La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?

Intervista di Roberto Giovanni Conti

Prof. Paola Mori – ord.dir.Unione europea Univ.Catanzaro

Prof. Bruno Nascimbene – già ord. Dir.Un.Europea Univ.Statale di Milano

Prof. Roberto Mastroianni – ord.Dir.Unione europea Univ.Statale di Napoli

1) Le recenti prese di posizione della Corte costituzionale italiana sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Corte cost.n.269/2017, Corte cost.n.20/2019) sono secondo lei la spia di una mutata sensibilità della Consulta rispetto al ruolo del giudice comune nel processo di protezione dei diritti fondamentali e, se sì, quale le sembra la direzione che la Corte costituzionale ha inteso intraprendere sul punto?

2) A lei pare che la Corte costituzionale, con le sentenze indicate al quesito n.1, abbia inteso porre le basi per un processo di "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, se sì, crede che questo processo possa in concreto arricchire o depotenziare il ruolo della Carta UE, dei giudici comuni e della Corte di giustizia?

3) A suo giudizio le sentenze nn.269/2017 e 20/2019 della Corte costituzionale consentono tuttora – e in che misura – il potere di disapplicazione della norma interna contrastante con la Carta UE da parte del giudice comune?

Introduzione di Roberto Giovanni Conti

Qualche anno fa avevamo provato a mettere in guardia dai pericoli insiti nella enfattizzazione ed estremizzazione del ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema interno e, soprattutto, nelle vicende non "coperte" dal diritto eurounitario – R. Conti, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*, in *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri e A. Saitta, Torino, 2016,194. –

Più recentemente il Prof.Augusto Barbera, in occasione di un incontro di studio tenuto a Siviglia, prefigurava possibili nuovi scenari sull'efficacia della Carta UE, espressamente riconoscendo la necessità di una riconsiderazione e riparametrazione della sua portata. Ciò in relazione alla sostanziale coincidenza dei contenuti della Carta UE con i diritti protetti dalla Costituzione ed all'uso, a suo dire smodato, di quello strumento fatto fino a quel momento dai giudici comuni, al quale occorre porre rimedio riaccentrando innanzi al giudice costituzionale il contratto di

compatibilità dell'ordinamento nazionale con la Carta stessa – v. Barbera A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegniseminari/SIVIGLIABARBERA.pdf> –.

Questa prospettiva aveva già trovato degli autorevoli punti di convergenza – M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in <http://www.rivistaaic.it/convergenze-e-divergenze-nell-interpretazione-delle-clausole-finali-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea.html> –.

In questa cornice matura il più famoso *obiter dictum* della storia della Corte costituzionale, espresso nella sentenza n.269/2017.

Fiumi d'inchiostro hanno accompagnato quella pronuncia ed i suoi *seguiti* della giurisdizione comune.

Le interviste che ospita la Rivista, alimentate dalle opinioni di tre noti studiosi del diritto dell'Unione europea – Paola Mori, Bruno Nascimbene e Roberto Mastroianni – si innestano nelle numerose questioni emerse nel dibattito giuridico in seguito alle pronunzie che la Corte costituzionale ha successivamente adottato, mettendo progressivamente a fuoco la portata apparsa ai più deflagrante di quell'*obiter*.

Per una maggiore fruibilità delle interviste – oggi pubblicate con la risposta alla prima domanda – si procederà in successione alla pubblicazione, Venerdì 27, delle ulteriori risposte, riservando a Sabato 28 le repliche, le conclusioni nonchè le interviste integrali in formato pdf – scaricabile su pc – in modo da consentire ai lettori la possibilità di scaricare in un unico file il testo integrale.

Sarà possibile, in ognuna delle interviste parziali pubblicate, rinviare alle precedenti risposte ed alle successive, cliccando sull'apposito link.

Prima domanda

1) Le recenti prese di posizione della Corte costituzionale italiana sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Corte cost.n.269/2017, Corte cost.n.20/2019) sono secondo lei la spia di una mutata sensibilità della Consulta rispetto al ruolo del giudice comune nel processo di protezione dei diritti fondamentali e, se sì, quale le sembra la direzione che la Corte costituzionale ha inteso intraprendere sul punto?

Prof.ssa Paola Mori

La giurisprudenza inaugurata con il ben noto *obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017 mi sembra confermi in termini inequivocabili («le violazioni dei diritti della persona postulano un intervento *erga omnes* di questa Corte» sentenza 269, par. 5.2) la volontà della Consulta di accentrare in sé il controllo del rispetto dei diritti fondamentali, quale che ne sia la fonte e dunque anche con riguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Con specifico riferimento alla Carta questa conclusione si sarebbe resa indispensabile, secondo i giudici costituzionali, dopo che il Trattato di Lisbona ha attribuito alla Carta effetti giuridici vincolanti, in quanto essa sarebbe «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto tipicamente costituzionale» e che quindi i principi e i diritti in essa enunciati «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana». Pertanto, la Corte costituzionale si è riservata di giudicare «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato», allo scopo di evitare di «trasmodare» «in una sorta di inammissibile sindacato diffuso» (ivi, par. 5.3).

Aggiungerei che un ulteriore, non detto, ma forse non meno importante, motivo di allarme per la Consulta di vedere erodere la propria influenza, va ricercato nell'estensione, al termine del periodo di transizione di cinque anni stabilito dal Protocollo (n. 36) sulle disposizioni transitorie, delle competenze della Corte di giustizia all'ambito della cooperazione penale e giudiziaria in materia penale e la conseguente applicazione della Carta agli atti europei adottati in questi settori; un vasto ambito che sta dando luogo ad una giurisprudenza europea sempre più ricca. Così come sempre più importante sta diventando il sindacato della Corte di giustizia sul rispetto dei valori fondamentali dell'Unione e dello

Stato diritto anche sotto il profilo dell'indipendenza della magistratura e delle autorità indipendenti.

Ora, fatti i debiti distinguo, peraltro più volte sottolineati dalla stessa Corte costituzionale (sentenza 348/2017), un *fil rouge* mi pare legare questa più recente giurisprudenza costituzionale sulla Carta a quella sulla CEDU. Una sorta di continuità sistemica, ma forse anche ideologica (nazionalismo, o peggio sovranismo, costituzionale?), che oltre che nell'accentramento del sindacato di costituzionalità (e nell'aspirazione a porsi come giudice primo e ultimo del sindacato sui diritti), sembra riflettersi anche nelle modalità e nei contenuti argomentativi.

Ricordo rapidamente come in passato, fino alla riforma del titolo V della Costituzione, la Consulta escludesse, salvo sporadiche eccezioni (sentenza 388/1999 «...al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»), la rilevanza della CEDU nella determinazione del contenuto dei diritti fondamentali (per un quadro complessivo della giurisprudenza precedente, sentenze 348 e 349/2007, nonché, un mio scritto giovanile: *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 306-352).

Con le sentenze gemelle 348 e 349/2007 e con la giurisprudenza successiva la Corte costituzionale ha definito la funzione della CEDU alla luce del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost. il quale, «se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra *attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale*». Secondo questa giurisprudenza, il giudice comune ha sì l'obbligo di saggiare la possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, ma

non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., *di esclusiva competenza del giudice delle leggi*. «Il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. ... viene *integrato* e reso operativo dalle norme della CEDU». E *proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione*.

Se nelle sentenze gemelle la particolare natura e funzione delle norme CEDU viene ancorata ad un parametro formale, ovvero all'art. 117, primo comma Cost., nella giurisprudenza successiva la Consulta sembra accentuare l'aspetto sistemico. La Corte costituzionale, infatti, non solo ribadisce la *supremazia assiologica* della Costituzione sulla CEDU (sentenze 49/2015 e 25/2019), ma, soprattutto per quanto qui interessa, rivendica il *«proprio infungibile ruolo»* nella «valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca» (sentenze 170/2013, par. 4.2, e 25/2019, par. 13), mentre «alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale» (sentenza 317/2009, par. 7).

Insomma si chiarisce e definisce la volontà, all'origine delle sentenze gemelle, di ordinare il sindacato sui diritti fondamentali sanciti nella CEDU in modo accentrato nella Corte costituzionale, evitandone il sindacato diffuso (e l'eventuale disapplicazione delle norme di leggi incompatibili con la CEDU) da parte dei giudici di merito e di legittimità (in specie 348/2007, par. 4.3).

Per inciso, vale la pena di notare che nella sentenza 349/2007, par. 6.1, la Corte costituzionale, sia pure con riferimento alla CEDU, ha «sottolineato che i diritti

fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre un’attribuzione di competenza limitata all’interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità».

Sul punto varrebbe la pena di spendere qualche maggiore riflessione che la natura di questo breve intervento non consente. Mi limito solo ad evidenziare, con riguardo all’ordinamento dell’Unione, che se è indubbiamente vero che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei Trattati» (art. 6, par. 1, TUE), è anche vero che le cessioni di sovranità riguardano, sì, materie, ma anche funzioni (art. 13 TUE, in generale; normativa, art. 288 TFUE; e soprattutto, per quanto qui interessa, giurisdizionale, art. 19 TUE etc.). Pertanto, dato che la Carta UE in forza del Trattato di Lisbona è a tutti gli effetti parte del diritto primario dell’UE (art. 6 TUE), essa non può che formare oggetto di interpretazione e di applicazione da parte della Corte di giustizia. E, ovviamente, godere anch’essa delle fondamentali garanzie costituzionali che accompagnano la partecipazione italiana al processo di integrazione europea (in specie art. 11 Cost.).

Ritornando al tema principale, mi sembra che la recente giurisprudenza costituzionale sulla Carta non costituisca altro che un’applicazione dei menzionati orientamenti giurisprudenziali relativi alla CEDU e agli altri trattati internazionali in materia di diritti umani. Manifesti, in altri termini, un’inequivoca volontà di accentrare nella Corte costituzionale il sindacato sui diritti fondamentali, anche quando trovano la loro fonte nel diritto dell’Unione (condivido dunque con RUGGERI, *Giudice o giudici nell’Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme*, 10 aprile 2019, l’idea che siamo in presenza di un «forte rigurgito di “riaccentramento” del sindacato presso la Consulta»).

Insomma una manifesta indisponibilità da un lato ad ammettere il sindacato diffuso da parte dei giudici comuni, dall’altro lato ad accettare senza riserve la competenza della Corte di giustizia in quest’ambito (sul ruolo della Corte di Lussemburgo in materia v. TIZZANO, *Qualche considerazione dal versante*

lussemburghese a proposito di diritti fondamentali, in *Foro. it.*, 2017, V, 73 ss.). Ma questo implica anche una sorta di indistinta omologazione della Carta ai trattati internazionali in materia, di varia origine e di diversi ambiti, soggettivi e oggettivi, di efficacia. Sul punto ritornerò nella risposta al prossimo quesito.

Per contro, questa stessa giurisprudenza mi sembra introdurre alcune significative deviazioni rispetto a quella consolidatasi a partire dalla sentenza *Granital* (Corte cost. sentenza 170/1984) sia con riguardo alle norme dell'Unione dotate di efficacia diretta, sia con riguardo a quelle prive di tale efficacia. Si tratta di deviazioni che rischiano di compromettere l'autonomia e il primato del diritto dell'Unione, così come il ruolo che l'art. 19 TUE riserva alla Corte di giustizia e ai giudici nazionali.

Prof. Bruno Nascimbene

Con riferimento alla prima domanda, le sentenze 269/2017 e 20/2019 (sebbene la seconda attenui il rigore, per quanto riguarda l'accentramento di funzioni nella Corte cost. rispetto alla prima) paiono voler arginare l'effetto di *spill-over* della Carta dei diritti fondamentali UE provocato dai giudici ordinari. Augusto Barbera nel 2017 scriveva quanto segue: “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 (cfr. https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2017_Barbera.pdf pag. 4). Un

orientamento, questo, che sembra confermare quello della Corte costituzionale: accentrare il vaglio di legittimità di una norma nazionale in contrasto con la Costituzione e con la Carta UE al fine di evitare un pregiudizio alla Costituzione.

Si tratta di un atteggiamento che evoca “il predominio assiologico della Costituzione” sulle fonti esterne all’ordinamento, come già ebbe a dire la Corte costituzionale nella sentenza 49/2015 con riferimento alla CEDU. Nella predetta sentenza la Corte (ma riferendosi alla CEDU) sembra riconoscere maggiori poteri ai giudici comuni: “quando il giudice comune si trova di fronte ad un orientamento consolidato della Corte europea della cui conformità a Costituzione dubita, è tenuto a sollevare questione di costituzionalità sulla legge di ratifica della Convenzione; mentre allorché dubiti della costituzionalità di un orientamento non consolidato potrebbe provvedere egli stesso alla sua disapplicazione, privilegiando l’interpretazione conforme a Costituzione della norma da applicare al caso di specie”. Ma, osservo, la CEDU non è il diritto UE, non ne ha l’efficacia, e un parallelismo tra le due fonti è possibile, ma le conseguenze sono diverse, dovendo distinguere le norme con effetto diretto dalle altre.

A parte la censurabile distinzione fra giurisprudenza consolidata e non consolidata (definizione, questa, che non è tratta dal testo della Convenzione né dalla giurisprudenza interpretativa), se un confronto deve essere fatto, mi sembra che questo possa avvenire fra “diritto UE (compresa la Carta) direttamente applicabile” e “Cedu-diritto UE non direttamente applicabile”: nel primo caso, salvo il rinvio pregiudiziale, dovrebbe decidere il giudice comune, rimettendo la questione alla Corte cost. in casi eccezionali (dopo il rinvio pregiudiziale, se necessario). Nel secondo caso, non essendo la CEDU direttamente applicabile ed essendo il diritto UE in questione non direttamente applicabile, ove vi sia un conflitto con una norma nazionale non risolvibile attraverso l’interpretazione conforme, il giudice comune dovrebbe rinviare alla Corte cost. (salvo, sempre, il rinvio pregiudiziale).

Ritengo centrale il ruolo del giudice comune, anche per i motivi (e i riferimenti) di cui alla risposta alla domanda n. 3 (vedi oltre). Credo che si possa ravvisare, invece,

nell'atteggiamento della Corte cost., un mutamento di sensibilità. Forse è più formale, che sostanziale, ma il mutamento mi sembra proprio sussistente.

Prof. Roberto Mastroianni

Certamente lo sono. Con le pronunce richiamate, nonché con la più recente sentenza n. 63 del 2019, a Consulta ha voluto, sul solco di altre corti costituzionali, riprendersi uno spazio ed un ruolo centrale nell'applicazione del diritto dell'Unione quando questo interviene nella disciplina e nel controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti fondamentali. Il sistema precedente – per comodità chiamiamolo “sistema Onida” – che le sentenze recenti tendono a superare, riconosceva al giudice comune i “pieni poteri”, attribuendo ad esso, eventualmente in dialogo con la Corte di giustizia qualora ciò si rivelasse necessario, il ruolo di garante principale della immediata ed uniforme applicazione delle regole europee dotate di diretta efficacia. Qualora quest'ultime fossero, come avviene di frequente, principi del diritto dell'Unione in materia di diritti fondamentali, da Lisbona in poi ricavabili in primis dalla Carta, spettava al giudice nazionale intervenire in maniera immediata, se necessario provvedendo alla disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto in questione. Il coinvolgimento della Corte costituzionale, indispensabile invece in caso di conflitto con regole europee non direttamente efficaci, veniva così escluso, ed eventuali questioni di legittimità costituzionale ciò nonostante sollevate non potevano che subire la declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza. L'esigenza di garantire la conoscibilità delle regole realmente applicabili veniva rimessa ai meccanismi consolidati di intervento legislativo attraverso le leggi europee annuali (legge 234 del 2012, art. 30, comma 3, lett. a). L'unica eccezione a questa regola generale risultava il caso della invocazione della c.d. teoria dei controlimiti, in quanto solo la Corte costituzionale può dichiarare l'illegittimità costituzionale *in parte qua* della legge di esecuzione del Trattato, qualora una norma dell'Unione o una pronuncia della Corte di giustizia adottata per la sua

interpretazione si pongano in asserito contrasto con principi supremi della Costituzione o con diritti fondamentali da questa tutelati.

Diversa la soluzione, in quel consolidato quadro dei rapporti tra ordinamenti, in presenza di norme europee non dotate delle caratteristiche proprie della diretta efficacia (perché non *chiare, precise ed incondizionate* o perché si tratta di fonti europee, come le direttive, che non possono per loro stesse caratteristiche essere invocate nei rapporti interindividuali). In questo caso, non potendo attivarsi il meccanismo principale di garanzia del primato del diritto dell'Unione (la disapplicazione della regola interna difforme), spettava alla Corte costituzionale intervenire eliminando con effetti *erga omnes* la legge anti-europea.

Questa ricostruzione, fondata su una coraggiosa interpretazione dell'art. 11 Cost. e fedele rispetto alle esigenze di effettività ed immediatezza nella tutela dei diritti, pilastri portanti dell'ordinamento dell'Unione, ha retto per molti anni ed è stata ribadita anche di recente (cfr. sentenza n.111 del 2017). La stessa appare tuttavia oggi superata con il filone giurisprudenziale più recente, inaugurato dalla sentenza n. 269 del 2017. La Corte costituzionale sostiene ora che qualora il contrasto con la norma interna riguardi una disposizione della Carta (o di atti derivati che ad essa sono collegati, come il caso, oggetto della sentenza n. 20 del 2019, della direttiva 2000/78), la distinzione tra norme dotate o meno di efficacia diretta (che pure rileva nel contesto della Carta stessa: cfr. art. 52, par. 5) non sia più determinante, in quanto in ogni caso la soluzione dell'antinomia su ricordata ritorna ad essere affare della Corte costituzionale. Non è questa la sede per analizzare a fondo i motivi di questa scelta, certamente rivoluzionaria e non estranea ad alcuni ripensamenti imputabili alla stessa giurisprudenza europea (sentenza *Melki e Abdeli* e successive). Quello che appare necessario rilevare è che dopo queste pronunce la Corte non ritiene più di opporre la barriera di inammissibilità alle questioni di legittimità costituzionali che coinvolgono le regole della Carta, anche se dotate di tutte le caratteristiche per produrre effetti diretti nell'ordinamento interno. Rimane la possibilità, enunciata dalla sentenza n. 20 del 2019 e ribadita con chiarezza dalla sentenza n. 63 a

correzione di una posizione diversa enunciata in un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, non solo di rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sia prima che dopo la pronuncia della Corte costituzionale, per l'interpretazione delle regole della Carta, ma anche, a quanto pare, in ogni momento di disapplicare la regola interna difforme in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta. Su questo tornerò nella risposta all'ultimo quesito.

Seconda domanda

2) *A Lei pare che la Corte costituzionale, con le sentenze indicate al quesito n. 1, abbia inteso porre le basi per un processo di "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, se sì, crede che questo processo possa in concreto arricchire o depotenziare il ruolo della Carta UE, dei giudici comuni e della Corte di giustizia?*

Prof.ssa Paola Mori

In effetti credo che il rischio di costituzionalizzazione o subcostituzionalizzazione, ovvero di incorporazione della Carta sia evidente. E sia la conseguenza più grave di questa giurisprudenza. Il fenomeno emerge in modo molto chiaro nella sentenza 20/2019 (sul punto v. le considerazioni di Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta: questo matrimonio s'ha da fare o no?* in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019; Id., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018, p. 280 ss.).

Il caso riguarda la violazione delle normativa europea sulla *privacy della disciplina* concernente l'obbligo a carico delle Pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione attestante i compensi 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. L'incidente di costituzionalità era stato sollevato (prima della pronuncia della 269/2017) dal TAR del Lazio il quale, oltre la violazione di alcuni parametri costituzionali interni (articoli 2, 3, 13 e 117 Cost.), aveva prospettato quella degli articoli 7, 8, 52 della Carta, dell'art. 8 CEDU e di alcune norme della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali (poi sostituita dal Regolamento 2016/679/UE).

Il TAR Lazio pur «consapevole» che in un caso molto simile la Corte di giustizia (sentenza 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01,

Österreichischer Rundfunk), ha ritenuto che gli articoli 6, par. 1, lett. c), e 7, lett. c) ed e), della direttiva 95/46/CE – che hanno «trovato conferma» nelle disposizioni del regolamento n. 2016/679/UE – sono direttamente applicabili, ha tuttavia escluso che la norma contestata sia suscettibile di essere disapplicata «per contrasto con normative comunitarie», posto che non sarebbe individuabile una «disciplina *self-executing* di tale matrice direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio».

Ciò trova spiegazione nel fatto che, in linea con una giurisprudenza consolidata, nella sentenza *Österreichischer Rundfunk* la Corte di giustizia, pur ritenendo direttamente applicabili le norme rilevanti della direttiva (punti 100-101 e punto 1 del dispositivo), ha affidato al giudice del rinvio il compito di apprezzare se l'ingerenza alla vita privata sia necessaria e proporzionata alla realizzazione della finalità legittima perseguita (punto 88 e punto 2 del dispositivo).

A fronte di questa difficoltà il TAR, anziché procedere esso stesso all'operazione di ponderazione degli interessi, eventualmente rinviando in caso di dubbi interpretativi la questione alla Corte di giustizia, ha scelto di rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Dato che la questione si colloca indubitabilmente nell'ambito di attuazione del diritto UE, la Corte costituzionale avrebbe ben potuto/dovuto rinviare essa stessa alla Corte di giustizia. Il giudice delle leggi ha invece ritenuto che «la “prima parola” che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco» (par. 2.3). E dunque, «avendo la facoltà di decidere l'ordine delle censure da affrontare (sentenze n. 148 e n. 66 del 2018), ritiene di esaminare prioritariamente le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 3 Cost., evocato sia sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza, sia sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza».

Il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di giustizia passano dunque in secondo piano, vengono applicati solo indirettamente, e diventano funzionali all'interpretazione dell'art. 3 Cost.: «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).

In altri termini il diritto dell'Unione viene privato di qualsiasi autonoma rilevanza: la Consulta non solo ignora il problema della diretta applicabilità o efficacia diretta della norma europea (peraltro affermata dalla Corte di giustizia. Non solo, ma *quid* qualora la questione fosse posta con riferimento al regolamento 2016/679/UE, atto

che per definizione è direttamente applicabile?), ma non tiene neppure conto della propria giurisprudenza sul punto, consolidatasi da *Granital* in poi.

La Corte costituzionale rivendica invece il dovere di «esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale». Non solo, ma disvela anche l'ambizione 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» (critico Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4/2018).

Ora, è chiaro che le tradizioni costituzionali comuni esprimono quei valori che emergono dalle giurisprudenze nazionali in materia di diritti fondamentali e che si sono formati in applicazione delle rispettive costituzioni. Ma spetta solo alla Corte di giustizia il compito di enuclearne la definizione condivisa, il *contenuto comune* a tutti gli Stati membri. Solo attraverso questa elaborazione può comporsi quel patrimonio costituzionale europeo che consente la formazione di quella fiducia reciproca tra gli Stati membri, che costituisce un principio cardine (la «pietra angolare», CGUE, parere 2/13) del sistema dell'Unione (v. ancora Tizzano, op. cit., 76).

In questo caso i termini della questione sono del tutto diversi: in una fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la Consulta semplicemente utilizza come parametro di costituzionalità l'art. 3 Cost.

Molto simile è lo schema argomentativo seguito dalla Corte costituzionale nella più recente sentenza 63/2019. Qui la questione riguardava la legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72 di attuazione della direttiva 2013/36/UE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e la vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, per il profilo del mancato riconoscimento della retroattività *in mitius* delle sanzioni previste per la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate.

Un caso del genere avrebbe presupposto che in primo luogo il giudice comune avesse esperito il tentativo di interpretare la norma nazionale in modo conforme alla direttiva e alla Carta; poi, in caso di dubbi interpretativi, egli avrebbe dovuto rinviare alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE o, nel caso in cui avesse ritenuto la

disposizione legislativa incompatibile con il diritto dell'Unione, sollevare questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione alle disposizioni dell'Unione rilevati. Invece la Corte d'appello di Milano ha individuato come parametri l'art. 3 e l'art. 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Solo in un breve passaggio della motivazione è fatto riferimento all'art. 49, par. 1, della Carta.

A questo proposito va osservato che l'Avvocatura generale dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità della questione relativa al possibile contrasto con l'art. 49, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto un tale contrasto avrebbe piuttosto potuto formare oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. La Corte costituzionale ha però respinto l'eccezione sul rilievo che l'art. 49, par. 1, della Carta non è stato richiamato nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione ma solo nella motivazione e ha inoltre ribadito i principi affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 secondo cui «a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti».

Il profilo che desta particolare perplessità è l'individuazione del «duplice, e concorrente fondamento» del principio di retroattività della *lex mitior* in materia penale. «L'uno – *di matrice domestica* – riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. ... L'altro – *di origine internazionale*, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost. – riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo ..., nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, *tra cui* gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.» (par. 6.1).

La Carta, per quanto rilevante anche ai sensi dell'art. 11 Cost., viene dunque inquadrata tra le, e assimilata alle, garanzie che «il diritto internazionale dei diritti umani», insieme alla Costituzione, assicura alla materia penale (par. 6.3).

Il diritto internazionale dei diritti umani, ovvero un grande, unico, calderone in cui bolle «una pluralità di basi normative», accomunata dalla «ratio della garanzia» e dal «limite della tutela assicurata,...non assoluta, ma aperta a possibile deroghe» che siano giustificabili al metro del vaglio positivo di ragionevolezza richiesto dalla giurisprudenza costituzionale, in una ponderazione dei vari interessi di rango costituzionale in gioco.

Non può non notarsi che questa giurisprudenza sembra clamorosamente ignorare le diversità tra la Carta e i Trattati UE, da un lato, e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e gli altri trattati in materia, dall'altro lato (tra l'altro la lunga motivazione è prevalentemente dedicata all'esame della giurisprudenza CEDU e molto poco al diritto dell'UE. Mentre è solo l'art. 49, par. 1, a sancire espressamente il principio della *lex mitior* e forse proprio per questo tanto più importante sarebbe stato interpellare la Corte di giustizia sulla sua interpretazione). Diversità che invece era stata evidenziata nella sentenza 348/2007, sia pure sotto il solo profilo dell'efficacia diretta delle norme dell'Unione.

Ebbene, non possono ignorarsi le profonde differenze tra la Carta e la CEDU; differenze che riguardano l'origine e l'ambito spaziale in cui si collocano, la diversa natura ed efficacia normativa, la diversa funzione e, *last but not least*, il diverso *modus operandi*.

La CEDU è e resta un accordo internazionale, sia pure di altissimo significato valoriale, che vincola un grande numero di Stati europei, quarantasette, non sempre omogenei tra loro culturalmente, socialmente, politicamente, economicamente (alcuni dei quali addirittura ingaggiati tra di loro in un conflitto armato) impegnandoli al rispetto di uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali della persona. Il sistema di garanzia in essa previsto è finalizzato ad esercitare un controllo esterno sugli Stati parti che si aggiunge ai meccanismi interni in un rapporto di sussidiarietà (di cui sono espressione la regola, prettamente internazionalistica, del previo esaurimento dei ricorsi interni e il riconoscimento di ampi margini di apprezzamento per gli Stati parti). Come gli altri trattati internazionali in materia, la Convenzione detta standard minimi di tutela dei diritti e proprio per questo motivo è corredata dalla tipica clausola di salvaguardia del più alto livello di protezione (art. 53 CEDU, che ha una funzione molto diversa dall'art. 53 Carta), allo scopo di consentire agli Stati di applicare lo standard di protezione più alto derivante dalle loro Costituzioni e quindi di evitare una riduzione del livello di protezione dei diritti fondamentali (da qui la nota teoria della "massimizzazione delle tutele"). Il che ovviamente non esclude l'eventualità che determinati diritti, quali risultanti alla luce della giurisprudenza dalla Corte di Strasburgo, ricevano una tutela più ampia di quella offerta dalla Costituzione (Corte cost. 25/2019)

Ben diversa è la natura e la funzione della Carta. Essa non è un trattato internazionale, non è il frutto di un negoziato internazionale, bensì dell'elaborazione da parte di un organismo di altissimo livello, la Convenzione, rappresentativo di istanze di varia natura: dei Governi nazionali, del Presidente della Commissione, del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, della Corte di giustizia e di altri organismi dell'Unione. Dopo essere stata solennemente proclamata dalle tre Istituzioni politiche dell'Unione nel 2000, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi in forza dell'art. 6, par. 1, TUE quale modificato dal Trattato di

Lisbona. E dunque, fa oggi parte a tutti gli effetti dell'ordinamento giuridico dell'Unione ed è accompagnata dalla garanzia di quel principio fondamentale della nostra Costituzione sancito nell'art. 11.

Come ricordato dalla Corte di giustizia nel parere 2/13 (punto 167 ss.) e più recentemente nella sentenza 24 ottobre 2018, C-234/17, XC (punto 36 ss.), «il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri, nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti 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».

La Carta è dunque *la fonte autonoma* dei diritti fondamentali dell'Unione il cui rispetto si impone, per espressa previsione del suo art. 51, alle Istituzioni e agli organi dell'Unione, costituendo il presupposto della legittimità dei loro atti, e agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, ogniqualvolta ci si trovi nell'ambito di competenza 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 (CGUE 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*). Non solo, ma la Corte di giustizia, dimostrando profonda coerenza sistematica con la propria giurisprudenza, ha riconosciuto gli effetti diretti, anche orizzontali, delle disposizioni della Carta che sanciscono un diritto di «carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato» che non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale (CGUE 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, punto 76; 6 novembre 2018, C- 684/16, *Max-Planck*, punto 74 ss., entrambe in materia di diritti sociali!).

Mi sembra che queste conclusioni non possano esser smentite neppure da altre due considerazioni.

Mi riferisco, in primo luogo, alla giurisprudenza *Åkerberg Fransson* in cui 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» (CGUE 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punti 29 e 47, e 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S., M.B.*). Tale giurisprudenza trova fondamento nel fatto che, in presenza di normative dell'Unione di armonizzazione parziale, o in mancanza di armonizzazione, gli Stati membri conservano una sfera di discrezionalità, più o meno ampia a seconda dei casi, che però deve essere esercitata in coerenza con il sistema dell'Unione. È ovvio che tale ultima verifica è di

competenza della Corte di giustizia e non delle varie Corti costituzionali o Corti supreme degli Stati membri. È infatti la Corte di giustizia il garante esclusivo del «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati» secondo quanto previsto dall'art. 19 TUE. E quest'ultima constatazione sembra verosimilmente implicare l'opportunità o la necessità di interpellare la Corte di giustizia in via pregiudiziale, così da consentire un dialogo proficuo tra i giudici europei e quelli nazionali.

In secondo luogo mi sembra che l'autonomia della Carta non possa essere smentita dalla circostanza che essa «riafferma ... i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri...» (Preambolo, par. 5). L'indiscusso carattere ricognitivo della Carta non ne esclude infatti il valore innovativo nella misura in cui essa codifica in maniera sistematica e in un unico testo, diritti sanciti in atti di cui non sempre identico è il contenuto precettivo; così come non identica è la loro originaria portata normativa, trattandosi in alcuni casi di convenzioni internazionali, in altri di dichiarazioni solenni. E di diversa ampiezza sono poi gli ambiti soggettivi di applicazione degli atti di riferimento.

E neppure vale a smentire l'autonomia della Carta il rinvio alle “fonti” delle sue disposizioni previsto dall'art. 6, par. 1, TUE il quale, rimandando alle Spiegazioni, richiede che i diritti, le libertà e i principi della Carta siano interpretati alla luce dei corrispondenti diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni o sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Al contrario, più che come un vincolo interpretativo, quel rinvio sembra infatti avere la funzione di garantire la necessaria elasticità del sistema, nella misura in cui consente all'interprete l'opportuno adeguamento dei diritti e dei principi garantiti all'evoluzione dei sistemi giuridici di riferimento, in una dinamica virtuosa di coordinamento e complementarietà degli stessi. Ma ancora una volta questo compito non può che essere della Corte di giustizia in dialogo con i giudici nazionali. E d'altro canto, la giurisprudenza della Corte di giustizia mostra di mantenere un approccio flessibile e discrezionale nel riferimento a quelle fonti, in maniera tale da salvaguardare l'autonomia e la specificità del diritto dell'Unione (CGUE 15 febbraio 2016, C-601/15 PPU, *J.N.*, punto 47), nel dialogo continuo con i giudici nazionali.

Un'ultima riflessione. Vero è che i diritti sanciti nella Carta trovano riconoscimento nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e negli atti internazionali in materia. Così come è altrettanto vero che i diritti fondamentali esprimono tutti i medesimi valori, integrandosi e arricchendosi reciprocamente in una dinamica virtuosa. Va detto però che non necessariamente tali diritti hanno identico contenuto e portata nei diversi ordinamenti. Osservo, infatti, che, in linea di principio, e con l'esclusione del diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, neppure i diritti fondamentali hanno una portata assoluta in quanto

devono confrontarsi con altri diritti e interessi rilevanti e la loro definitiva portata varia in funzione dei cambiamenti e dell'evoluzione del sistema in cui vivono. Ora, questa operazione ermeneutica non può che essere contestualizzata nell'ordinamento specifico, ovvero quello competente, alla luce delle caratteristiche e degli obiettivi propri di tale ordinamento e dunque, nell'ambito di competenza dell'Unione, in base agli obiettivi dei Trattati quali enunciati nell'art. 3 TUE (Tizzano, op.cit., 75; CGUE 20 marzo 2018, C-524/17, *Menci*, punto 41).

In un ordinamento come quello dell'Unione che è profondamente integrato a quello dei suoi Stati membri, questo compito è in primo luogo affidato alla Corte di giustizia. Sarà poi il giudice nazionale ad applicare nello specifico procedimento il principio di diritto enunciato a Lussemburgo, coordinandolo con i principi e la normativa nazionali.

La Corte di giustizia ha costantemente valorizzato il ruolo interpretativo che il giudice nazionale è chiamato a svolgere nell'applicazione al caso concreto del principio di diritto da essa enunciato, lasciandogli ampi margini di discrezionalità nella determinazione del contenuto stesso della legge applicabile e nella formazione della giurisprudenza anche ai fini della definizione dei requisiti di prevedibilità e determinatezza della norma giuridica (tra le molte, CGUE sentenza 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. Diversamente, la Corte costituzionale nella sentenza 115/2018, par. 11, ha affermato che «nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo». In argomento v. anche 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. 97-119).

Alla luce di queste considerazioni il dialogo tra le giurisdizioni nazionali, in particolare quelle di ultima istanza, e la Corte di giustizia attraverso la procedura del rinvio pregiudiziale, proprio perché consente una continua, effettiva osmosi tra i valori giuridici europei e quelli nazionali, assume importanza essenziale e trova la sua garanzia nei Trattati istitutivi e, per l'Italia, nell'art. 11 Cost.

Prof. Bruno Nascimbene

1. Con riferimento alla seconda domanda, osservo.

È possibile che la Corte costituzionale abbia avviato una "presunta costituzionalizzazione" della Carta. Un elemento in tal senso sarebbe rappresentato dalla sentenza 20/2019, par. 2.3: "Questa Corte deve pertanto esprimere la propria

valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Ciò anche allo scopo di 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". La Corte rivendica una competenza (e quindi sembra "costituzionalizzare" la Carta) quando si tratti di diritti e principi fondamentali. L'affermazione della Corte è stata criticata perché riprende, "ma con toni più distensivi quanto già detto nella 269".

La critica si riferisce anche al ruolo che la Corte si attribuisce di "contribuire" a fornire una interpretazione ed effettività dei diritti fondamentali in armonia con le tradizioni costituzionali comuni. Non è, invero, la Corte cost., ma la Corte di giustizia ad accertare ed interpretare, ai fini della tutela di tali diritti, le tradizioni comuni: così come interpreta e applica la Carta (cfr. Bronzini in http://questionegiustizia.it/articolo/la-sentenza-n-202019-della-corte-costituzionale-it_04-03-2019.php). Critica condivisibile. Non sarebbe, invero, corretto, "nazionalizzare" o "costituzionalizzare" la Carta al fine di attribuire alla Corte cost. un ruolo che è invece della Corte di giustizia. L'armonia deve essere reciproca, il dialogo deve essere prioritario, altrimenti l'integrazione (anche fra le Corti) ne risulterebbe compromessa.

Le idee "sovraniste" non debbono pregiudicare dialogo e integrazione, anche nei rapporti fra Giudici. Il ricorso alla teoria dei controlimiti deve essere eccezionale, e non può certo essere evocato a sostegno di quelle idee: sempre più diffuse, almeno in questo momento storico.

Prof. Roberto Mastroianni

La recente giurisprudenza della Corte costituzionale apre la strada ad un processo non tanto di "costituzionalizzazione" (la Carta è già per sua stessa natura un testo di portata costituzionale, produttivo di effetti giuridici nell'ordinamento nazionale non solo in base all'ordine di esecuzione contenuto nella legge di esecuzione del Trattato di Lisbona, ma soprattutto grazie alla copertura dell'art. 11 Cost.), ma di "internizzazione" della Carta, nel senso che questa concorre con i parametri interni per la soluzione delle medesime antinomie a livello costituzionale. Questa è palesemente la portata della più recente sentenza n. 63 del 2019, con la quale la Corte ha deciso la questione di legittimità costituzionale relativa ad una norma (art. 6,

comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72) in tema di divieto di retroattività *in melius* di una nuova e più favorevole disciplina sanzionatoria dell'abuso di informazioni privilegiate. La Consulta ha accolto le questioni, sollevate anche con riferimento a parametri europei, utilizzando esclusivamente un parametro interno (art. 3 Cost.), letto ed interpretato tuttavia alla luce della Carta, della CEDU e della giurisprudenza delle corti europee, oltre ovviamente a quella della Corte costituzionale.

La sentenza dimostra che l'utilizzo combinato delle fonti "costituzionali" può portare a risultati virtuosi, attraverso un reciproco arricchimento delle fonti coinvolte e quindi del rispettivo ruolo delle Corti. Più difficile è giungere al medesimo risultato qualora le varie fonti non convergano verso il medesimo risultato – vale a dire la maggiore tutela del diritto fondamentale in questione, nel caso della sentenza n. 63 il principio di eguaglianza - ma servano ad operare un bilanciamento tra più diritti fondamentali coinvolti nella medesima fattispecie (ad es., diritto all'informazione e tutela della privacy). In questo caso è ovviamente più complicato puntare alla "maggior tutela", in quanto la più ampia protezione di un diritto porta inevitabilmente alla compressione di un altro. In casi del genere, qualora la fattispecie rientri nel campo di applicazione sia della Carta, sia della Costituzione nazionale, le scelte delle diverse corti, anche riferite a diritti "sulla carta" identici, potrebbe essere divergenti, ponendosi in ipotesi un delicato problema di scelta tra soluzioni non necessariamente sovrapponibili.

In ogni caso, il ruolo della Carta e dei giudici nazionali sarebbe depotenziato qualora si escludesse in linea di principio la capacità delle prima di attribuire direttamente posizioni giuridiche invocabili in giudizio e il potere/dovere del giudice comune di svolgere il suo ruolo consolidato di "giudice naturale" del diritto europeo, chiamato a dare immediata e piena tutela i diritti che quest'ultimo intende attribuire. Ruolo che porta necessariamente all'immediata tutela dei diritti consacrati nella Carta, se necessario disapplicando le regole interne con essa incompatibili. Tuttavia, questo risultato, di certo non in linea con la posizione sostenuta dalla Corte di giustizia in numerose pronunce (ad esempio nella sentenza 24 ottobre 2018, causa C-234/17, XC e altri), sembra oggi da escludere alla luce della più recente posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza 63 del 2019.

Terza domanda

3) A suo giudizio le sentenze nn.269/2017 e 20/2019 della Corte costituzionale consentono tuttora – e in che misura – il potere di disapplicazione della norma interna contrastante con la Carta UE da parte del giudice comune?

Prof.ssa Paola Mori

L'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017, ha destato forti incertezze sull'esistenza e sull'eventuale portata di un obbligo del giudice comune di sollevare, nei casi di doppia pregiudizialità, in via prioritaria la questione di legittimità costituzionale. Poco chiare anche le conseguenze dell'affermazione cui il giudice ordinario conserva la possibilità «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». Apparentemente, tali affermazioni sembrerebbero ora stemperarsi alla luce delle recenti sentenze 20/2019 e 63/2019.

Nella prima pronuncia, dopo aver richiamato le affermazioni contenute nella 269/2017, la Consulta ha infatti riconosciuto che «i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, *qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria*. In generale, 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*» (par. 2.3).

Il principio è stato ribadito nella più recente sentenza 63/2019 là dove la Corte da un lato ha ribadito l'esclusione di qualsiasi preclusione ad esaminare «nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti», dall'altro lato conferma «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*».

La Consulta sembra dunque aver sfumato la posizione assunta nella sentenza 269, ritenendo che il giudice comune può in ogni momento (verosimilmente anche dopo il giudizio di legittimità costituzionale) rinviare alla Corte di giustizia ed eventualmente non applicare la normativa nazionale incompatibile con disposizioni della Carta direttamente efficaci. In altri termini, viene riconosciuto ai giudici nazionali di potersi adeguare ma, sembrerebbe, anche di non farlo, ai canoni che da *Granital* in poi hanno governato l'applicazione del diritto dell'Unione nell'ordinamento giuridico nazionale, nel rispetto degli obblighi derivanti dai Trattati istitutivi e dai principi fondamentali della Costituzione della Repubblica (art. 11 e 117, primo comma). Quest'ultima ipotesi mi sembra molto grave, e sul punto mi associo a Ruggeri, secondo cui «l'applicazione diretta non è un *optional*».

Ritengo che in ossequio al principio fondamentale di cui all'art. 11 Cost. e in coerenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla preminenza del diritto dell'Unione (v. anche Dichiarazione sul primato (n. 17) all. all'atto finale della Conferenza intergovernativa Lisbona), in ogni situazione rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il giudice comune non potrà sottrarsi al compito di non applicare la norma di legge in contrasto con disposizioni direttamente efficaci della Carta o con norme di diritto dell'Unione direttamente applicabili connesse alla Carta. Sarà ancora compito del giudice comune interpretare la misura nazionale in modo conforme con il diritto dell'Unione non direttamente applicabile rilevante, primario o derivato, alla luce della Carta e dei principi generali dell'Unione, e, in caso di incompatibilità della prima con il secondo, non risolvibile in via ermeneutica, trarne le dovute conseguenze: rinvio alla Corte di giustizia per l'interpretazione della norma europea o alla Corte costituzionale, per violazione degli articoli 11 e 117, 1° comma, Cost. della norma di legge.

Poco chiaro è il ruolo che la Consulta intende definire per sé stessa. È soggetta anch'essa al rispetto di questi canoni? Sembrerebbe di no. Il fatto di aver escluso ogni "preclusione" sembra infatti indicare la volontà della Corte costituzionale di esercitare il proprio sindacato anche in situazioni rientranti nel diritto dell'Unione in ogni ipotesi, in altri termini anche qualora il caso riguardi norme dell'Unione direttamente applicabili, realizzando una sorta di incorporazione della Carta che ne snatura l'autonomia.

Tutto ciò, anche alla luce delle considerazioni svolte sopra, mi sembra prefigurare una torsione molto pericolosa dei principi costituzionali che regolano le dinamiche dei rapporti interordinamentali e che il Costituente ha voluto ispirate ai valori della coesistenza pacifica e alla promozione della cooperazione organizzata internazionale ed europea. Al fondo si vede crescere una visione nazionalistica dell'esperienza giuridica che sembra rispondere più a una preoccupante miopia politico-istituzionale che a una visione prospettica di ampio respiro. Con il rischio per la Consulta di finire alla periferia di quel processo costituzionale europeo di definizione dei diritti fondamentali a cui pure i giudici costituzionali intendono perentoriamente partecipare e, più in generale, di contribuire a ridurre la capacità dello Stato italiano di influire sui processi normativi e giudiziari europei e internazionali (v. Salerno, *Diritto internazionale, Premessa alla quarta edizione*, Padova, 2017).

Prof. Bruno Nascimbene

Nelle ipotesi in cui la Carta è applicabile e le norme sono direttamente applicabili (effetto diretto), ritengo che il giudice comune sia legittimato (continui ad esserlo) a seguito delle sentenze della Corte cost. 269/2017 e 20/2019. Se i dubbi del giudice riguardano il diritto UE, deve rivolgersi alla Corte di giustizia, come la

giurisprudenza insegna, dai più datati *leading cases* quali *Costa /Enel* (C-6/64, sentenza del 3.6.1964, EU:C:1964:66) e *Simmenthal* (C-106/77, sentenza del 9.3.1978, EU:C:1978:49) al più recente *Global Starnet* (C-322/16, sentenza del 20.12.2017, EU:C:2017:985).

Afferma, invero, la Corte di giustizia (ultima sentenza cit., punti 21-44) che “un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell’Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall’obbligo, previsti dall’articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all’interpretazione o alla validità del diritto dell’Unione per il fatto che la constatazione dell’incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l’efficacia del diritto dell’Unione rischierebbe di essere compromessa se l’esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una Corte Costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall’articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest’ultimo (sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, punto 34 e la giurisprudenza ivi citata)”. La Corte, nel brano che, per la sua rilevanza, ho voluto riportare per intero, sottolinea la cooperazione che deve esistere fra giudice nazionale e giudice dell’Unione: il funzionamento del sistema di cooperazione, nonché il principio del primato del diritto dell’Unione “esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria. Non si può compromettere e neppure far venire meno l’effetto utile del rinvio pregiudiziale “se a motivo dell’esistenza di un procedimento 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” (cfr. *Kernkraftwerke Lippe-Ems* cit., punto 36). Il ruolo centrale del giudice nazionale è sottolineato dalla Corte nella sentenza, “rivisitando” l’istituto del rinvio pregiudiziale: se è vero che “costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, grazie al quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell’Unione necessari a questi ultimi per risolvere la controversia che sono chiamati a dirimere, ciò non toglie che, quando non sia esperibile alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno avverso la decisione di un giudice nazionale, quest’ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell’articolo 267, terzo comma, TFUE, qualora venga sollevata dinanzi ad esso una questione di interpretazione del diritto dell’Unione (v. sentenza del 9

settembre 2015, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, C-160/14, EU:C:2015:565, punto 37)”.

Il giudice nazionale deve rispettare, come ogni altro giudice, il diritto UE, anche perché esso appartiene al sistema giurisdizionale dell’Unione europea. Dispone l’art. 19, par. 1, 2° comma, che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione” e ciò comporta, come precisato nel par. 1 del medesimo articolo che, al pari della Corte di giustizia, deve essere assicurato “il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione dei trattati” (per una recente presa di posizione sull’art. 19 cfr. le conclusioni dell’avvocato generale Tanckev in causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2019:325, punti 61-64). Che questo sia il compito del giudice, ma anche sullo stesso gravi una responsabilità sancita nel diritto nazionale, è deducibile da una norma emblematica, quale l’art. 2 della legge 13.4.1988, n. 117 sulla responsabilità civile dei magistrati. La violazione manifesta del diritto UE rappresenta “colpa grave” e rileva, per valutare la stessa, la “mancata osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nonché del contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”.

I rilievi qui svolti, che tengono conto della giurisprudenza della Corte UE, oltre che (e non potrebbe essere diversamente) dell’interpretazione del Trattato nel quadro del processo di integrazione, sono utili a meglio comprendere, a mio avviso, l’affermazione della Corte cost. 20/2019, par. 2.3: “Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, 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”.

La risposta della domanda, in sintesi, è nel senso che si può intravedere il tentativo di avviare un processo di “costituzionalizzazione” della Carta, ma questo depotenzierebbe il ruolo della Carta e dei giudici comuni. Soprattutto si determinerebbe un risultato non in armonia, se non proprio collidente, con il diritto UE e le funzioni della Corte di giustizia.

Prof. Roberto Mastroianni

Il potere/dovere del giudice comune di disapplicare la norma interna incompatibile con le regole europee, qualora la prima sia capace di determinare un *vulnus* nei

confronti della piena tutela delle posizioni giuridiche attribuite dal diritto dell'Unione, fa parte del "quadro costituzionale" che la Corte di giustizia ha elaborato sin dalla sentenza *Simmenthal* e successivamente riproposto in innumerevoli occasioni. Nella citata sentenza del 24 ottobre 2018, la Grande Sezione della Corte ha ribadito che allo scopo di garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione. Tale sistema opera con il contributo dei giudici nazionali e della Corte, spettando ad entrambi, nell'ambito delle loro rispettive competenze, garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In particolare, prosegue la Corte, i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Queste precisazioni sono senz'altro riferibili anche alla Carta, alla quale la Corte di giustizia ha immediatamente riconosciuto la capacità di produrre effetti diretti negli ordinamenti interni, attribuendo, *anche nei rapporti interindividuali*, diritti e doveri che i giudici nazionali sono chiamati a tutelare. Tuttavia, il potere di disapplicazione può entrare in conflitto con il sistema interno di scrutinio centralizzato della legalità costituzionale, in particolare qualora il conflitto riguardi una norma interna che rientra nel campo di applicazione della Carta, ad esempio in quanto adottata per dare attuazione ad una direttiva comunitaria (è questo il caso della norma prima citata in materia di abuso di informazioni privilegiate, oggetto dell'intervento della Corte nella sentenza n.63 del 2019). In casi del genere il potere di disapplicazione, per così dire, concorre con il meccanismo di controllo centralizzato affidato alla Corte costituzionale. La novità della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sta tutta nel riportare (è il sistema *pre-Granital*, evidentemente) queste ipotesi di conflitto nell'ambito dei poteri di intervento della Corte costituzionale, che si ritiene oggi competente a giudicare della norma utilizzando come potenziali parametri per il giudizio di costituzionalità sia le regole costituzionali interne (nella sentenza n. 63 del 2019, l'art.3, Cost.), sia la stessa Carta, parametro interposto di costituzionalità richiamato dagli artt. 11 e 117 Cost.

Questa nuova (o meglio, ritrovata) ricostruzione del sistema porta con sé un evidente rischio di confliggere con la diversa posizione assunta dalla Corte di giustizia, la quale – sia pure in parte co-responsabile della svolta con le discutibili posizioni assunte nel filone inaugurato con la citata sentenza *Melki e Abdeli* del 2010 - ha sempre insistito sulla indispensabilità del pieno, immediato ed effettivo esercizio dei

poteri attribuiti dall'ordinamento dell'Unione ai giudici nazionali, eventualmente con la sponda della Corte di giustizia attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale in presenza di dubbi sulla effettiva portata della regola europea da applicare. Se le pronunce n. 269 del 2017 e 20 del 2019 sembravano aprire la strada ad un ridimensionamento dei poteri del giudice comune, la pronuncia più recente – la più volte citata n. 63 del 2019 – pur presentandosi come adottata nel solco delle precedenti, appare muoversi nella direzione di ristabilire, almeno in parte, il necessario ordine.

Certamente, la sentenza n. 63 conferma la svolta operata dalla 269 del 2017, in quanto ritiene ammissibile la q/c relativa ad un asserito contrasto tra la legge interna e l'art. 49, par. 1, della Carta, nella parte in cui vieta (anche) agli Stati membri, qualora operino, come in quella particolare situazione, per dare attuazione alle regole dell'Unione, di disporre il divieto di retroattività delle norme penali più favorevoli. La Corte risponde all'eccezione di inammissibilità, sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, ribadendo che “a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti”. A questa inequivocabile affermazione si aggiunge però una precisazione che sembra superare la rigidità presente nel dictum della sentenza 269 del 2017: rimane infatti fermo “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”. Al giudice comune viene quindi riconosciuto sia il potere di rivolgersi alla Corte di giustizia (prima o dopo la pronuncia della Corte costituzionale, con la possibilità, implicita nel secondo caso, di ottenere da Lussemburgo una risposta diversa da quella offerta dalla Corte costituzionale, sia, anche a prescindere dal rinvio, di disapplicare la regola interna incompatibile con la Carta. A quest'ultima viene quindi riconosciuta senza dubbio alcuno la capacità di produrre effetti diretti, rispetto ai quali il potere di disapplicazione riveste un ruolo meramente strumentale.

Rispetto al ruolo da rivestire nella specifica fattispecie, la Consulta conclude attribuendo in sostanza il proprio coinvolgimento alla scelta operata dal giudice remittente: “Laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, 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”.

La nuova posizione della Corte costituzionale consente di mettere da parte molte delle critiche che erano state giustamente rivolte alla precedente sentenza n. 269 del 2017. Rimane tuttavia da capire se la scelta di affidarsi allo scrutinio centralizzato ovvero al potere di disapplicazione immediata (previo eventuale rinvio pregiudiziale) sia affidata alla sola sensibilità del giudice comune ovvero se sia più utile che la Corte costituzionale stessa fornisca delle “istruzioni per l'uso” di carattere generale. A mio modo di vedere, la seconda soluzione è senz'altro da preferire, ma rimane la non banale difficoltà di individuare i principi di fondo in base ai quali guidare le scelte. Alla luce di alcune pronunce della Corte (ad esempio, la celebre sentenza *Akerberg Fransson*) avevo suggerito di ricorrere al “principio di prossimità”: in presenza di fattispecie che possono in ipotesi essere sottoposte ad entrambi i sistemi di tutela dei diritti fondamentali (e quindi potenzialmente ad entrambe le Corti), la scelta dovrebbe essere guidata da un'analisi obiettiva della maggiore vicinanza della fattispecie ad un ordinamento piuttosto che all'altro. Nel caso, prima ricordato, di disposizioni interne finalizzate a dare recepimento ad una direttiva, potrebbero presentarsi due situazioni distinte: se la disposizione interna di cui si sospetta l'incostituzionalità riprende fedelmente il testo di una norma contenuta in una direttiva, allora il sistema di garanzia applicabile è unicamente quello europeo, trattandosi di valutare la legittimità dell'operato delle istituzioni rispetto ai superiori parametri del diritto europeo: l'art. 267 del TFUE, come interpretato da una giurisprudenza pluridecennale inaugurata con la sentenza *Fotofrost*, richiede che solo la Corte di giustizia sia competente ad operare questa valutazione, per cui il giudice comune – o la Corte costituzionale, se la questione viene sollevata davanti ad essa - non potrebbe evitare di sospendere il giudizio e chiedere l'intervento decisivo ed incontestabile del giudice europeo. Qualora, invece, la questione di legittimità costituzionale investa una disposizione interna che, se pure adottata allo scopo di dare attuazione ad una direttiva, interviene negli spazi di manovra che quest'ultima riconosce al legislatore nazionale in sede di recepimento (è il caso, valutato nella sentenza 63 del 2019, delle misure sanzionatorie adottate per reagire a violazioni di obblighi imposti da una direttiva), allora il sistema interno di tutela dei diritti fondamentali può essere considerato in linea di principio preferibile come “prima barriera”. La scelta della Corte costituzionale come luogo in cui viene espressa la “prima parola” (così la sentenza 20 del 2019) sulla tutela dei diritti fondamentali non deve però pregiudicare l'unità, l'autonomia e l'efficacia dell'ordinamento dell'Unione, per cui vanno fatti salvi: la possibilità di adottare misure provvisorie; il ricorso alla Corte di giustizia tramite il rinvio pregiudiziale; la disapplicazione della regola nazionale da parte del giudice nazionale a seguito dell'intervento della Corte costituzionale (così richiede la Corte di giustizia nella sentenza *Melki e Abdeli*). Di

certo si tratta di un sistema che, volendo tenere insieme tutti i pezzi del mosaico, ridimensiona il ruolo del giudice comune, con il rischio di perdere qualcosa in termini di immediatezza della tutela e di arricchimento nei risultati. L'impressione sempre più netta è che la fase della "maturità" del rapporto tra ordinamenti si voglia inaugurare, a Lussemburgo come nella capitali nazionali, con un rapporto più diretto ed immediato tra i garanti dei diritti, a livello nazionale ed europeo. Il tempo dirà se la scelta sarà in grado di portare buoni frutti.

Repliche

Prof. Bruno Nascimbene

I rilievi che seguono sono sollecitati dalle risposte formulate dai professori Mastroianni e Mori ai quesiti posti. Un'occasione, questa, per un utile dialogo "fra professori": non meno utile di quello che dovrebbe essere il dialogo "fra Corti".

In primo luogo desidero sottolineare, e anche insistere quanto alla differenza fra fonti internazionali e CEDU, da un lato, e Carta dei diritti fondamentali UE, dall'altro lato. Fonti diverse, non confondibili, anche se la più recente sentenza della Corte cost. 63/2019 opera un richiamo generalizzato alle fonti non interne (ad un "diritto internazionale dei diritti umani", invero, che avrebbe meritato da parte della Corte una miglior specificazione). Il richiamo alle note sentenze 348/2007 e 349/2007, che rappresentano il quadro di riferimento per ogni valutazione sulla rilevanza delle fonti internazionali ed europee per la protezione dei diritti dell'uomo, mi sembra necessario. Rimane attuale, per quanto ormai lontano (ma non troppo...) nel tempo. Ricordo, pure, la sentenza 80/2011, in cui la Corte ha ben evidenziato la differenza fra CEDU e diritto UE rigettando ogni presunta ipotesi di "comunitarizzazione" della CEDU operata dal Trattato di Lisbona. In quella occasione, infatti, la Corte censurava la tesi per cui l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrebbe comportato una modifica del rango delle norme della CEDU, le quali non avrebbero più dovuto essere considerate norme interposte, ma norme di diritto dell'Unione europea, in virtù della modifica dell'art. 6 TUE. Una tesi inaccettabile, secondo cui alla CEDU avrebbe dovuto essere riservato lo stesso trattamento del diritto dell'Unione, attribuendo alle norme CEDU effetto diretto ove vi fosse già stata una sentenza della Corte EDU che avesse riconosciuto un vizio strutturale nella legislazione nazionale.

Il sistema del Consiglio d'Europa, come è noto, è ben diverso da quello dell'Unione europea; i diritti fondamentali "comunitari" ovvero dell'Unione rilevano solo in fattispecie di rilevanza propria del diritto UE. Non vi è stata, insomma, alcuna "lisbonizzazione" o, come si è detto, "comunitarizzazione" della CEDU, né vi è equivalenza fra CEDU e Carta. Penso a un proficuo concorso fra fonti diverse, non

già a un contrasto e confido che l' "aggiustamento" che le sentenze 20/2009 e 63/2019 hanno apportato al noto *obiter dictum* della sentenza 269/2017 possa essere confermato, se non migliorato, quando, a breve, verrà depositata la sentenza che fa seguito all'ordinanza della Corte di Cassazione, II sezione civ., 16.2.2018, n. 3831. La Corte potrebbe riprendere l'orientamento già espresso nella sentenza 264/2012 circa il confronto fra tutela interna ed internazionale (europea) dei diritti dell'uomo. La Corte ha, invero, evidenziato la possibile "massimizzazione delle tutele" derivanti dal suo utilizzo, sottolineando la necessità di un corretto bilanciamento tra i diritti e le fonti in causa. Deve essere assicurata l' "integrazione delle tutele" e la valutazione di legittimità costituzionale "deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate", evitando "un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative" che potrebbe finire "per contraddire le stesse loro finalità di tutela" (cfr. Corte cost., 1/2013, nonché 264/2012.).

In secondo luogo desidero ricordare quanto segue, per quanto riguarda il potere del giudice nazionale in caso di contrasto tra una norma nazionale e una norma di diritto UE. Non vi è dubbio che l'orientamento recente della Corte di giustizia sulla produzione di effetti diretti della Carta negli ordinamenti nazionali, attribuendo diritti nei rapporti interindividuali (17.4.2018, C-414/16, *Egenberger*; 6.11.2018, C-684/16, *Max-Planck*; 6.11.2018, [C-569/16](#) e C-570/16, *Bauer e Broßonn*) ponga nuovi problemi quanto alla "espansione" di applicabilità della Carta. È vero che l'art. 51, par. 1 della Carta prevede che le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, ma ciò non esclude che essa possa invocata, ed applicata, anche in controversie tra privati, in situazioni c.d. "orizzontali", non potendosi escludere, appunto, che soggetti privati si trovino, all'occorrenza, direttamente obbligati al rispetto di determinate disposizioni di tale Carta. Questa "espansione", comunque, ha sempre come presupposto che si verta in una situazione di rilevanza comunitaria di applicabilità del diritto UE, non già meramente di diritto interno.

La funzione interpretativa della Corte di giustizia viene ancor più valorizzata da tale orientamento sulla Carta, sulla applicabilità "orizzontale" delle sue norme. La tutela effettiva dei diritti si arricchisce di nuovi ambiti operativi, ove rileva non solo l'art. 47 Carta, ma l'art. 19, par. 1 TUE: gli Stati membri devono assicurare, mediante i rispettivi giudici nazionali, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti garantiti dalle norme UE, nell'ambito del sistema dell'Unione (per una affermazione in tal senso cfr. Corte di giustizia, 27.2.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes*).

Il dialogo fra le Corti deve continuare, anche perché non deve essere pregiudicata proprio quella tutela effettiva che è principio fondamentale del sistema giurisdizionale dell'Unione, ma anche di quello degli Stati membri. E certo il dialogo

continuerà, “fra Corti” e “fra professori” in occasione di prossime pronunce: quella a seguito della ricordata ordinanza della Cassazione, in primo luogo.

Conclusioni

Roberto Giovanni Conti

Il trittico di domande poste ai tre studiosi del diritto dell’Unione Europea, come si accennava nel prologo, intende mettere a nudo alcune delle questioni più scottanti insorte all’indomani dell’*obiter* contenuto nella sentenza n.269/2017 della Corte costituzionale. Una riflessione tutt’altro che accademica, come ci si accorge accostandosi alle risposte generose dei tre interlocutori, tutta in effetti sagomata sul tema dei diritti fondamentali e dei soggetti attuatori o protettori e promotori di essi.

La linea di continuità con la precedente intervista del “duo” Ruggeri-Bin – *Le interviste di Giustizia insieme, Giudice o giudici nell’Italia postmoderna?* 10 aprile 2019, in questa Rivista – pare evidente discorrendosi, ancora una volta, dei limiti e della consistenza dei poteri riservati al giudice comune.

In gioco, all’evidenza, vi è infatti il potere-dovere di quel giudice di applicare direttamente le disposizioni precettive della Carta dei diritti fondamentali UE del quale fino alla fine del 2017, a distanza di dieci anni dall’acquisita efficacia giuridica della Carta UE, nessuno poteva dubitare, come ricorda Mastroianni evocando la sentenza n.111 del 2017 della Corte costituzionale. Potere-dovere che tutto al contrario dopo l’*obiter* della sentenza n.269/2017 sembrò anestetizzato, introducendo un sindacato di costituzionalità obbligato mai sagomato in materia di Carta UE con le rime espresse nella ricordata pronuncia del giudice costituzionale. Tutto questo in nome del *predominio assiologico della Costituzione* affermato con riguardo alla CEDU ma di fatto ora esteso alla Carta UE (Mori e Nascimbene) che, alla prima spesso sovrapponendosi, rischierebbe di offuscare la centralità del controllo di costituzionalità e, in definitiva, la stessa Costituzione.

In gioco vi era – e vi è – “il ruolo centrale del giudice comune” in ragione di un mutamento di sensibilità nell’atteggiamento della Corte costituzionale (Nascimbene) e la scelta della Corte costituzionale di “riprendersi uno spazio e un ruolo centrale nell’applicazione del diritto dell’Unione” (Mastroianni) che va oltre la Carta Ue, involgendo tutte le controversie nelle quali si discute di diritti fondamentali, come è reso palese dalla sentenza n.20/2019. Partita, quest’ultima, che giocandosi “a tre” coinvolge direttamente la Corte di Giustizia con la quale lo strumento privilegiato del rinvio pregiudiziale, se attivato dal giudice comune nazionale del diritto UE, rischierebbe di tagliare fuori, con la mossa del cavallo, la Corte costituzionale.

Dunque un *obiter*, quello della 269, destinato a correggere e superare quel *sistema Onida* (Mastroianni) che aveva invece fortemente enfatizzato il ruolo del giudice comune di garante principale della immediata ed uniforme applicazione delle regole europee dotate di efficacia diretta (ancora Mastroianni).

Sullo sfondo un'idea di riconformazione del giudice comune che, accostandosi alla Carta UE, dovrebbe in definitiva comportarsi come si comporta quando maneggia la CEDU (Mori), non potendo disapplicare direttamente la norma interna contrastante con la Carta. Ecco, dunque compiuto il disegno riformatore dei poteri del giudice comune in nome di una continuità sistemica fra le Carte dei diritti sovranazionali che vengono accomunate quanto a modalità operative ed entrambe "sottoposte" al giudice costituzionale ed alla supremazia della Carta costituzionale.

Ma questa analisi del *new deal* della Corte costituzionale prospettata da una parte dei commentatori è stata posta in crisi dalla stesso giudice costituzionale nei suoi *seguiti* (sentenze nn.20 e 63 del 2019) che, magari favoriti dal clima di scarso gradimento della posizione espressa nell'*obiter*, si sono mossi in una direzione parzialmente contraria alla direttiva prefigurata dalla sentenza n.269/2017.

I tre professori intervistati, appartenenti a tre scuole di studiosi del diritto UE radicate in ambiti territoriali diversi, sembrano concordi nell'individuare una sterzata del giudice costituzionale che, pur non risultando coincidente con un'inversione ad U, riporta nello zainetto del giudice comune i poteri di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – in effetti mai escluso ma fortemente circoscritto dall'*obiter* – e, soprattutto, quello di disapplicazione diretta. Aspetto quest'ultimo, scolpito dalla sentenza n.63/2019.

Dunque tutto come prima? Un brutto sogno e/o un pernicioso ritorno al passato?

È davvero presto per giungere ad una conclusione ed è anzi lecito chiedersi se il tema si presti ad una definitiva e condivisa stabilizzazione.

La concorrenza di strumenti di tutela che vengono offerti ai titolari dei diritti sembra arricchirsi per effetto della possibilità che non uno ma due "giudici" – quello comune e quello costituzionale – possano offrire tutela ai diritti fondamentali che campeggiano nella Carta UE. Stando alle *rime* della sentenza n.63/2019, infatti, ci ricorda Mastroianni, la Corte costituzionale, ove chiamata in causa dal giudice comune, non potrebbe esimersi dal fornire una risposta alla questione con gli strumenti che le sono propri, ivi compreso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Da qui i dubbi persistenti sui criteri di scelta che il giudice dovrebbe adottare per "fare da sé" o rivolgersi alla Corte costituzionale. Dubbi che potrebbero essere risolti in ragione del carattere della norma interna – di mera attuazione del diritto UE o di completamento della prima nell'ambito dei margini attribuiti al legislatore interno –

secondo quanto proposto da Mastroianni- ovvero garantendo la pluralità di interventi come proposto da chi scrive – cfr. R. Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in questa Rivista, sub par.4.–

Dubbi che, in ogni caso, suggerisce Nascimbene, potrebbe presto risolvere proprio la Corte costituzionale nel rispondere ai “deferenti” quesiti proposti dalla Corte di cassazione (ord.n.3831/2018) che, all’indomani di Corte cost.n.269/2017, intese attivare il sindacato di costituzionalità sulla Carta Ue con una posizione guardinga, ma sostanzialmente allineata al messaggio inviato dal giudice costituzionale.

Ancora molto rimane da indagare ed approfondire, ci ricordano Nascimbene e Mori, soprattutto sul ruolo delle fonti sovranazionali in tema di diritti fondamentali, coinvolgendo inevitabilmente anche la posizione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Proprio il contenuto della “replica” di Nascimbene offre al lettore più di un profilo di interesse mostrando dei punti di convergenza di particolare consistenza con quella dottrina (per tutti, A. Ruggeri, da ultimo nell’intervista pubblicata su questa Rivista il 10 aprile scorso) che suggerisce l’idea di eliminare o comunque attenuare la prospettiva piramidale in materia di diritti fondamentali, in nome della ricerca di una “cooperazione” fra le fonti nazionali e sovranazionali ispirata all’integrazione delle tutele, già del resto patrocinata da Corte cost.n.388/1989, prim’ancora che da Corte cost.n.264/2012 e 1/2013.

Anche se la cooperazione entra in crisi quando gli *standard* di tutela fra le diverse fonti relative ad uno stesso diritto creano frizioni e contrasti, come pure sottolinea Mastroianni e, ancora, quando ci si domanda (Mori) chi debba operare la scelta del parametro – costituzionale, ovvero rappresentato dalla Carta UE o dalla CEDU – da utilizzare, da tale risposta nascono risposte non sempre omogenee in termini di tutela.

Sullo sfondo permane, certo, qualche zona d’ombra per un duplice ordine di ragioni.

Il primo derivante dal fatto che l’*obiter* qui esaminato non sia maturato in esito ad un corale sforzo di dialogo fra tutti i protagonisti. Dialogo che è stato, invece, forzatamente imbastito “dopo” l’*obiter*, com’è testimoniato dai tre studiosi del diritto dell’UE qui intervistati.

Tutto questo sembra comunque escludere che le critiche mosse a quell’originale impianto da una parte della magistratura – oltre ad alcune note pronunzie del giudice di legittimità v., anche, V. Piccone [A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L’interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017](#), in [diritticomparati.it](#); G. Bronzini, *La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale*, in

http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20181015-100123_Bronzini_n373-2018itpdf.pdf ; id, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questionegiustizia*, 4 marzo 2019; F. De Stefano, *Il rapporto tra le "Carte" dei diritti fondamentali e le tradizioni costituzionali degli Stati membri nel dialogo tra le "Corti": il quadro attuale e le prospettive*, in www.cortedicassazione.it) – fossero “di parte” e dunque tese a salvaguardare il “potere giurisdizionale”, invece affondando le loro radici sui percepiti – o anche solo possibili – pericoli connessi all’attenuazione del sindacato riservato al giudice comune in tema di diritti fondamentali, messo sotto tutela proprio dalla Corte costituzionale in nome di un temuto – anche se spesso non dichiarato – atteggiamento *garibaldino* se non abusivo del giudice comune.

Rimane semmai da analizzare l’andamento delle pronunzie della Corte costituzionale successive all’*obiter* di cui si è detto.

Non sarà sfuggito al lettore che nei tre quesiti rivolti agli intervistati a metà marzo non compariva la sentenza n.63/2019, intervenuta assai di recente con delle correzioni di rotta, sulle quali concordano i nostri accademici, che danno la misura di quanto sia davvero tutto “in costruzione” il nuovo edificio che l’*obiter* sembrava avere pensato e progettato per creare un fortino al cui interno campeggiava la Corte costituzionale e che, in corso d’opera, è diventato una sorta di *residence* multiproprietà, con ampie zone comuni destinate all’uso trilaterale della stessa Corte costituzionale, del giudice comune ed ovviamente anche della Corte di giustizia.

Da qui l’interrogativo, che pongono con forza Mori e Nascimbene, su chi sia il soggetto legittimato (Corte di giustizia o Corte costituzionale) ad identificare le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – art.6 del Trattato UE –.

Ma è ancora una volta l’esigenza del dialogo che sembra emergere in modo prorompente anche da queste tre interviste, come ha messo in evidenza Nascimbene. Un dialogo che si va componendo in maniera articolata fra i diversi protagonisti e che i giudici, tutti i giudici comuni, non possono pensare di osservare o vivere *ab externo*, dovendo al contrario essere consapevoli della posta in gioco e della responsabilità che sugli stessi ricade.

Non sembra dunque affatto casuale l’accento di Nascimbene al tema della responsabilità del giudice nell’applicazione del diritto UE. E non perché esso possa o debba essere usato come strumento minatorio contro il giudice comune, semmai rappresentando la spia da tenere in debita considerazione al fine di esercitare la giurisdizione in modo da garantire sempre e comunque l’effettività della tutela dei diritti – fondamentali e non –.

Una prospettiva, quella che esce dalle riflessioni dei tre accademici dalla quale sembra emergere qualche certezza. E fra queste quella che non si può più fare a meno, oggi, del confronto con la complessità del sistema di leggi che trae linfa anche dalle fonti sovranazionali e con la quale il “diritto vivente” è destinato a convivere.

Capire il modo con il quale tali fonti – normative e giurisprudenziali – debbano coabitare è, forse, l’interrogativo che più affaticherà gli studiosi e operatori interni più accorti nei prossimi anni.

In ogni caso, le prove di dialogo che hanno imbastito Mori, Nascimbene e Mastroianni non possono che essere di buon auspicio per un futuro appunto fatto di dialoghi fra Corti e fra professori (per dirla con Nascimbene) e fra giudici – costituzionali e non – purché questo dialogo non mascheri operazioni di marginalizzazione del ruolo del giudice comune al quale la Corte di giustizia UE dovrebbe opporre altrimenti degli argini.

Proprio il carattere diffuso del sindacato del giudice comune nazionale, pienamente integrato nel circuito dell’Unione europea e della Corte di Giustizia voluto dalla Costituzione, rappresenta una delle precondizioni per una *iurisdictio* autonoma e indipendente che, oltre ad affrancarsi dalla discrezionalità politica, mostra di sapere utilizzare nel modo più accorto i principi di legalità ed eguaglianza, contenendo al suo interno gli strumenti – sistemi di impugnazioni, ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione – non già ispirati al controllo ed al condizionamento dei giudici di merito ma, tutto al contrario, al perseguimento della più efficace ed effettiva tutela dei diritti (cfr. G. Silvestri, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *RivistaAic*).

Per altro verso, non possono nascondersi le potenzialità enormi che una cooperazione equoordinata fra giudice comune e giudice costituzionale è in grado di rappresentare per l’innalzamento dei livelli di tutela dei diritti fondamentali anche per il tramite della Carta UE. Prospettiva quest’ultima che, attraverso le inevitabili attività di bilanciamento, non pare possa condurre questi due “giudici” sul crinale dell’amministrazione snaturandone le caratteristiche costituzionali che, tutto al contrario, portano a ritenere siffatta prospettiva come obbligata e senza via d’uscita, in nome della centralità della persona che anima la Costituzione stessa e del ruolo che i giudici in quest’ultima ricoprono.

Sullo sfondo rimangono, certo, nodi ancora irrisolti di non agevole soluzione e, fra questi, quello della perfetta sovrapposibilità fra giudice comune e giudice costituzionale quando si maneggia la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Anche su questi temi si confronteranno tre giovani accademici del diritto costituzionale e comparato – Lara Trucco, Vincenzo Sciarabba e Giuseppe Martinico

– nella prossima intervista, dedicata a “La Carta UE dei diritti fondamentali e i giudici chiamata ad applicarla.”

Il confronto fra studiosi del diritto UE sul ruolo della Carta dei diritti non poteva, infatti, non essere affiancato dalla riflessione sullo stesso argomento degli studiosi del diritto costituzionale e comparato venendo in gioco come si è visto il ruolo della Corte costituzionale, artefice delle decisioni qui a vario titolo commentate.

L’obiettivo che le interviste di *Giustizia insieme* intenderebbero realizzare, ben lungi dal mirare all’individuazione e/o dispensare certezze granitiche sui temi affrontati, è proprio quello di arricchire il bagaglio del buon giudice e giurista, offrendo coordinate e spunti di riflessione non preorientati provenienti da studiosi seri che hanno deciso di mettersi al servizio del “sistema giustizia” con un entusiasmo che fa davvero ben sperare per il futuro di tutti noi.