica tutela i diritti inviolabili dell'Uomo...*»). Infatti, dalle iniziali affermazioni circa la funzione meramente *riassuntiva* di detta norma (vista cioè come un mero riepilogo delle libertà espressamente sancite nel testo della Costituzione), la Corte costituzionale era passata progressivamente alla individuazione in base ad essa di nuove e specifiche situazioni soggettive (potendo parlarsi di una clausola a *fattispecie aperta*). La svolta avviene con la sentenza 561 del 1987 là dove si riconosce, richiamando l'art. 2 Cost. il «diritto alla libertà sessuale», e quindi il conseguente diritto al risarcimento anche di chi, colpito in quella sfera, ha subito «danni non patrimoniali». La Corte aveva così ritenuto maturi i tempi per accettare «*un elenco aperto*», utilizzando gli «*strumenti dell'interpretazione storico-evolutiva*» e un più intenso riferimento alla *coscienza sociale* (così il Presidente Saja, 1988, 179). Sono gli anni in cui la giurisprudenza costituzionale si affida sempre meno agli schemi classici, pandettistici, dei diritti fondamentali come diritti pubblici soggettivi, con un contenuto ed un oggetto predeterminati, e sempre più fa riferimento ai *valori* tutelati e alla ricerca di equilibri fra di essi, secondo principi di ragionevolezza e proporzionalità, alimentando così una *nuova generazione di diritti*.

Accanto alle posizioni che tendevano a ritenere non indispensabile la Carta dei diritti non mancavano riserve politico-ideologiche. Posizioni volte

ad enfatizzarne i contenuti si opponevano a posizioni volte a contrastarne l'ispirazione e l'impianto; con varie motivazioni: o perché ritenuti, da una parte della sinistra, un cedimento europeo alla «ideologia liberista della globalizzazione», un grimaldello in grado di indebolire la fisionomia sociale della Costituzione italiana; o perché ritenuti da taluni movimenti *sovranisti* un tentativo di costruire una base di legittimazione per poteri forti e tecnocrazie (anche *giuristo-cratice*); o perché ritenuti dai movimenti cattolici, e da una parte dello stesso episcopato, di ispirazione marcatamente individualista e scarsamente attenti alle formazioni sociali.

Le diffidenze nel contesto sociale e culturale sono progressivamente cadute; ma da subito la Corte costituzionale italiana non aveva avuto esitazioni a utilizzare la Carta di Nizza, prima ancora della formale attribuzione ad essa con il Trattato di Lisbona della stessa efficacia giuridica dei Trattati. Anche sotto lo stimolo dei giudizi *a quibus*, ha optato per la massima espansione della Carta dei diritti, sia evocandone la forza diretta, sia mettendo in relazione il parametro nazionale con quello europeo e più volte con la Convenzione dei diritti. E ciò in linea, peraltro, con la forza giuridica che la Corte italiana ha più volte riconosciuto alle norme internazionali relative ai diritti fondamentali della persona (sentenze n. 62 del 1992; n. 168 del 1994; n. 109 del 1997; n. 270 del 1999). Come traggio da una nota del Servizio studi della nostra Corte, ben 106 pronunce, al 31 maggio 2017, recano un'esplicita menzione della Carta, spesso a conforto di scelte già operate sulla base della Costituzione italiana. Particolarmente evocati gli artt. 49 e 47 che affermano, rispettivamente, i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene e il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato, la Corte, con la sentenza n. 236 del 2011, nel rigettare una questione sollevata in riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, si è richiamata al principio di retroattività della *lex mitior* ricorrendo all'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti. Richiamandosi invece ai principi della Costituzione, con la sentenza n. 168 del 2014 la Corte ha sanzionato come discriminatoria in danno dei cittadini comunitari e di Paesi terzi una normativa regionale che prevedeva *l'obbligo di residenza da almeno otto anni* nel relativo territorio quale presupposto necessario per l'accesso agli alloggi di edilizia pubblica, non mancando di evidenziare che l'art. 34 della Carta dei diritti afferma il diritto all'assistenza abitativa al fine di garantire un'esistenza dignitosa a coloro che non dispongano di risorse sufficienti. Qualche mese dopo la sentenza n. 239 del 2014, dichiarando illegittimo, in riferimento a norme della Costituzione italiana, il divieto di concessione di taluni *benefici penitenziari* a favore delle madri di prole di età non superiore a dieci anni ha richiamato l'interesse del minore, qualificato come «*superiore ... e preminente*» dall'art. 24, secondo comma, della Carta dei diritti (in termini analoghi si sono espresse altresì le sentenze nn. 17 e 76 del 2017). Più di

recente la sentenza n. 236 del 2016 ha giudicato intrinsecamente irragionevole la cornice edittale stabilita dal codice penale per il *delitto di alterazione di stato commesso mediante falso*, rammentando che il principio di necessaria proporzionalità della pena rispetto al reato non solo deriva dagli invocati parametri costituzionali interni ma riceve esplicito conforto dall'art. 49, numero 3, della Carta.

Ancora più consistenti i riferimenti alla Carta anche da parte dei giudici comuni, sia di taluni Tribunali ordinari (comprese sezioni della stessa Cassazione), sia di taluni Tribunali amministrativi e (soprattutto) di molti giudici tributari. E ciò anche in quei casi in cui i contenuti normativi della Carta risultavano corrispondenti ad analoghi contenuti della Costituzione italiana.

Spinge in questa direzione il fascino esercitato dalla Carta ma anche la possibilità che si apre al giudice 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.

Tuttavia – ecco il punto – in queste decisioni non sempre si è tenuto conto che in base all'art. 51 la Carta dovrebbe riguardare gli stati membri «*esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*». Dalla inosservanza di questo confine – certo non facilmente delimitabile – deriva un ripetuto effetto di *traboccamento* della Carta, un vero e proprio *spill-over* della stessa.

Gli esempi tratti dalla giurisprudenza sarebbero tanti; ne richiamo solo alcuni: la Corte di appello di Roma (dell'11 aprile 2002) «disapplica» le norme del Codice di procedura penale relative al gratuito patrocinio applicando direttamente l'art. 47 della Carta dei diritti anziché sollevare incidente di legittimità costituzionale in base all'art. 24 della Costituzione italiana; la Corte di appello di Firenze (sez. lavoro del 9 giugno 2007) riconosce ad un cittadino extracomunitario l'indennità di accompagnamento disapplicando la normativa italiana perché in contrasto con l'art. 34.2 della Carta di Nizza ritenuto «immediatamente esigibile» (altri giudici, invece, solleveranno la questione davanti alla Corte, che sancirà la illegittimità costituzionale della normativa con la Sentenza n. 40/2013). In questo quadro si colloca la impazienza di alcuni tribunali minorili che combinando insieme la Carta e la Convenzione sembrano preparare il terreno (trovando conferma nella I sez. civile della Cassazione: n. 19962/16 del 26 maggio 2016) per introdurre in Italia l'istituto della *Stepchild adoption*, finora rifiutato dal legislatore. Vi è anche qualche caso in cui – ad esempio v. Tribunale di Lecco, sez. I del 4 aprile 2017 – viene espressamente negata una indagine sulla compatibilità con i principi costituzionali delle norme da applicare «*potendosi arrestare alla constatazione ... (di) una lesione della dignità della persona e dell'interesse supremo del minore ... che trovano tutela nella Carta dei diritti*». Tanto basta, secondo il predetto Tribunale, per escludere il ricorso alla Corte costituzionale e disapplicare, in-

vece, talune norme attuative della c.d. legge Cirinnà, relative alla assunzione di cognomi in caso di Unioni civili.

Non meno problematica la sentenza della Cassazione, sez.VI, pen., n. 54467 (del 21 dicembre 2016) che ha deciso la diretta applicazione di principi della Carta di Nizza negando l'extradizione di un cittadino turco, già condannato in Germania per il medesimo reato per il quale la Turchia richiedeva la estradizione. Poiché veniva eccepita l'assenza del requisito dell'applicazione del diritto dell'Unione, come richiesto dall'art. 51 della Carta, la sentenza statuisce che detto articolo deve essere «*interpretato in modo estensivo*», consentendo l'applicazione dei principi della Carta in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque a incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già disciplinati dal diritto dell'Unione. Nel caso dei diritti fondamentali, è sufficiente – precisa la sentenza – «un solo elemento di collegamento», anche se non in termini di puntuale attuazione o esecuzione del diritto dell'Unione. Tale elemento di collegamento la sentenza lo individua nella condanna del cittadino turco per il reato di traffico di stupefacenti; reato per la repressione del quale il TFUE si limita a prevedere la cooperazione giudiziaria fra i Paesi europei (art. 82).

Compulsando fra le decisioni meno rimarcanti, ma più curiose, si può citare anche il Giudice di Pace di Taranto che si è rivolto alla Corte di giustizia invocando sia vari articoli della Carta di Nizza e sia gli obiettivi della Direttiva 2012/29 che prevede «norme minime» in materia di protezione delle vittime del reato, intendendo così disapplicare il Decreto legislativo 15 gennaio 2016 n. 7 che ha abrogato le norme del codice penale (art. 594) relative al reato di ingiuria depenalizzandolo e trasformando la pena in una «sanzione pecuniaria civile» (ma la Corte di giustizia è saggiamente intervenuta escludendo la competenza europea: ordinanza del 13 dicembre 2016, C-484/16, caso Semeraro).

Non poche volte è lo stesso legislatore a richiamarsi ai principi della Carta (o più genericamente al «diritto europeo»), con una formula talvolta di rito, anche in materie estranee alle competenze dell'Unione, sottovalutando però le possibili ricadute. A questo proposito, può essere utile ricordare che la sezione siciliana della Corte dei Conti aveva interrogato la Corte del Lussemburgo sul diritto ad un certo trattamento pensionistico di una dipendente regionale; con una decisione del 21 dicembre 2011 – v. caso Cicala C-482/10 – la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare di essersi ripetutamente dichiarata competente a statuire su domande di pronuncia pregiudiziale vertenti in situazioni in cui i fatti della causa principale si collocavano al di fuori dell'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione ma nelle quali le disposizioni di quest'ultimo erano state rese applicabili in forza di un rinvio operato dallo stesso diritto nazionale al contenuto delle medesime (ma non era il caso della Signora Cicala).

Queste incertezze rendono, a mio avviso, assai opportuno il freno venuto lo scorso anno dalla sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2016, espresso in questi termini: «... perché la Carta dei diritti UE sia invocabile ... occorre, dunque, 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... e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto». La decisione si affianca alla sentenza n. 80 del 2011 della stessa Corte che, qualche anno prima, in modo altrettanto netto, aveva posto un freno alle tendenze di non pochi Giudici italiani a riconoscere alla Convenzione europea lo stesso rango del diritto dell’Unione e quindi la conseguente *disapplicazione* delle disposizioni contrastanti, saltando ogni mediazione. Freni assai utili, tanto più che da tempo è acquisito, in forza di una lettura *aperta* dell’art. 2, un orientamento interpretativo in base al quale le norme costituzionali relative ai diritti fondamentali s’interpretano in coerenza con le Dichiarazioni dei Diritti dell’uomo e con i Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie; *a fortiori* quindi in coerenza con la Carta dei diritti e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (analogamente a quanto previsto dall’art. 10 comma 2 della Costituzione della Spagna).

Lo dico in breve, richiamando il comma 2 dell’art. 51: la Carta dei diritti non ha fissato una competenza generale dell’Unione in materia di diritti fondamentali ma richiede, per la sua applicazione, la *corrispondenza* con una specifica competenza dell’Unione (così C-617/10, Fransson) e non giustifica quella giurisprudenza della Corte di giustizia che tende ad una generosa interpretazione delle proprie competenze, sollecitata dalla forza espansiva di talune direttive, persino nel diritto di famiglia o in materia pensionistica, per esempio riconoscendo il diritto a pensione del superstite di una coppia dello stesso sesso (C-267/06 Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, del 1 aprile 2008). Non sono mancati, tuttavia, tentativi della stessa Corte di Giustizia di mettere un freno ad una precedente giurisprudenza: ad esempio, sostengono i Giudici del Lussemburgo nel caso Hernandez C-198/13, il collegamento tra diritto europeo e diritto interno non può coincidere con la mera «*affinità delle materie*» o con la indiretta influenza di una materia sull’altra; occorre invece verificare se la normativa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione o se essa persegua obiettivi diversi, anche se in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo (la stessa Sentenza Hernandez si richiama alle sentenze Annibaldi, C-631/97, punti da 21 a 23; Iida, C-40/11, C-691/12; punto 79; Ymeraga e a., C-87/12, C-291/13, punto 41, nonché Siragusa, C-126/14, punto 25).

Si tratta di temi, in realtà, non sempre chiaramente avvertiti dalla dottrina. Anzi, vi è una parte della stessa che tende a teorizzare la progressiva nascita di una «*trans-costituzione*» o «*inter-costituzione*», una sorta di *puzzle* giuridico

che mette insieme varie Carte nazionali, europee e internazionali: si parte da un bisogno o da una aspirazione ritenuti meritevoli di tutela – spesso individuati ricorrendo a criteri metagiuridici – e si vanno poi a spigolare, raccogliendoli qua e là nelle varie Carte, più o meno consistenti frammenti normativi. Pongo tuttavia una domanda al riguardo: non si corre così, sia pure inavvertitamente, il rischio di banalizzare la Carta dei diritti e di (se non proprio delegittimare) *emarginare* la Costituzione nazionale, e i valori identitari che essa esprime? È eccessivo il timore della emarginazione della Costituzione italiana? Quale però, mi chiedo, il valore di una Costituzione se non riesce a mantenersi nella coscienza collettiva quale sede principale dei diritti fondamentali del cittadino?

Esito a dirlo: sarebbe *quanto meno paradossale* – lo sottolineo – che non si sia riusciti a dare vita ad una Costituzione europea, di cui la Carta avrebbe dovuto essere parte, e contemporaneamente si produca un effetto di delegittimazione delle Costituzioni nazionali.

3. UN SECONDO INTERROGATIVO: ANDARE OLTRE LA DISAPPLICAZIONE?

Anche quando correttamente evocata, la Carta dei diritti – lo accennavo prima – mette in forte evidenza un problema da tempo presente, più in generale, a proposito dell'applicazione del diritto europeo. Come sappiamo, in base alle sentenze *Simmenthal* e *Granital*, i Giudici comuni (e le pubbliche amministrazioni) sono tenuti a non applicare le norme interne che si pongano in antinomia con norme europee ma solo se – sottolineo questo passaggio delle due sentenze – *«altrettanto applicabili»* alla fattispecie sottoposta al giudice. Secondo quanto venne precisato dalla Sent. 389/1989 della Corte italiana *«una norma comunitaria avente effetti diretti ... è una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio»*; vale a dire: una norma europea può considerarsi applicabile, con effetto quindi *sostitutivo* della norma interna, solo in caso di sua precisione e compiutezza e di individuazione altrettanto compiuta dei destinatari. Vi sono casi, tuttavia, in cui i giudici comuni non si limitano a disapplicare norme interne antinomiche rispetto a puntuali norme europee – come ad essi richiesto dalle citate Sentenze – ma si spingono fino alla disapplicazione di puntuali norme nazionali ritenute in contrasto con principi, obiettivi, clausole generali, variamente presenti nelle normative europee. Clausole, principi ed obiettivi necessariamente aperti, suscettibili di diverse applicazioni e quindi non sempre direttamente (o quanto meno univocamente) applicabili.

Il tema riguarda più in generale la relazione fra puntuali norme nazionali e norme-principio euro-unitarie – contenute in talune direttive e in alcuni casi negli stessi Trattati – ma risalta in modo più acuto nella relazione fra il

diritto interno e la Carta dei diritti, costruita largamente attorno a principi (spesso coincidenti con principi della Costituzione italiana).

La Corte di giustizia prima e la Corte italiana hanno spinto i giudici ordinari e amministrativi a divenire sempre più attivi nella applicazione delle normative europee, sia attraverso la disapplicazione di norme nazionali sia attraverso l'obbligo di tentare comunque l'interpretazione «conforme al diritto comunitario», anche se non direttamente applicabile, ed al fine di consentire comunque il così detto «effetto utile». Queste tendenze si sono talmente consolidate ed estese da spingere una parte della letteratura a scorgere una ulteriore accentuazione degli elementi di giurisdizione costituzionale *diffusa*, in un sistema che rimane, tuttavia, di giurisdizione *accentrata*.

Pongo al riguardo una domanda: questo pur necessario e opportuno coinvolgimento dei giudici comuni e l'asse costituitosi fra gli stessi (cui è affidato il rimedio della «disapplicazione» del diritto interno) e la Corte di giustizia (cui è affidata la interpretazione del diritto europeo) non ha ormai raggiunto un punto in cui rischia di *erodere*, per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali, ruolo e poteri della giurisdizione costituzionale?

L'effetto non è solo quello di aggirare e scavalcare le Corti costituzionali ma soprattutto quello di compromettere le garanzie di certezza che accompagnano gli istituti di legittimità costituzionale *accentrata*. È appena il caso di sottolineare, infatti, che le decisioni delle Corti costituzionali operano con effetti *erga omnes* (ed *ex tunc*), così assicurando maggiore uniformità e certezza, mentre la *disapplicazione*, lasciando in vita la norma, la rende utilizzabile da altri interpreti, da altro giudice o da altro Ufficio della pubblica amministrazione. Né si può confidare più di tanto nell'obbligo del legislatore di rimuovere quella norma (obbligo, peraltro, sempre più debolmente sottolineato dalla Corte di giustizia: ma v. C-455/01 del 16 ottobre 2003 Commissione vs. Repubblica italiana).

So bene che così accade nei sistemi a controllo di costituzionalità diffuso, ove le sentenze hanno un effetto solo *inter partes*, ma è appena il caso di sottolineare, al riguardo, che la giurisdizione costituzionale *accentrata* costituisce, nell'Europa continentale, un aspetto della *identità costituzionale* di molti stati. E in ogni caso essa costituisce un elemento che concorre ad alimentare le *tradizioni costituzionali comuni*. Vi è di più: il ricorso sistematico alla disapplicazione può essere in contrasto – lo dico per l'Italia – non solo con l'art. 134 della Costituzione, che fissa i poteri della Corte costituzionale, ma, non poche volte, facendo assumere ai giudici comuni *compiti impropri*, può essere in contrasto anche con l'art. 101.2 che vuole i giudici «*soggetti soltanto alla legge*» (art. 101.2); non un giudice inerte *bouche de la Loi* ma neanche attivo legislatore.

Nel caso di contrasto fra regole, interne ed europee, aventi le medesime peculiarità precettive occorre solo verificare quale delle due è applicabile

alla fattispecie considerata e, pertanto, tale operazione non può che spettare al giudice del caso concreto. Invece, di fronte ad un contrasto di una norma interna con principi o clausole generali di derivazione europea può rendersi necessario il bilanciamento con una pluralità di altri principi, nazionali ed europei, ordinari e costituzionali. Può rendersi necessario un complesso di operazioni, in breve, che va *oltre lo strumento della disapplicazione*.

Si pensi anche ad un versante poco esplorato: ai (numerosi) casi in cui le decisioni della Corte di giustizia – ormai diritto direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali – siano espresse in termini di *ragionevolezza e/o proporzionalità*, facendo riferimento, quindi, a parametri di contenuto ampio che, tra l'altro, possono involgere il bilanciamento di valori di rango costituzionale. Emblematici al riguardo i casi in cui la stessa Corte di giustizia ha dovuto raddrizzare proprie posizioni dopo essersi resa conto delle ricadute sulla giurisprudenza interna ai singoli Stati; come avvenne ad esempio con la sentenza Marschall C-409/95 – per riequilibrare gli effetti della sentenza Kalanke C-450/93 di qualche anno prima – che avrebbe compromesso ragionevoli azioni positive a favore delle lavoratrici (negando così al Signor Marschall quello che invece aveva consentito al Signor Kalanke).

Come applicare direttamente – lo sottolineo – norme europee che prescrivono determinati principi in materia penale, anche se relativi a materie con risvolti certamente euro-unitari, ad esempio in materia di evasione a tributi *condivisi*, di smaltimento rifiuti, di falso in bilancio (caso Berlusconi C-387/02; C-391/02; C-403/02 e le conseguenti ordinanze della Corte 165/2004 e 70/2006)? Se, in taluni di questi casi, la norma penale nazionale esclude o limita la punibilità di tali reati, delle due l'una: o non è efficace la disapplicazione da parte del giudice comune oppure occorre spingere il Giudice a *costruire* una norma incriminatrice lavorando su principi o obbiettivi (il che non è conforme alle regole costituzionali e della stessa Carta dei diritti)¹.

Come superare dette difficoltà? Riassumendo, dico subito, in breve, la mia opinione: allorché si tratti di puntuali antinomie fra *regole* spetta al giudice comune disapplicare la regola interna, costretta a *ritrarsi*, ma allorché l'antinomia riguardi un norma nazionale in contrasto con *principi* (o obbiettivi), diventa appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali, ovviamente non escludendo il contributo della Corte di giustizia attraverso – ove necessario – un rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del TFUE. In tali casi le Corti costituzionali sarebbero chiamate a giudicare in termini di validità/invalidità e con effetti *erga omnes* delle proprie decisioni. Del resto, in un caso si tratta

¹ Ben diverso il caso in cui la disapplicazione di una norma penale, per effetto di una intervenuta decisione della Corte di giustizia, preclude l'applicazione della norma incriminatrice nazionale: così fu, ad esempio, per la decisione della Corte di giustizia sui rimpatri obbligatori (sentenza *El Dridi*, C-61/11 del 28 aprile 2011).

di antinomia fra regole – o si applica l'una o si applica l'altra – nel secondo caso di contrasto fra una regola ed un possibile *parametro*. Come già accade nei giudizi in via principale, riferiti alle leggi regionali, potrebbe essere riconosciuto alla Corte italiana il potere di valutare l'eventuale contrasto delle norme nazionali – per il tramite interposto dei principi europei coinvolti – con le norme costituzionali che prescrivono il vincolo degli obblighi comunitari (vale a dire gli artt. 11 e 117 primo comma)².

Si ridurrebbero così i vincoli europei? È vero il contrario, potendo invece rafforzarli: sarebbero infatti sindacabili dalla Corte costituzionale anche le deviazioni da quei principi che la stessa Corte di giustizia ritiene non immediatamente applicabili ma che il Giudice costituzionale potrebbe ritenere in contrasto con i vincoli derivanti da quegli «*obblighi comunitari*» cui si richiama il primo comma dell'art. 117 Cost. e con effetti – lo dicevo prima – *erga omnes* ed *ex tunc*.

Sarebbe incongrua la coesistenza nello stesso Giudice comune di due attribuzioni? Da un lato un potere di disapplicazione nel caso di antinomie fra puntuali regole e dall'altro un potere di rinvio alla Corte nel caso di contrasto con principi contenuti in normative europee?

Non sarebbe un argomento insuperabile: trovo al riguardo condivisibile il richiamo di Valerio Onida (2008, 49) alla sentenza n. 1 del 1956, la prima della Corte costituzionale appena nata. Quella sentenza ebbe a distinguere fra norme costituzionali che fungono da parametro di legittimità (in base all'art. 134 Cost.) e norme costituzionali che, oltre a poter produrre (al pari di ogni altra norma costituzionale) l'invalidità della norma legislativa con esse contrastante, possono anche, avendo altresì una puntuale e decisa *vis abrogans*, essere direttamente utilizzate dal giudice ordinario in forza dell'art. 15 delle

² Una novità da non sottovalutare riguarda, infatti, per quanto concerne l'Italia, la riscrittura del primo comma dell'art. 117 avvenuta in occasione della riforma costituzionale del 2001. Nel primo comma di tale articolo compare il riferimento, per la prima volta nel testo costituzionale, «ai vincoli derivanti dagli obblighi comunitari», specificando e consolidando quanto prima era sulle spalle del solo art. 11 dello stesso testo. Tuttavia mentre l'art. 11, facendo riferimento a possibili *limitazioni di sovranità*, giustificava il primato del diritto europeo, la nuova formulazione dell'art. 117 sembrava assimilare gli obblighi internazionali e quelli comunitari. Questa riforma aveva fatto temere che si potesse riproporre il rapporto norma comunitaria – norma italiana in termini di validità-invalidità, restaurando così la competenza della Corte costituzionale. Così non è stato: è rimasta ferma l'impostazione degli anni Ottanta, quale riassunta dalla Corte italiana nella citata sentenza Granital, in coerenza con la sentenza Simmenthal della Corte di giustizia (come ribadisce la sent. 227/2010). È del 4-5 aprile 2002, tuttavia, un incontro di studio a Roma fra la Corte di Giustizia, la Corte costituzionale, il Consiglio di Stato e la Cassazione (v. il Quaderno del Servizio Studi del 2002); in quella sede si discusse sui dubbi sollevati dalla riforma costituzionale italiana allora appena varata: in particolare il giudice della Corte di giustizia Antonio La Pergola (2003, 2427 e ss.) che, qualche anno prima, quale giudice costituzionale era stato relatore della sentenza Granital, rendendola in sintonia con la sentenza Simmenthal, non aveva escluso che modifiche costituzionali potessero assegnare un ruolo alle corti costituzionali nazionali o (come in Francia o Spagna) attraverso un sindacato sui Trattati relativi all'Unione o attraverso forme di ricorso diretto di cittadini nei quali le norme comunitarie sarebbero state necessariamente costrette a fungere da parametro.

Preleggi, relativo alla successione nel tempo di norme antinomiche, la c.d. abrogazione implicita. Sebbene in riferimento al diritto comunitario – aggiungo – la *vis* in questione non sia *abrogans* bensì *obsidens*, in grado cioè non di abrogare ma di *paralizzare* la norma nazionale, i termini della questione sono – io credo – fra loro comparabili³.

Si incrinerebbe così la posizione dualista alla base dell'istituto della disapplicazione? Non lo credo: a parte il fatto che la impostazione monista della sentenza Simmenthal (e della Corte di giustizia) coesiste da tempo con la «concezione dualista» della sentenza Granital (e delle maggiori Corti costituzionali) va sottolineato che in entrambi i casi – disapplicazione o dichiarazione di invalidità – la legittimazione all'intervento o del Giudice comune o della Corte va sempre trovata nella Costituzione italiana, nell'art. 11 della stessa (fino a quando, almeno, non si avrà una Costituzione europea che *unifichi* i due ordinamenti, oggi *distinti ma coordinati*).

Sebbene la distinzione, in teoria generale del diritto, fra *regole* e *principi* sia ben nota, nell'ordinamento euro-unitario non vi è una sola ed unica categoria di *principi* e si potrebbe quindi obiettare che l'accertamento dell'effetto diretto di una norma, vale a dire – ne accennavo prima – il grado di completezza della stessa, la sua immediata applicabilità, la individuazione di puntuali diritti ed obblighi non può che spettare alla stessa Corte di giustizia in sede di competenza pregiudiziale. Si potrebbe trattare di obiezioni corrette ma che non tengono conto che la stessa Carta di Nizza (agli artt. 51.1 e soprattutto 52.5) vuole distinguere le disposizioni che riguardano *diritti* dalle disposizioni che contengono esclusivamente *principi*. L'art. 51, comma 1, precisa infatti che tutte le «disposizioni» della Carta «*si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione ... come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*», ma con una «differenza»: mentre i diritti sarebbero da «*rispettare*», i principi, invece, andrebbero «*osservati*», dovendosene semmai «*promuovere*» l'applicazione. Indicazioni ulteriori provengono dall'art. 52, ai sensi del quale i principi devono essere *attuati* da atti legislativi ed esecutivi delle istituzioni europee o dagli Stati, mentre possono «*essere invocati dinanzi ad un Giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*».

La formulazione di detti articoli – 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 (*diritti-regole*) direttamente utilizzabili per la regolazione dei comportamenti dei consociati (e la soluzione delle relative controversie); le altre (*diritti-principi*) che invece, per

³ Nel volume che raccoglie lo scritto di Onida vi è anche un mio intervento (Barbera, 2008, 107 ss.) in cui anticipo le riflessioni, qui riprese, sulla «disapplicazione» di norme interne in contrasto con i principi generali.).

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 concretizzare⁴.

Merita tuttavia di essere segnalato che la Carta dei diritti, anche se espressa prevalentemente per principi, ha in alcuni passaggi una formulazione netta ed incisiva; ad esempio l'art. 32 relativo al divieto del lavoro minorile scolpisce una regola netta nel primo comma (più incisivo della stessa Costituzione italiana) mentre nel secondo comma contiene solo un generico obbiettivo.

4. PER UN AGGIORNAMENTO DELLA SENTENZA SIMMENTHAL: SEGNALI DI APERTURA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA?

Lo so bene: per giungere alle conclusioni fin qui prospettate è necessario (ovviamente a Trattati invariati) ipotizzare soluzioni che conducano ad una lettura aggiornata sia della sentenza *Simmenthal* da parte della Corte di giustizia e sia della Sentenza *Granital* da parte della Corte italiana.

È possibile? Non è facile ma è certamente auspicabile. Vedo tuttavia qualche apertura nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e credo comunque che, superate le diffidenze reciproche, si presentino oggi (ho ricordato prima la caduta del muro sui rinvii pregiudiziali) le condizioni utili a consentire alle Corti costituzionali di concorrere a rendere più forte e incisivo il diritto dell'Unione, assicurando allo stesso quella univocità interpretativa e quegli effetti *erga omnes* che solo esse sono in grado di assicurare. Alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia indicano una certa flessibilità dei giudici di Lussemburgo in materia di primazia e autonomia procedurale degli Stati membri. Mi riferisco alle sentenze: C-188/10 e C-189/10, Sentenza Melki e Abdeli del 22 giugno 2010 (dovuta alla Grande Sezione); C-112/13, A. vs. B. ed altri dell'11 settembre 2014 (dovuta alla III Sezione); C-5/14 Kernkraft-werke vs. Hauptzollamt Osnabrueck del 4 giugno 2015 (dovuta alla V sezione)⁵.

⁴ La distinzione è resa più chiara dalle *Spiegazioni* allegate al testo, redatte a cura del *presidium* della Convenzione (pubblicate in G.U.U.E del 14 dicembre 2007 e di cui occorre «tenere conto» ai sensi del comma 7 dello stesso art. 52) che in pratica distinguono, con accurati riferimenti testuali, fra disposizioni che configurano *diritti soggettivi immediatamente applicabili* e disposizioni che individuano principi che richiedono un bilanciamento con altri principi e diritti.

⁵ A queste pronunce è possibile aggiungere le conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 10 giugno 2010 nella Causa C.173/09 Echinov vs. Natsionaina zdravnoosiguritei-

Con queste decisioni la Corte di giustizia ha sancito che l'art. 267 TFUE, relativo alla competenza della stessa in via pregiudiziale, deve essere interpretato nel senso che questa non preclude una normativa nazionale che preveda una domanda di annullamento *erga omnes* davanti ad una Corte costituzionale; ma, specifica la Corte, alle seguenti condizioni: che gli altri giudici possano sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento, «e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo costituzionale delle leggi», qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; che essi possano adottare provvedimenti «provvisori ... per la tutela dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione»; che essi possano disapplicare la disposizione nazionale al termine del giudizio incidentale (immagino: se non dichiarata incostituzionale).

La prima decisione riguardava il potere del *Conseil constitutionnel* francese di affrontare una questione di legittimità costituzionale nella forma della «*question prioritaire de constitutionnalité*»; la seconda decisione era riferita ai poteri del *Verfassungsgerichtshof* austriaco e la terza a quelli del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, in vario modo chiamati in causa da Giudici ordinari (era stata posta una questione analoga, in riferimento all'ordinamento belga ma non è stata trattata per motivi procedurali: C-5/14 Chartry).

Di particolare interesse il caso austriaco: si era in presenza di un conflitto fra il Tribunale costituzionale e la Cassazione (*Oberster Gerichtshof*), avendo il primo rivendicato la propria competenza, giustificandola con il fatto che era sì in discussione un articolo della Carta dei diritti ma coincidente con un articolo della Costituzione austriaca ed avendo invece la Cassazione rivendicato a sé la piena cognizione della questione e la eventuale disapplicazione della norma in oggetto.

Vari commentatori si sono chiesti se queste decisioni esprimono un ripensamento rispetto alla sentenza *Simmenthal*. A molti la novità sembra evidente, pur se ridimensionata dalle condizioni poste. Infatti, nella sentenza *Simmenthal* si era detto espressamente che nessun organo, per quanto provvisto di legittimazione costituzionale, avrebbe potuto frapporsi ad (o ostacolare) un rapporto diretto fra il diritto europeo e il giudice competente ad applicarlo. Non è agevole valutare il possibile seguito di queste tre decisioni ma comunque, in ogni caso, esse evidenziano una interessante flessibilità della Corte di giustizia. Mostrano una possibile direzione di marcia più che un risultato già raggiunto.

I numerosi cambiamenti intervenuti potrebbero comunque giustificare – a me pare – più coraggiose innovazioni. Sono passati più di quaranta anni dalla Sentenza *Simmenthal* (1978); ancor più anni dalla sentenza

na kasa che avanzano (sia pur cauti) dubbi sulla impostazione della sentenza *Simmenthal* in presenza dell'accresciuto numero degli Stati dell'Unione.

Rheinmühlen (C-166/73) sulle cui basi si costruì l'obbligo di disapplicazione; poco più di mezzo secolo dalla sentenza *Van Gend en Loos* (1963); più di trent'anni dalla sentenza *Granital* (1984). La sentenza *Simmenthal* era stata adottata dalla Corte di giustizia sotto il regime del secondo Trattato di Bruxelles (firmato nel 1975, entrato in vigore nel 1977), ma ha accompagnato diversi documenti costituzionali, prima della Comunità poi dell'Unione: l'Atto Unico europeo (1986-1987), il Trattato di Maastricht (1992-1993), il Trattato di Amsterdam (1997-1999), il trattato di Nizza (2001-2003) e accompagna infine (dal 2007-2009) il Trattato di Lisbona, nonché l'allargamento da 6 a 28 Stati. Da allora sono intervenute anche importanti novità ordinamentali fra cui l'elezione diretta e i maggiori poteri del Parlamento europeo, il rafforzamento del Consiglio, la importante estensione delle competenze dell'Unione, la moneta unica e i compiti della Banca centrale, l'irrobustimento della Corte di giustizia.

Basti ricordare, a quest'ultimo proposito, che il ricorso in via pregiudiziale, nato per assicurare la corretta interpretazione dei Trattati, si è progressivamente caricato di ulteriori profili: si è prima esteso al diritto derivato e si è, poi, progressivamente trasformato sia in un penetrante sindacato sulla stessa legislazione interna agli Stati sia in un possibile sindacato sulla stessa validità del diritto europeo (non a caso il primo rinvio pregiudiziale operato dalla Corte di Karlsruhe è volto ad attivare questa funzione nei confronti della Banca centrale europea: Causa C-62/14 Gauweiler del 16 giugno 2015). E soprattutto, superati gli ultimi ostacoli – lo ricordavo prima – è divenuto uno strumento a cui ormai fanno ricorso le principali Corti costituzionali europee.

Sono anche intervenute sensibili innovazioni nel sistema delle fonti. All'inizio degli anni Ottanta il sistema europeo delle fonti era meno complesso: veniva in rilievo, quasi sempre, una possibile antinomia fra una norma-precepto interna e una altrettanto dettagliata norma europea, «di immediata applicabilità», come sottolineavano (l'ho già ricordato) sia la sentenza *Simmenthal* sia la sentenza *Granital*. Il riferimento era, oltre che alle norme contenute nei Trattati, soprattutto, per il diritto derivato, alle norme contenute nei Regolamenti. Da anni ormai detta relazione investe sempre più anche altri importanti versanti: investe le dissonanze fra norme europee che pongono obbiettivi, siano esse contenute nei Trattati o siano di diritto derivato, e norme nazionali ritenute non adeguate al perseguimento di quegli obbiettivi; investe, altresì, le possibili antinomie fra più o meno puntuali precetti nazionali e i contenuti normativi delle sempre più variegate direttive, accresciutesi per numero e importanza negli ultimi decenni, frutto anche della progressiva europeizzazione di più estese materie. Come è noto, per lo più le direttive sono ad effetti verticali ma sono sempre più numerose quelle ad effetti orizzontali. Talune direttive sono rivolte a tutti gli Stati, altre a singoli Stati; altre (poche) rivolte alle imprese. Non poche, pur non «*dettagliate, incondizionate*

*e sufficientemente precise», sono state ritenute di «immediata applicazione» dalla Corte di giustizia o dal giudice interno a seguito di rinvio pregiudiziale. Dietro la comune espressione «direttive», si collocano atti talmente puntuali da potere essere assimilati ai regolamenti, di immediata applicazione, ed altri che si limitano a stabilire risultati e traguardi da raggiungere. Nella maggior parte le direttive continuano ad essere costruite per obiettivi ma tante altre sono divenute ancor più dettagliate (nonostante i vincoli dei Trattati e il principio di sussidiarietà). Per lo più l'entrata in vigore delle stesse rende necessaria l'attesa di norme attuative degli Stati ma altre sono considerate «immediatamente applicabili» o meglio ad «efficacia diretta» per il «principio dell'effetto utile»⁶. Si aggiunga che alcune direttive acquistano una particolare forza attiva in quanto «espressione di principi generali»; sono infatti divenute non infrequenti le antinomie fra puntuali norme nazionali e le direttive che si ricollegano a «*principi generali dell'ordinamento comunitario*».*

Principi, peraltro, che, come accennato, toccano sempre più anche la materia penale, da sempre gelosa prerogativa delle Costituzioni nazionali. In proposito può essere utile un riferimento al caso *Mangold* del 22 novembre 2005 (C-144/04). Rispetto al precedente caso *Defrenne I* del 8 aprile 1976 (Causa 43/75), in cui venivano riconosciuti effetti diretti orizzontali al principio di parità di trattamento retributivo fra uomini e donne affermato dal Trattato, i giudici di Lussemburgo – con una evidente forzatura – con detta sentenza giungono a riconoscere efficacia diretta orizzontale anche ai divieti di discriminazioni fondate sull'età, sia pure letti alla luce della Direttiva 2000/78/CE (Direttiva del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro). La decisione è particolarmente problematica sotto il profilo della certezza del diritto poiché impone al giudice di disapplicare «*ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto*» (punto 78).

Detto orientamento è stato confermato il 19 gennaio 2010 in relazione alle vicende della signora Küçükdeveci (C-555/07) ed è ribadito anche nella sentenza C-441/14, *Dansk Industri* del 19 aprile 2016 espressamente negando che i principi della certezza del diritto e dell'affidamento possano portare ad una revisione dello stesso: da qui la reazione della Corte della Danimarca che ha contestato la stessa legittimità della decisione ritenendo compromessa, peraltro, la politica danese di sostegno delle generazioni meno anziane (caso *Ajos*).

⁶ È anche da ricordare che sono ancora in gioco le possibili antinomie delle norme interne con decisioni-quadro, rimaste in vita anche dopo il Trattato di Lisbona fino alla loro sostituzione con nuovi atti (cfr. il Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie); in base al vecchio art. 34, comma 2 lett. B del Trattato esse *vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere ... non hanno efficacia diretta*.

Recentissima e più attenta alle dinamiche nazionali del mercato del lavoro, una decisione della stessa Corte (del 19 luglio 2017 C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro*) che, in risposta ad un quesito della Corte di cassazione italiana, ha sancito, in base ai medesimi principi, che l'articolo 21 della Carta dei diritti, nonché gli articoli 2 e 6 della direttiva 2000/78, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni e a licenziare lo stesso al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono «*appropriati e necessari*» (di diverso avviso, però, era stato l'Avvocato generale).

Poiché a queste importanti innovazioni si affiancano, da Lisbona in poi, le già ricordate e possibili antinomie fra regole nazionali e principi della Carta dei diritti può non apparire ingiustificata anche una lettura aggiornata delle sentenze *Simmenthal* e *Granital*; tanto più che è alle porte, ricordo, anche una più intensa comunitarizzazione della Convenzione Edu.

5. UN NECESSARIO DIALOGO FRA PIÙ PROTAGONISTI

Una rilettura in chiave evolutiva dei principi fissati dalla *Simmenthal* (e dalla *Granital* per l'Italia), come qui ipotizzato, non esigerebbe necessariamente un atto di rottura ma richiederebbe solo la cooperazione di più protagonisti:

a) della Corte di giustizia, alla quale andrebbe richiesto sia un maggior rigore nell'individuare come «*direttamente efficaci e, dunque, direttamente applicabili*», norme o principi comunque aperti ad una molteplicità di possibili applicazioni, sia di non chiudere il varco (che sembra) aperto con la sentenza *Melki* e con le altre decisioni che ho prima citato.

Ricordo in proposito, fra le tante, la vicenda *Taricco* – causa C-105/14 –, che ha posto il problema della possibile disapplicazione di puntuali norme nazionali di carattere penale per dare attuazione agli obbiettivi, necessariamente sintetici, fissati dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, vale a dire – cito la norma – l'impegno degli Stati a combattere «*contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*». Questa vicenda, a differenza dei casi di traboccamento prima citati, è decisamente all'interno del diritto europeo e alla attuazione dello stesso (si tratta di misure relative ad un tributo condiviso) ma dov'è la norma direttamente efficace? L'obbiettivo indicato non è aperto ad una molteplicità di possibili applicazioni? Nella risposta ai problemi posti dalla Corte italiana con la ord. 24/2017 la Corte di giustizia ha saputo mostrare – sentenza C-42/17 del 5 dicembre 2017 – la necessaria flessibilità e

quella responsabilità che le deriva dall'essere comunque investita dell'«*ultima parola*» nella definizione dei principi euro-unitari (con la sola, estrema eccezione dell'ultima parola alle Corti nazionali sui possibili controllimiti).

b) dei giudici comuni ai quali andrebbe richiesto di non disapplicare puntuali norme interne applicando principi non univocamente antinomici o addirittura di scarsa precettività; principi che, comunque, potrebbero esigere un più ampio bilanciamento con altri principi (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità). In tali casi (e solo in tali casi) essi potrebbero, invece, sollevare un incidente di costituzionalità sulle norme interne per violazione, in via interposta, di un parametro costituzionale (del primo comma dell'art. 117 Cost, appunto). Del resto, è quanto meno asimmetrico che il giudice comune possa disapplicare norme in contrasto con la Carta dei diritti e sia invece costretto ad applicare (o a sollevare incidente di legittimità) norme da esso ritenute in contrasto con principi costituzionali.

Va ricordata in proposito la sentenza della terza sezione penale della Cassazione (n. 2210 del 15 settembre 2015) che sulla base della sentenza *Taricco*, poc'anzi citata, ha disapplicato le disposizioni di cui all'art. 160 e 161 del Codice penale, nella parte in cui stabiliscono limiti massimi complessivi al termine prescrizione, escludendo in modo perentorio di potere sollecitare un intervento della Corte costituzionale.

c) della Corte costituzionale, la quale, potendo ormai considerarsi *giudice europeo*, potrebbe agire in una duplice direzione: incoraggiare i giudici comuni a ricorrere alla disapplicazione solo ove vi sia, nel caso concreto, un vero e proprio conflitto tra *regole* puntuali e di immediata applicazione e, ove investita della questione, attentamente verificare, se necessario in dialogo con la Corte di giustizia, la corretta interpretazione della normativa europea.

A questo scopo – questo lo dico, ovviamente, a titolo personale – la Corte italiana potrebbe riconsiderare il proprio orientamento volto a ritenere, sempre e comunque, la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione europea un «*prius logico e giuridico*» rispetto alla questione incidentale di legittimità costituzionale (come è noto, tale orientamento, investendo la applicabilità della norma censurata nel giudizio principale, inficia la rilevanza della questione sollevata dai giudici *a quibus* e conduce alla inammissibilità della stessa) .

A ciò si affianca il tema più generale, non ancora sufficientemente risolto, della *doppia pregiudizialità*, riferita alla condizione in cui si trova il giudice comune allorché – soprattutto nel caso di parametri solo formalmente diversi ma sostanzialmente coincidenti – può porre sia la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale sia quella euro-unitaria davanti alla Corte di giustizia (tema di recente riproposto in Spagna: ATC 168/2016 e affrontato con un *obiter* dalla sentenza 269/2017 della Corte italiana).

Negli anni precedenti alla svolta che ha portato la Corte italiana a interloquire direttamente con la Corte di giustizia si poteva giustificare la tendenza

della prima a interpellare la stessa per il tramite del giudice ordinario. Ma lo scenario è cambiato: non mi pare – lo dico in breve – che si possa sempre e necessariamente anteporre una priorità logico giuridica in relazione al diritto europeo, tanto più che, per giurisprudenza costante, spetta alla Corte costituzionale decidere l'ordine con cui affrontare le questioni ad essa sottoposte. Nella direzione qui auspicata la Corte si è già mossa, a me pare, nella vicenda che ha preso forma con la già citata ordinanza 207 del 2013, con cui per la prima volta ha rivolto una domanda pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo in relazione ad un atto privo, secondo l'espressione della stessa ordinanza, di «*efficacia diretta*» (si trattava di un accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE su cui era intervenuta la sentenza Mascolo del 26 novembre 2011, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13). In quella occasione la Corte costituzionale superò i dubbi sulla propria competenza a sindacare la legittimità delle norme impugnate rispetto ai principi contenuti nell'accordo quadro (sent. 187/2016).

E del resto, nel caso di specie, quale atto avrebbero potuto disapplicare i giudici remittenti per tutelare i diritti dei ricorrenti?

6. RIASSUMENDO E CONCLUDENDO

Al di là di iniziali riserve politiche o ideologiche, la Carta dei diritti rappresenta ormai l'espressione massima cui è giunta la cultura giuridica europea. Pur ricondotta entro i confini (non ristretti anche se non sempre facilmente tracciabili) «*dell'attuazione del diritto dell'Unione*», la Carta non può essere affidata esclusivamente ad un dialogo fra la Corte di giustizia, chiamata a interpretarne i precetti, e i giudici comuni dell'intero continente europeo, chiamati a disapplicare i precetti nazionali contrastanti.

La tutela dei diritti esige – è indubbio – un dialogo fra vari livelli. Non giungo alla conclusione che esso debba svolgersi solo fra Corti di vertice ma non può neanche svolgersi fra una Corte insediata a Lussemburgo e migliaia di altri giudici sparsi nel continente europeo, dalla costa atlantica ai Carpazi. Non può esaurirsi in Italia in un dialogo della Corte del Lussemburgo con oltre novemila giudici custodi di «*principi*» dell'Unione e liberi di «*applicare o disapplicare*» norme votate dal Parlamento italiano. Peraltro – fatto non secondario – potrebbe trattarsi di questioni non sottoposte in via pregiudiziale alla interpretazione della corte del Lussemburgo. Le Corti costituzionali nazionali non devono sentirsi escluse ma possono svolgere una funzione rilevante mettendo in relazione i principi della Carta, necessariamente suscettibili di diversi sviluppi, con le Costituzioni nazionali e assicurando agli stessi, ove possibile, gli strumenti propri delle giurisdizioni accentrate. Solo le Corti costituzionali, peraltro, sono in grado di orientarsi nel labirinto rappresentato

dall'intersezione fra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Convenzione (ed altre carte internazionali). Soprattutto le Corti costituzionali sono attrezzate per assumere quella funzione di tutela dei diritti fondamentali che sono limpidamente riassunti nella Sentenza n. 85 del 2013: «*[t]utti i diritti fondamentali ... si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri ... Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette ... La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*».

Le medesime Corti – anche per le tradizioni che le caratterizzano e le tecniche di bilanciamento che possono attivare – sono in grado di assicurare ai diritti quegli *effetti orizzontali (Drittwirkung)* che la Corte di giustizia non sempre riesce a trarre dalle proposizioni normative della Carta (come dimostra il seguito, tra le altre, delle citate sentenze Mangold e Küçükdeveci). Lo possono fare anche i Giudici comuni, ma la loro attenzione rischia di essere *sbilanciata* dal caso concreto che sono chiamati a risolvere e comunque – torno a dirlo – senza potere assicurare effetti *erga omnes* alle proprie decisioni.

Concludendo: in queste riflessioni non vi è cedimento a tentazioni *sovraniste*. Non sottovaluto che l'Unione ha bisogno di regole che richiedono uniformità di letture e che l'ultima parola spetta comunque ai Giudici di Lussemburgo; né intendo trascurare l'importanza che ha avuto il ricorso alla *disapplicazione* da parte dei giudici comuni nella penetrazione delle regole comunitarie nel contesto europeo. Intendo, al contrario, rappresentare un modo per realizzare una più intensa e diretta collaborazione fra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali dei singoli Paesi, chiamate ad essere ancor più protagoniste nella attuazione del diritto europeo; ancor più chiamate – lo dicevo prima – ad essere *giudici europei*, in grado di *affiancarsi* alla Corte di giustizia e a non porsi più quali inevitabili *antagoniste* della stessa.

Non è ipotizzabile – lo preciso subito – nessun ritorno all'indietro (per esempio alla sentenza 232 del 1975, superata dalla sentenza Granital); anzi l'intento deve essere quello di recuperare il tema dei diritti fondamentali in un circuito di diritto costituzionale. Solo così, tra l'altro, si può *disinnescare l'arma dei contro-limiti*, evitando la tentazione di usarla come mezzo (improprio) per recuperare spazi di identità costituzionale. La questione su cui riflettere non riguarda solo la salvaguardia dei poteri delle Corti costituzionali nazionali onde evitare che le loro competenze siano aggirate. Se così fosse, sarebbe un cedimento a suggestioni corporative: il problema è invece ben più rilevante e concerne la *certezza* dei rapporti giuridici.

Ciò premesso mi chiedo tuttavia: una più solida e ampia tutela dei diritti

fondamentali in Europa può reggersi solo sulle spalle della Carta dei diritti o sulle spalle dei giudici, europei, comuni o costituzionali che siano? O non richiede, piuttosto, di perseguire, come nelle politiche fiscali ed economiche, l'obiettivo più ampio di una maggiore *unità politica*?

Se inizialmente la Corte del Lussemburgo aveva fatto ricorso alla categoria dei diritti in un'ottica volta a favorire il *primato* del diritto comunitario, successivamente – raggiunto tale obiettivo – l'elaborazione di una Carta dei diritti avrebbe dovuto assicurare una migliore *integrazione* fra gli Stati dell'Unione. Riassumo brevemente le funzioni politico-istituzionali che la Carta dei diritti è stata chiamata ad assolvere:

- rendere trasparente e «*visibile*» – uso l'espressione contenuta nel mandato conferito dal vertice di Colonia del 3-4 giugno 1999 e ripreso sia nella «semi-tappa» di Tampere sia a Nizza il 7 dicembre 2000 – la scala dei valori europei, andando al di là delle tradizionali libertà di mercato e così favorendo processi di maggiore unità politica;

- contrastare, avendo alle spalle una comune carta dei valori, tentazioni xenofobe e razziste, dando così base giuridica al potere dell'Unione (previsto dall'art. 7 del Trattato) di applicare sanzioni nei confronti dei Paesi responsabili di violazioni «gravi e persistenti» di diritti fondamentali (era di quei mesi il successo in Austria dei liberaldemocratici di Haider);

- favorire la integrazione dei 12 Paesi allora candidati (Slovacchia, Slovenia, Repubblica ceca, Romania, Bulgaria, Malta, Cipro, Lituania, Lettonia, Estonia, Ungheria, Polonia), tanto più che in base all'art.49 del Trattato condizione per l'ammissione era il rispetto dei diritti fondamentali;

- assicurare un fondamento di valore alla stessa politica estera comune (non è privo di significato che l'iniziativa per la Carta si sia accelerata dopo le vicende che avevano portato alla crisi del Kosovo);

- assicurare un'armatura garantista al progressivo rafforzamento della cooperazione giudiziaria, penale e di polizia e tutelare i cittadini europei rispetto a istituzioni e burocrazie comunitarie vieppiù forti;

- contenere i conflitti fra il sistema di tutela dei diritti proprio dell'Unione e quello del Consiglio d'Europa, fra la Corte di Lussemburgo e la Corte dei diritti di Strasburgo (si pensi al caso Matthews C-24833/94 e prima ancora al caso Orkem c. Commissione C-374/87).

Non tutti gli obiettivi perseguiti sono stati raggiunti; anzi, alcuni sono stati disattesi. Il rallentamento del processo di unificazione europea e la crisi economico-finanziaria che l'ha accompagnata, ha anzi alimentato un duplice fenomeno:

- 1) ha portato, all'interno dell'ordinamento europeo, a sottrarre alcune decisioni al dominio delle regole generali e al campo di applicazione della Carta dei diritti. Il Brussels Group (la c.d. *Troika*), chiamato a gestire le crisi greche, portoghese e cipriota, ha attuato, o attua, decisioni assunte in vario modo da

istituzioni politiche europee (a composizione dei soli Stati dell'area Euro) ma sottratte – forse per la presenza nel Gruppo del Fondo Monetario – ai vincoli della Carta dei diritti e agli ordinari controlli giurisdizionali della Corte di Giustizia⁷. Se in molti casi si è avuto un effetto di traboccamento della Carta dei diritti in questi casi *l'effetto è stato opposto*: essa si è dovuta ritrarre indietro.

2) ha accentuato, nelle singole nazioni, inclinazioni *sovraniste* (non solo con la *Brexit*) e di chiusura delle frontiere, anche mettendo in discussione gli stessi *accordi di Schengen* (e voltando le spalle agli articoli 67 e 214 del TFUE) e accentuando le polemiche fra governi. Le immagini lungo la *rotta balcanica* degli spostamenti nel fango di migliaia di profughi fermati ai confini dell'Unione da agghiaccianti barriere di filo spinato; le immagini lungo la *rotta mediterranea* di donne e bambini costretti all'attraversata con fragili barconi, fanno apparire retoriche le ripetute affermazioni della Carta dei diritti sul valore della *dignità della persona*.

Peraltro gli effetti più drammatici mettono in evidenza la fragilità della giustizia europea, affaticatasi a riconoscere e cesellare solo *frammenti di diritti*. Di alto valore, ad esempio, i principi affermati nelle Sentenze con cui il Signor Kadi (sentenze riunite C-402/05 e C-415/05, 3 settembre 2008) ha visto ripristinati i suoi diritti o con cui la Signora Chen ha potuto condividere con la propria bimba il diritto a soggiornare a tempo indeterminato (sentenza C-200/02 del 19 ottobre 2004) ma che dire, appunto, dei muri eretti nei confronti di migliaia di profughi?

Sono queste le ragioni per le quali, concludendo, non posso tacere alcuni dubbi sulla enfasi posta relativamente alla *funzione federalizzante dei diritti*, che tuttora suggestiona non poca letteratura. La *comunità dei diritti* (la *Grundrechtsgemeinschaft*), che avrebbe dovuto contendere la *centralità del mercato*, è una formula suggestiva che rispecchia la seria crisi che attraversa il concetto tradizionale di sovranità; ma i diritti fondamentali non si traducono soltanto in un complesso di *limiti*, ma esprimono anche valori e fissano *principi di azione*. La loro piena tutela quindi – non mi riferisco solo ai diritti sociali – richiederebbe adeguate politiche economiche e fiscali; al

⁷ Infatti, gli stessi giudici di Lussemburgo, reagendo a rinvii di giudici nazionali, hanno escluso dall'ambito di applicazione della Carta situazioni soggettive lese dai provvedimenti nazionali adottati in esecuzione dei piani concordati da Commissione, Banca Centrale e Fondo monetario; cito ad esempio la decisione C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins* del 21 ottobre 2014 con cui la Corte è tornata a dichiararsi «manifestamente incompetente» (già così C-264/12) a valutare, in sede di rinvio pregiudiziale, talune misure di restrizione dei trattamenti di lavoratori portoghesi, in attuazione di misure di bilancio adottate in forza di detti vincoli e ritenute in contrasto con norme della Carta dei diritti (lo stesso è avvenuto per taluni provvedimenti relativi alle Banche cipriote: non riporto le sigle lunghissime ma la decisione è del 20 settembre 2016). Un segno di ripensamento, tuttavia, parrebbe emergere dalla causa C-258/14 Eugenia Florescu ed altri a proposito di un memorandum di intesa fra Unione europea e Governo rumeno.

pari della scelta della moneta unica, ben difficilmente sostenibile con la sola dura realtà *del fiscal compact*. Il sempre più intenso riconoscimento dei diritti fondamentali può favorire i processi di federalizzazione o di unità politica ma sono soprattutto *i processi di unità politica* che possono portare a sempre più intense forme di estensione e tutela dei diritti fondamentali.

Avevano visto bene – in breve – quanti elaborarono la Carta dei diritti pensando di farne un capitolo di una progettata Costituzione europea. Il progetto, come sappiamo, fu soffocato nella culla dai primi venti dell’antieuropeismo; ma la storia dell’europesismo ci insegna che alle crisi, in genere, seguono faticose riprese: dopo il fallimento nel 1954 della Comunità europea di difesa; dopo la *sedia vuota* di De Gaulle nel 1965 (contrario ad un bilancio della Comunità alimentato da risorse autonome); dopo l’esito negativo dei referendum nel 2005 sulla Costituzione europea in Francia e Olanda c’è sempre stato un momento in cui il cammino dell’Europa ha ripreso la sua strada. Una ripresa del cammino ci sarà anche – è da sperare – se si riusciranno, tra l’altro, a ricondurre i Paesi dell’Est entro le regole europee.

Un piccolo segnale positivo può intravedersi nella recente Sentenza della Corte di Giustizia sul richiamo alle responsabilità comuni nell’accoglienza dei rifugiati (6 settembre 2017, C-643/15)? In questa direzione potrà essere d’aiuto la Carta di Nizza purché non si trasformi in una «cantilena»⁸ e non sia né retoricamente né impropriamente invocata ma applicata fino in fondo.

BIBLIOGRAFIA

Barbera, A. (2007), *Corte costituzionale e Giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?* in *Quaderni costituzionali*, p. 335 e ss.

Barbera, A. (2008), *I (non ancora chiari) «vincoli» internazionali e comunitari nel primo comma dell’art. 117 Costituzione*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, pp. 107 e ss.

La Pergola, A. (2003), *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, pp. 2427 e ss.

Onida, V. (2008), *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, pp. 107 e ss.

Saja, F. (1988), *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, p. 179.

⁸ 6. Così Weiler (2002, 523)

Weiler, J. (2002), *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, p. 523.

The European Charter of Fundamental Rights: For a Dialogue between the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice. The entry into force of the European Charter of Fundamental Rights has opened a debate about the continued validity of the framework established by the Simmenthal and Granital decisions: when there is a specific antinomy between national and European legal rules the ordinary judge disapplies the national rule, but when the conflict is between a national rule and a principle (or objective) set at the European level the involvement of Constitutional Courts appears more appropriate – possibly also with the contribution of the Court of Justice of the European Union (CJEU) through the preliminary reference procedure. In these cases, Constitutional Courts are called to judge upon the general validity/invalidity of the national law with *erga omnes* effects. To be sure, in the first set of cases there is an antinomy between rules – you either apply one or the other – in the second set of cases, there is a conflict between a rule and a «parameter». The theme emerges even more clearly in relation to rights protected by the Charter and those protected in National Constitutions. *Keywords:* European Charter; Antinomy; Constitutional Courts; Principles; Rights Review; Preliminary Reference.

AUGUSTO BARBERA è giudice costituzionale e professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna.