



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I

(ESTRATTO)

GIUSI SORRENTI

CDFUE E RAPPORTI *INTER PRIVATOS* OVVERO

«L'ESSENZIALE È INVISIBILE AGLI OCCHI?»

(ANCORA SULLA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ...PASSANDO PER *SAINT EXUPERY*)

19 GENNAIO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giusi Sorrenti

**CDFUE e rapporti *inter privatos* ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»?
(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per *Saint Exupery*)* ****

ABSTRACT: *The article offers a careful reconstruction of the Italian constitutional case-law about the direct application of the EU law, supporting the idea that Constitutional Court's sent. No. 269/2017 does not overturn the solution adopted in the famous sent. Granital, because the latter derived from juridical premises which cannot be found in the EU Charter of Fundamental Rights. The A. further claims that the "condicio sine qua non" for the derogation to the "centralized model" of judicial review of legislation and the preference for direct application of an EU rule (eventually after a preliminary referral to the Court of Justice) is – at least in every litigation between private parties – the horizontal effect of such a rule: on the contrary, if this lacks, the judge does not have a rule that would substitute the national law in the decision of the pending lawsuit. In this hypothesis, the alternative between reverting the issue to the Constitutional Court or preliminary referring to the EU Court does not even arise, the first solution being the only correct one.*

SOMMARIO: 1. *Premessa*: i punti fermi (o quasi) e l'esigenza di un itinerario di ricerca a ritroso. - 2. *La tesi centrale*: la condizione preliminare dell'"effetto diretto", ai fini della diretta applicazione delle fonti dell'UE nell'ordinamento nazionale. - 2.1. ... e la necessità, fino a questo momento trascurata, che si tratti, almeno nelle *controversie tra parti private*, di "effetto diretto" di tipo "orizzontale". - 3. *La sua verifica*: la riferibilità del carattere orizzontale dell'effetto diretto (*Drittwirkung*) alle disposizioni della CDFUE. - 3.1. ... e il serio ostacolo della natura *introversa* e dell'elasticità della Carta. - 4. *Note di contorno*: il recente *restatement* della [sentenza Simmenthal](#) e le pronunce [Melki](#) e [A c. B.](#) - 5. Alcune recenti interpretazioni della [sent. Melloni](#) e le conseguenze da essa ricavate. - 6. *La posta in gioco*: "applicazione diretta" della CDFUE in giudizio o implementazione dei diritti fondamentali di matrice giurisprudenziale, elaborati a Lussemburgo?

1. *Premessa: i punti fermi (o quasi) e l'esigenza di un itinerario di ricerca a ritroso*

L'affiorare del costituzionalismo globale multilivello, come lo si suole chiamare, continua a suscitare, nella dimensione più vicina dell'Europa unita, un acceso dibattito. Il fervore della discussione non sorprende, dato che il fenomeno mette in tensione alcune categorie consolidate, con l'operare tipico dei processi generativi di una «rete» di vincoli e rapporti – per usare la metafora di Ost¹ – di natura tendenzialmente orizzontale. Nell'emergente struttura reticolare, si propongono come nuovo criterio orientativo, per risolvere le antinomie tra i vari ordinamenti giuridici (altrimenti irresolubili, continuando ad immaginare gli ordinamenti alla stregua di entità autoritative e sovrane), i principi fondamentali del sistema, chiamati ad assolvere al ruolo di terreno unificante tra le varie componenti dell'intelaiatura.

La definizione delle dinamiche che assicurano la prevalenza dei principi richiede uno sforzo concettuale inedito, come testimonia da ultima la vicenda relativa alla c.d. "doppia pregiudizialità": la «*fictio*», insita nel concepire l'ordinamento europeo e quello nazionale quali «ordinamenti coordinati e comunicanti» e che era valsa ad aggirare – nel c.d. modello [Granital](#) – il «contrasto tra concezione monista e dualista», mostra infatti adesso il freno, suggerendo di sperimentare percorsi e categorie «meno tradizionali»².

* Contributo sottoposto a referaggio.

** Lo scritto rielabora la tesi sostenuta dall'A. nel corso del Seminario: Doppia pregiudizialità: svolta reale o apparente?, organizzato in modalità remota dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina il 23 novembre 2020.

¹ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2009, 32 e F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris 1988, 105 ss.

² G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova Antologia*, genn.-mar. 2020, vol. 624, fasc. 2293, 91.

In tale contesto, a distanza di tre anni dalla [sent. n. 269/2017](#)³, preme soffermarsi su alcuni interrogativi che non possono dirsi ancora del tutto sopiti⁴, pur nella vasta attenzione dedicata al tema dalla dottrina. In sede di riflessione scientifica, salutandosi la pronuncia costituzionale come un'inversione dell'ordine di priorità valevole per le ipotesi di "doppia pregiudizialità"⁵, se ne è prevalentemente sottolineata la portata dirompente rispetto all'*acquis* consolidato in tema di rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale.

2. La tesi centrale: *la condizione preliminare dell'“effetto diretto”, ai fini della diretta applicazione delle fonti dell'UE nell'ordinamento nazionale*

La questione centrale consiste nell'indagare in che misura la [pronuncia del 2017](#) costituisca una rivisitazione della [sentenza Granital](#) che, nel consentire al giudice comune di non applicare la legge nazionale contrastante con un regolamento comunitario, per fare spazio a quest'ultimo nella definizione del giudizio pendente, costituisce l'asse portante su cui sono ormai eretti tali rapporti.

Per chiarire questo profilo sarebbe necessario conoscere con sufficiente precisione quali sono le basi teoriche su cui la celebre decisione poggia, per verificare poi se esse siano riscontrabili nella situazione odierna, a beneficio delle distinte tipologie normative cui il filone inaugurato con la [sent. n. 269](#) si rivolge.

Proviamo pertanto a compiere una simile operazione, atta a far riemergere tali basi, sia pure attraverso un ragionamento al massimo scarnificato: ciò al fine di evitare di addentrarci nelle

³ In questo lasso di tempo, si è instaurata una fitta interazione con gli organi della giurisdizione comune, che ha dato vita ad una gamma di reazioni alla pronuncia costituzionale alquanto varia e diversificata: com'è noto, Cass., sez. lav., sent. n. 13678 del 2018 ha preferito il rinvio pregiudiziale; Cass., sez. lav., 17 mag. 2018, n. 12108, sez. V civ., 30 ott. 2018, n. 27564 e Sez. V pen., 10 ott. 2018, n. 45829, optano senz'altro per l'applicazione diretta, in considerazione dell'avvenuta introiezione dei principi costituzionali nell'ordinamento europeo; Cass., II sez. civ., sent. n. 3831/2018, dà, viceversa, puntualmente seguito alla sollecitazione rivolta dal garante della Costituzione con la [sent. n. 269/2017](#); infine, la Corte d'Appello di Napoli, attiva simultaneamente e parallelamente le due giurisdizioni, quella sovranazionale (che dichiara irricevibili le pregiudiziali: [CG, 4 giu. 2020, causa TJ c. Balga s.r.l., C-32/20](#)) e quella costituzionale (quest'ultima, adita con ord. 18 sett. 2019, si pronuncia con [sent. 254/2020](#)).

⁴ In primo luogo, dopo le pronunce [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#), risulta appurato che il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, fatto espressamente salvo dalla Corte costituzionale, si possa estendere anche a quegli stessi profili già oggetto del sindacato del garante della Costituzione: v., in merito, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?*, in [Questione Giustizia](#), 4 mar. 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 10/2019; G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, n. 3/2018 (del quale v. anche ID., *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 25 gen. 2018) e A. RUGGERI, [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019\)](#), in [questa Rivista](#), 2019/I, 113 ss.

Chiaro appare pure il significato della sostituzione, rinvenibile nelle stesse pronunce del 2019, dell'espressione secondo cui il giudice “deve”, con l'altra per cui lo stesso “può” rivolgersi all'organo costituzionale di controllo, che sembrerebbe convertire il dovere di dare la precedenza alla proposizione della questione di legittimità costituzionale con una mera facoltà: cfr. la [sent. n. 63 del 2019](#), 4.3 del *Cons. in dir.*, dove la Corte precisa che il giudice *a quo* resta libero di “procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (...) 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”. Così intesa, la novità consentirebbe agli organi giurisdizionali di continuare ad adire prioritariamente la Corte di giustizia, aprendo però la difficile questione di stabilire in quali ipotesi il giudice debba (*recte*: possa) attivarsi come giudice *a quo* dinanzi al garante della supremazia costituzionale ed in quali, viceversa, debba (*recte*: possa) promuovere il rinvio pregiudiziale d'interpretazione *ex art. 267 TFUE*.

Sulle tesi avanzate per prospettare un criterio orientativo che guidi i giudici comuni nel dirimere la difficile alternativa si tornerà però più avanti (v. *infra*, par. 5).

⁵ V. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, p. V, c. 222 ss.

complesse implicazioni teoriche connesse ai rapporti tra i due ordinamenti – legate anche inevitabilmente alla loro natura giuridica – temporaneamente accantonate grazie al ricorso alla *fiction* richiamata.

La rilevante deroga apportata da [Granital](#) al modello accentrato di giustizia costituzionale⁶ – nonostante questo connoti, come con vigore si rimarca di recente, l'«identità costituzionale» di molti Stati⁷ – rispondeva all'esigenza di rispettare il carattere del regolamento comunitario quale fonte immediatamente applicabile, *insuscettibile di essere condizionata per la sua produzione di effetti all'adozione di qualsiasi atto* tipico degli organi investiti di pubblici poteri nell'ordinamento interno, foss'anche una sentenza della Corte costituzionale, finalizzata a rimuovere una legge difforme. L'immediata applicabilità (oggi desumibile dall'art. 288, par. 2, TFUE) della fonte esterna rappresentava la pietra miliare su cui veniva eretto lo schema d'azione dei giudici comuni delineato dalla [sent. n. 170/1984](#).

Il requisito tipico dei regolamenti, secondo le norme sulla produzione contenute nei trattati istitutivi, è invece assente nelle direttive: queste ultime, di conseguenza, non venivano ammesse a godere del meccanismo della non applicazione in giudizio della legge contraria, ma potevano in linea di massima valere come parametro di legittimità costituzionale delle fonti nazionali di grado primario⁸.

Il diverso regime instaurato appare congeniale alla distinta funzione cui le due tipologie di fonti derivate assolvono nell'ordinamento di provenienza: quella regolamentare a porre una disciplina dettagliata ed assolutamente omogenea in settori nei quali si richiede integrale uniformità di trattamento su tutto il territorio dell'Unione, la direttiva a dettare solo vincoli di scopo, che ammettono la disomogeneità delle vie prescelte per ottemperarvi da Stato a Stato (ragione questa per cui, tra l'altro, la direttiva, al contrario del regolamento, può rivolgersi anche ad un singolo Stato membro). L'applicazione “a macchia di leopardo” tra le varie Parti contraenti⁹ avrebbe tradito insomma, dinanzi alla prima ipotesi, la stessa esigenza di regolamentazione sottesa alla fonte prescelta (esigenza del tutto assente nel secondo caso, se non per il perseguimento del risultato finale da raggiungere).

Non è ancora tuttavia l'immediata applicabilità il presupposto teorico che vale a sottrarre la fonte di diritto derivato all'esclusiva valenza parametrica nei giudizi sulle leggi e dunque a fondare il primato diretto del diritto comunitario sul diritto interno. Tali corollari vengono infatti ben presto estesi anche a beneficio delle norme *self-executing*, eventualmente contenute nelle direttive.

Pur difettando della prerogativa dell'applicabilità *omisso medio*, che è una qualità della fonte¹⁰, e necessitando dell'*interpositio legislatoris*, si riconobbe che singole norme delle direttive, se di contenuto “chiaro, preciso e incondizionato”, potessero spiegare “effetti diretti” negli ordinamenti degli Stati membri. Questa capacità non costituisce un predicato del tipo di fonte, ma può rinvenirsi in capo a specifiche norme, cui dunque viene connesso lo stesso meccanismo operativo della

⁶ Oltre che al principio del *numerus clausus* delle fonti primarie, riconducibile agli artt. 70, 76 e 77 Cost.

In merito, v. G. SILVESTRI, il quale nega tra l'altro che tale principio possa ritenersi ormai superato ed inservibile perché «incompatibile con il pluralismo delle fonti e con il superamento della “sovranità” della legge»: esso infatti svolgerebbe ancora un'essenziale funzione di garanzia della rigidità costituzionale (*Costituzione e fonti primarie*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018, 4).

⁷ R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in [Federalismi.it](#), 18 ott. 2020, 7.

⁸ Riespandendosi per esse il modello accentrato di sindacato delle leggi: v. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino 1999, 176 s., che rileva precisamente come «il meccanismo della disapplicazione (del diritto interno)-applicazione (del diritto comunitario) presuppone, per la sua messa in atto, l'astratta applicabilità del diritto comunitario. Ove questa non si abbia, in ragione della *struttura nomologica* della fonte comunitaria, ancora una volta, non rimane che l'appello al giudice costituzionale».

⁹ Rifiutata dalla Corte di giustizia già nella [sentenza Costa c. Enel del 1964 \(C-6/64\)](#), affermando che «se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro [...] ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato».

¹⁰ Come ricorda di recente E. CANNIZZARO, in M. Distefano (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 12; cui *adde* U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci Ed., Bari 2017, 266 s.

prevalenza immediata in giudizio sulla legge nazionale difforme. Peraltro, l'effetto diretto – categoria pretoria messa a punto dai giudici di Lussemburgo a partire dalla [sentenza Van Gend & Loos](#) e puntualizzata in [Ratti](#) – può essere riscontrato, oltre che in norme tassative delle direttive rimaste ineseguite (o attuate in modo insoddisfacente), anche in specifiche disposizioni dei trattati¹¹.

È perciò la natura autoapplicativa di una norma che comincia a profilarsi quale requisito atto a determinarne la diretta applicabilità in giudizio con prevalenza immediata sulla legge: ricostruzione pienamente coerente, se si pensa che tale prevalenza può spiegarsi solo a beneficio di un precetto che sia di per sé idoneo a prendere il posto del precetto legislativo statale, ponendosi come essenziale *regula iuris* cui attenersi per la definizione della controversia giurisdizionale pendente. In altri termini – come espressione della tendenza alla massima espansione dell'effetto del diritto dell'UE e del minor rilievo delle forme rispetto alla sostanza, tipico della materia delle fonti di quell'ordinamento – possono avvalersi di tale incisiva tecnica d'ingresso le norme contenute in una fonte incondizionata, o quelle che, pur non essendo formalmente tali, sono sostanzialmente capaci di porsi quali regole dettagliate di certe fattispecie, senza bisogno di alcun apposito svolgimento da parte di ciascun singolo Stato.

D'altro canto, com'è stato da ultimo pragmaticamente sottolineato, se la categoria dell'immediata applicabilità (come non necessarietà in astratto dell'intervento legislativo) e quella dell'effetto diretto sono – sebbene non coincidenti, quantomeno – interdipendenti sul piano teorico, sul diverso piano pratico-operativo, terreno d'elezione del giudice comune, essi finiscono di fatto per essere indistinguibili¹².

Poste queste basi, il ragionamento non può non essere percorso fino in fondo, conducendolo alle sue estreme conseguenze. È condivisibile infatti l'assunto per cui «affermare o accettare *de facto* che esiste l'obbligo di disapplicare *a prescindere* dall'effetto diretto rischia di sovvertire principi cardine del diritto UE, quali quelli d'attribuzione e di sussidiarietà, con la conseguenza di fornire una delega in bianco alle istituzioni UE suscettibile di mettere in discussione indebitamente la *ratio* insita nei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri»¹³.

2.1. ... e la necessità, fino a questo momento trascurata, che si tratti, almeno nelle controversie tra parti private, di “effetto diretto” di tipo “orizzontale”

L'idoneità della norma sovranazionale all'applicazione diretta deve inevitabilmente misurarsi con la tipologia di rapporto giuridico interno da regolare. Dinanzi a controversie tra consociati, perché si possa predicare l'efficacia diretta della norma esterna si deve trattare di una disposizione atta a porsi quale regola dei rapporti interprivati.

Questa condizione preliminare è rimasta presumibilmente non esplicitata – e dunque «invisibile agli occhi» pur essendo «essenziale», come recita una delle più note frasi del celeberrimo romanzo di *Saint Exupéry (Le petit prince)* – nelle ricostruzioni teorico-dogmatiche proposte in materia, perché *connaturata intrinsecamente* alla tipologia dei regolamenti (idonei a vincolare direttamente i cittadini degli Stati membri), ma pare indispensabile affinché si possa verificare la sostituzione del diritto europeo al diritto interno in sede giurisdizionale.

Non così per le norme delle direttive, pur se *self-executing*, per le quali occorrerebbe viceversa precisare che si può predicare l'effetto diretto *solo* quando la disciplina è volta ad operare in rapporti *verticali*, che si instaurano tra consociati e pubbliche autorità, *non* anche quando debba essere applicata a rapporti di tipo *orizzontale*, intercorrenti tra i singoli consociati. In questa ipotesi, all'efficacia verso i terzi osta la natura stessa della fonte, che notoriamente si indirizza allo Stato e

¹¹ V. M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 636 s.

¹² D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione, oggi*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2019, cit., 4 s.

¹³ *Ibidem*, 28 s. (c.vo non testuale).

soltanto questo vincola al raggiungimento dell'obiettivo indicato. La produzione di effetti giuridici tra i cittadini del Paese membro può discendere semmai dalla eventuale legge nazionale di attuazione della direttiva (legge comunitaria prima, legge europea o di delegazione europea, oggi), che provvede alla scelta dei mezzi e delle modalità con cui perseguire il fine imposto dall'Unione. Essa è in altri termini subordinata alla soddisfacente e puntuale esecuzione statale della direttiva.

A riprova dell'esistenza di questo intrinseco (e insuperabile, tranne che in una limitata ipotesi su cui ci si soffermerà più avanti) limite strutturale, si può addurre la [pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso Dominguez](#), laddove si afferma che, se una direttiva conferisce diritti, ma per un verso la legge interna esistente non può essere intesa in senso conforme ad essi, e per l'altro non è possibile sostenere l'effetto diretto della fonte sovranazionale – *per la natura privata delle parti* – l'unico vantaggio che si potrà produrre nella sfera giuridica del singolo consisterà nella sua facoltà di rivolgersi alla giurisdizione nazionale per ottenere il risarcimento del danno¹⁴, ricorrendo i presupposti stabiliti nel noto precedente [Francovich](#).

E vengo al (primo) punto.

Ad avviso di chi scrive, è proprio di questo *effetto diretto orizzontale* quello di cui bisogna disporre se si vuol predicare il primato immediato di una norma comunitaria sulla legge, almeno *in tutte le circostanze in cui ci si trovi dinanzi a giudizi vertenti su controversie tra privati*.

In queste ipotesi, perché si possa realizzare l'effetto della disapplicazione (*recte*: non applicazione) della legge nazionale, ideato dalla [sentenza Granital](#) per aderire alle esigenze giuridiche rivendicate dai giudici lussemburghesi nel [caso Simmenthal](#), bisogna che il giudice interno possa disporre di una norma atta a dirimere la lite *inter privatos*, prendendo il posto della puntuale *regula iuris* statale. Di questa attitudine appare sempre priva, ad esempio, la direttiva nelle controversie civili, mentre potrebbe esserne dotata in ipotesi nelle controversie penali o amministrative, potendosi avvalere in tali circostanze dell'effetto di vincolo generato nei confronti della pubblica autorità statale.

Sembra attenersi correttamente all'insieme di condizioni che vengono a delinearsi la Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale che costituisce il primo coerente seguito della indicazione del giudice delle leggi (la materia concerne, com'è noto, le sanzioni inflitte per tardive dichiarazioni ed omessa collaborazione alla Consob da parte del soggetto responsabile di *insider trading*)¹⁵. I giudici di legittimità reputano in tale occasione dotato di effetto diretto il principio *nemo tenetur se detegere* come aspetto del diritto a godere di una tutela giurisdizionale effettiva, sancito nell'art. 47 CDFUE, che per sua natura si rivolge all'autorità statale all'atto di perseguire condotte previste come illecite¹⁶.

Lo sforzo di distillare la "causa prima" dell'applicabilità diretta in luogo della proposizione del sindacato di costituzionalità sembra giunto al termine, all'atto di rinvenire detto fattore nell'effetto diretto che, almeno nelle controversie *inter privatos*, deve essere declinabile anche in senso orizzontale.

¹⁴ Nello stesso senso dell'effetto diretto *solo* verticale, v. anche i casi [Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17](#) e [Martin Leitner, C-396/17](#).

¹⁵ Cass., II sez. civ., sent. n. 3831/2018. Su di essa – e sulla [sent. n. 117/2019 della Corte costituzionale](#) che ne è conseguita – v. A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" della "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in [Osservatorio costituzionale](#); G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, in [Dirittifondamentali.it](#); A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117/2019\)](#), in questa [Rivista](#), 2019/II, 13 maggio 2019, 242 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato della Corte costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#).

¹⁶ A rigore, pure questo assunto non va esente da critiche: sembra infatti confondersi il diritto immediatamente azionabile di rivolgersi ad un giudice dalle condizioni sistemiche necessarie perché l'accesso alla giurisdizione sia effettivo, che non può che dipendere da un insieme di interventi di tipo normativo ed organizzativo.

Dallo stesso art. 47 difficilmente potrebbero discendere invece *horizontal direct effects*, come invece parrebbe presupporre l'organo giurisdizionale europeo nel caso *Egenberger*: v. E.M. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro*, cit., 643.

Quanto detto induce a considerare con grande attenzione la conclusione cui si perviene a proposito della sorte delle norme *self-executing* delle direttive attuative di diritti fondamentali sanciti nella CDFUE. La loro attrazione nel raggio d'azione dello schema del sindacato di costituzionalità, in qualità di parametro, non costituisce *tout court* un arretramento rispetto al tradizionale *status* di norme potenzialmente auto-applicative ad esse tributate¹⁷: bisogna infatti considerare se tale regime non sia impedito da un più rigoroso vaglio sulla sussistenza dei requisiti – carattere imperativo e incondizionato – per l'attribuzione di effetto diretto verticale o, secondo l'obiezione qui rilevata, dal fatto che il giudizio pendente davanti al giudice comune attenga alla risoluzione di una controversia tra privati.

In tale ultimo caso, data la mancanza di efficacia orizzontale, la direttiva *comunque* non potrebbe sostituirsi alla disciplina nazionale valevole per i rapporti *inter privatos* e non è certo la riconducibilità della disposizione *de qua* alla sfera assiologico-semanticamente dei diritti fondamentali (e quindi al “modello [269](#)”) a privarla di uno statuto operativo, che a monte non le spetta.

3. La sua verifica: *la riferibilità del carattere orizzontale dell'effetto diretto (Drittwirkung) alle disposizioni della CDFUE*

Ci siamo soffermati a lungo sulle direttive, in quanto l'argomentare seguito per le norme delle direttive vale in questo contesto anche a proposito di quelle della Carta.

Come è noto, questa è una fonte composita non dotata di per sé di immediata applicabilità, dato che per espressa ammissione degli autori delle *Spiegazioni* non manca di contenere “principi” e dato anche il frequentissimo ricorso testuale alla tecnica del rinvio alla legge (intesa, in senso atecnico, quale normativa degli Stati o dell'Unione) in essa disposto.

Pur dinanzi a disposizioni sancite (non meri “principi” richiedenti l'*interpositio legislatoris*, ma) “diritti” nella terminologia delle *Spiegazioni*, cioè situazioni giuridiche immediatamente azionabili in giudizio o secondo il gergo anglosassone dotate di *justiciability*, ciò non significa che tali disposizioni non possano essere fraseggiate come principi, stavolta nel diverso senso comune di “norme senza fattispecie”.

Ancor meno la circostanza che si tratti di “diritti” basta perché esse possano essere suscettibili di produrre effetti diretti orizzontali nell'ordinamento nazionale. Se in teoria è vero che «*fundamental rights have always pervaded the entire legal order*»¹⁸ – come riecheggia la nozione di *Drittwirkung* elaborata dalla dottrina tedesca –, in pratica è la stessa giurisprudenza europea a muoversi con grande cautela a questo riguardo, mostrando un approccio altamente selettivo¹⁹.

A partire da [AMS](#)²⁰, che esclude espressamente *tout court* l'effetto diretto dell'art. 27 CDFUE (diritto all'informazione, rimesso all'attuazione nazionale o sovranazionale), appare chiaro che ad altre disposizioni della Carta (quale l'art. 21, sancite il divieto di discriminazione, espressamente richiamato come termine di paragone) tale qualità possa essere indubbiamente annessa. Se ne riceve conferma nella [pronuncia Egenberger](#) e, più avanti, in [Cresco Investigations](#), riguardo al divieto di discriminazione in base alla religione: discriminazione praticata, nel primo caso, da una Chiesa

¹⁷ Arretramento che invece crede di riscontrare in una delle pronunce del filone inaugurato dalla Corte costituzionale nel 2017 (la [sent. n. 44/2020](#)) R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in [European Papers](#), vol. V, 1/2020, fine par. III.

¹⁸ K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quad. Cost.* 3/2020, 635 e già K. LENAERTS - J.A. GUTIERREZ-FONS, *Les methods d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Lacier, Brussels 2020.

¹⁹ Approccio talora duramente criticato: per D. GALLO, *le competenze avocate dalla Corte costituzionale nelle sentt. n. [269](#) e successive (se non vanno intese quale espressione di un vero e proprio moto di «hybris») sarebbero un modo di approfittare dei vuoti lasciati dal «minimalismo argomentativo» e dall'ingiustificato «self-restraint della Corte di giustizia» (Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. [269/2017](#) e [115/2018](#), in *Rivista AIC*, 172019, risp. 183 e 184).*

²⁰ Con nota di N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (... in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in [Diritti Comparati](#), 3 mar. 2014.

evangelica richiedente per un'assunzione di lavoro l'appartenenza alla corrispondente confessione e, nel secondo, dalla legislazione austriaca istituente la festività del venerdì santo solo per quattro confessioni. Analoga riprova si ricava dalle pronunce [Bauer e Broßonn](#) e [Max Planck](#), che ravvisano l'attitudine a produrre effetti diretti quanto ai rapporti interprivati nell'art. 31, par. 2, CDFUE, sancendo il diritto alle ferie retribuite²¹.

È vero peraltro che la capacità di produrre effetti diretti verso i terzi è stata ammessa a favore dei principi generali dell'ordinamento europeo²². Questo avviene tuttavia alla condizione che essi trovino espressione immediata in norme incondizionate di una direttiva. Tale estensione dell'istituto, che è stata decifrata come un *escamotage* per aggirare l'ostacolo del verso in senso solo verticale riconosciuto all'efficacia esplicata dalle direttive, conferma pur sempre che senza una progressiva concretizzazione normativa dei principi, il crisma della giuridica perfezione, richiesto ai fini dell'applicabilità immediata in giudizio, rimane in via generale precluso.

Se «(i)l corollario che deriva dall'attribuzione di un diritto individuale quale *core* dell'effetto diretto soggettivo è che la norma UE direttamente efficace si sostituisce, come *Alternativ-Normierung*, alla norma interna, nel disciplinare la fattispecie al vaglio del giudice nazionale»²³, ripercorrendo il ragionamento a ritroso si ricava che per la sostituzione-disapplicazione della legge nazionale non si può prescindere dall'incidenza immediata in una schiera di situazioni giuridiche soggettive. Né qui importa prendere posizione sulla tesi che distingue all'interno della nozione di effetto diretto, oltre all'accezione soggettiva-sostitutiva, come sopra delineata, un'accezione oggettivo-oppositiva²⁴, che prescinde dall'attribuzione di un diritto soggettivo ai singoli consociati, in quanto ai fini dell'alternativa tra disapplicazione giudiziale e investitura della Corte costituzionale, quella che importa è solo la prima.

E vengo subito al (secondo) punto.

Posto che i giudizi incidentali sulle leggi in cui entra in gioco il rispetto dei diritti fondamentali, sanciti sia in Costituzione che nella CDFUE, possono avere origine – anzi hanno origine frequentemente – *in controversie tra parti di natura privata*, in esse non si potrebbe prevenire l'instaurazione del giudizio costituzionale tramite la disapplicazione della legge di dubbia compatibilità con il dettato del *Bill of Rights* europeo, a piena garanzia del primato del diritto dell'Unione. Questa circostanza si può avere solo nelle ipotesi – limitate, come si è visto – in cui si rivendicano diritti della Carta dotati di *Drittwirkung*.

È un dato di cui tenere conto prima di invocare per le presunte violazioni della Carta di Nizza del 2000 lo stesso regime giuridico della violazione dei regolamenti. Né è da considerare scontato che

²¹ A commento delle decisioni v. N. LAZZERINI, *(Some of) the Fundamental Rights Granted by the Charter may be a source of Obligations for Private Parties: AMS*, in *Common Market Law Review* 2014, 907 ss. e L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quad. cost.* 2018, 3, 708 ss.

²² V. CG, [sent. 22 nov. 2005, caso Mangold, causa C-144/04](#) e successivamente [sent. 19 gen. 2010, caso Küçükdeveci, causa C-555/07](#) e [Grande Sezione, sent. 19 apr. 2016, caso Dansk Industri, causa C-441/14](#).

In dottrina v. R. CALVANO, *Il caso "Mangold": la Corte di Giustizia afferma (senza dirlo) l'efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?*, in [Rivista AIC](#), 10 apr. 2006; N. LAZZARINI, *Causa C-441/14 Dansk Industri (DI). La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età - (2/2016)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2016 e ora G. VITALE, *Effetti diretti "orizzontali" dei principi generali del diritto dell'Unione Europea*, in M. DISTEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, cit., 45 ss.

²³ D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, cit., 12.

²⁴ Quest'ultima consentirebbe al cittadino di uno Stato membro di far «valere una norma UE non già per azionare un diritto ivi riconosciuto bensì per richiedere e ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno, di una misura amministrativa o di una sentenza (e la loro conseguente disapplicazione), allo scopo di beneficiare della modifica della situazione normativa conseguente alla produzione di effetti oppositivi determinata dall'applicazione del diritto UE»; D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, cit., 12.; cui *adde* ID., *L'efficacia diretta delle norme dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano 2018, *passim*.

l'ostacolo, come si è già detto, possa essere superato grazie allo sviluppo normativo assicurato da una direttiva (in quanto questa stessa è priva per sua natura di *horizontal effects*).

Individuata una cerchia di giudizi comuni per i quali alla disapplicazione della legge non può comunque avere luogo, per la mancanza di una norma europea atta a prenderne il posto della fonte interna, si pone il problema ulteriore di chiedersi se sia teoricamente sostenibile l'adozione di un criterio di adattamento differenziato – applicazione diretta o instaurazione del sindacato sulle leggi – a seconda del tipo di giudizio comune in cui la lesione dei diritti fondamentali di matrice europea sia invocabile: civile, penale o amministrativo.

Lo sconsiglia, a mio avviso, l'uniformità nella salvaguardia dei diritti fondamentali, che merita di essere tendenzialmente salvaguardata anche riguardo alle tecniche per la sua attivazione²⁵.

3.1. ... e il serio ostacolo della natura introversa e dell'elasticità della Carta

Al rifiuto di un'automatica e non ponderata trasposizione dei corollari della dottrina del primato del diritto dell'Unione a favore della CDFUE dovrebbero indurre, oltre alle considerazioni svolte fin qui, anche ulteriori riflessioni suscitate dall'avvento della Carta²⁶.

Se proviamo a tentare di rinvenire nel *Bill of Rights* europeo quelle condizioni preliminari dell'applicazione diretta, sopra estrapolate, a stento potremmo ravvisarne l'esistenza: la Carta non è fonte dotata della immediata applicabilità, avendo anzi spesso bisogno, per suo espresso riconoscimento, dello svolgimento da parte del legislatore dell'UE o di quelli nazionali; non tutte le sue norme sono provviste di effetto diretto per le loro caratteristiche sostanziali e, tra queste, un numero ancora più esiguo può dirsi in grado di vantare effetto diretto orizzontale, indispensabile perché esse siano operative nelle controversie giudiziarie instaurate tra parti private.

Se poi si estende lo sguardo dalla natura delle disposizioni al ruolo di cui il recente *Bill of Rights* europeo è stato investito, le divaricazioni che rendono difficilmente sostenibile il parallelo con i regolamenti (e le altre norme cui il relativo regime di adattamento è stato esteso) si accentuano ulteriormente. Innanzitutto, la funzione da essa svolta nell'ordinamento europeo presenta peculiarità significative negli aspetti che rilevano ai fini della costruzione dello "schema [Granital](#)". Già la considerazione della *ratio* della previsione della garanzia dei diritti fondamentali in seno all'ordinamento sovranazionale ne evidenzia l'introduzione quale *limite per le fonti comunitarie*, e dunque quale espressione passiva e *introversa* (verso l'Unione) dell'avanzamento dell'integrazione comunitaria e non viceversa espansiva ed *estroversa* (verso gli Stati-membri)²⁷.

In secondo luogo, lungi dal pretendere di imporre agli ordinamenti statali un'assoluta uniformità di disciplina nelle materie da essa toccate, la CDFUE esplicitamente ammette che la tutela dei diritti fondamentali si pone quale espressiva di un equilibrio tra l'unità e le diversità consentite nei diversi Paesi, conformemente alla loro cultura ed identità nazionali: il Preambolo, infatti, dopo aver richiamato i valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, afferma che l'UE «contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità

²⁵ Questo vale *a fortiori* se si pensa che la via della non applicazione non è di fatto mai praticata, anche in presenza di una pronuncia della Corte di giustizia, dalla pubblica amministrazione, in mancanza di una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale: v. M. CARTABIA - E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, 807 ss.

²⁶ Lo argomenta diffusamente A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017.

²⁷ Secondo M. CARTABIA, l'alto grado di penetrazione raggiunto in virtù della dottrina del primato dalle fonti UE e l'estensione delle materie di loro competenza ha reso non più tollerabile l'assenza di un sindacato a monte, che assicurasse la compatibilità di quelle stesse fonti con i diritti fondamentali proclamati da tempo nelle Costituzioni delle Alte Parti contraenti; conseguentemente, dato lo stadio dell'integrazione raggiunto, il problema del silenzio dei trattati in merito ai diritti diversi dalle libertà economiche appariva non più procrastinabile: *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna 2007, 13 ss.

nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale»²⁸. In sintesi, la dottrina [Granital](#) è congegnata su misura per le esigenze di un tipo di regolamentazione chiamato a porsi come disciplina specifica, dettagliata ed interamente esaustiva di fattispecie che non ammettono alcuna differenziazione tra i territori degli Stati; la Carta enuncia per converso precetti che, per loro natura e nella loro stragrande maggioranza, non possono non lasciare agli ordinamenti statali ampi margini di adattamento e di permeabilità in relazione alla *koiné* culturale in cui si inseriscono.

Come esempio di quanto detto, tra i tanti possibili, si può addurre il [caso Omega](#), in cui i giudici di Lussemburgo affermano che lo stringente grado di tutela della dignità umana – accolto dalla *BundesVerfassung* tedesca per ragioni storiche²⁹ e reputato legittimo nonostante i limiti in nome di esso inflitti alle libertà di circolazione delle merci e di prestazioni dei servizi – non vincola altri Stati, connotati da diverse tradizioni storiche e concezioni assiologiche, a garantire uno standard altrettanto elevato di protezione.

Residuerrebbe, a questo punto, solo un dubbio: perché per le norme della Carta non potrebbe valere il binomio diritto fondamentale-direttiva attuativa, valso già a far acquisire diretta efficacia, come si è visto poc'anzi³⁰, ai principi generali.

La differenza, che pare doversi mantenere a questo proposito, tra la CDFUE e i principi generali contenuti nei trattati (applicabili orizzontalmente con l'ausilio delle norme incondizionate dell'eventuale direttiva) non deve stupire.

I principi generali sono espressione dell'omogeneità assiologica originaria del diritto dell'Unione (quale Europa dei mercati), che ne innerva le manifestazioni normative, sin nelle sue più capillari e dettagliate diramazioni; la Carta racchiude un più elevato grado di pluralismo assiologico (sia pure non paragonabile a quello della Costituzione dell'ordinamento italiano), che richiederebbe plurime e progressive azioni di bilanciamento per dar luogo a situazioni giuridiche perfette. Simili azioni di ponderazione e contemperamento spettano al legislatore sovranazionale o a quello nazionale, secondo il disposto riparto delle competenze, e non in prima battuta alla Corte di Giustizia. Ciò anche senza contare che è lecito – sin dal noto insieme di pronunce appartenenti al *Laval Quartet* – avanzare qualche dubbio sul fatto che la ponderazione tra la logica del mercato e la logica dei diritti dinanzi ai giudici di Lussemburgo avverrebbe sempre su basi paritarie, consacrando la transizione, o la vera e propria mutazione genetica, dell'Unione verso una *human rights organization*³¹.

4. Note di contorno: *il recente restatement della sentenza Simmenthal e le pronunce Melki e Ac.B.*

I criteri con cui avrebbe dovuto assicurarsi all'interno degli ordinamenti nazionali la *primauté* del diritto dell'Unione erano stati fissati, com'è risaputo, dalla Corte di Giustizia nel celeberrimo [caso Simmenthal](#)³². Tutelando la libertà di circolazione delle carni provenienti dalla Francia (che si

²⁸ P. CAROZZA, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States*, in S. PEERS, A. WARD (A CURA DI), *The Eu Charter of Fundamental Rights: Politics, Law And Policy*, Hart Publishing, 2004, 3.

²⁹ Che ammette il divieto imposto dalle autorità tedesche delle attività ludiche svolte in un *laserdromo*, un centro di giochi di Bonn in cui, con l'utilizzo di apparecchiature laser (provenienti dalla società britannica *Pulsar* ed ottenute in *franchising*), si simulavano efferati omicidi: [CG. sent. 14 ott. 2004, caso Omega, C-36/02](#).

³⁰ V. par. prec.

³¹ Ne dubita, anche sulla scorta della [sentenza Siragusa](#), in cui l'impegno nella protezione dei diritti è motivato «dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l'unità, il primato e l'effettività del diritto dell'Unione», A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: "epifanie" di una unione dai tratti ancora indefiniti*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, 5, ma v. già le riflessioni di P. ALSTON, J.H.H. WEILER, *An "Ever Closer Union" in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, in [European Journal of International Law](#), 1998, Vol. 9, 658 e A. VON BOGDANDY, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, n. 37, 2000, 1307 ss.

³² Che contiene la nota affermazione: «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario [...] il giudice nazionale, incaricato di applicare [...] le disposizioni del diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia

volevano esonerate dal pagamento dei diritti relativi ai controlli sanitari), tali modalità vennero enunciate con riguardo non ai regolamenti, bensì ad un diritto fondamentale che – per il fatto di costituire una delle classiche libertà economiche sancite nei trattati istitutivi – permea l'intero sistema delle fonti dell'Unione, trovando pure esso estrinsecazione nelle sue minute norme di dettaglio senza limitarsi a rappresentare un “frammento di norma”, avulso da una rete normativa in grado di specificarne la puntuale portata.

L'introduzione in via legislativa della *question prioritaire de constitutionnalité* in Francia³³ e l'elaborazione di un omologo meccanismo da parte del giudice costituzionale in Austria ha offerto di recente l'occasione per un *restatement* della [sentenza Simmenthal](#). Nelle pronunce [Melki](#)³⁴ e [A c. B](#)³⁵ i giudici di Lussemburgo dichiarano che sono tollerati la sospensione ed il ritardo dell'applicazione diretta del diritto UE, necessari per consentire lo svolgimento del sindacato di costituzionalità.

È singolare che, mentre il principio formulato nel 1978 viene in una qualche misura relativizzato, introducendovi un'eccezione a favore dell'istituto del controllo di legittimità costituzionale, introdotto nei due ordinamenti menzionati, si faccia tanta insistenza a ribadire la tenuta³⁶. In questo senso, infatti, è stata ripetutamente sottolineata la triplice condizione cui viene subordinata dai giudici di Lussemburgo la tolleranza della *QPC*: la garanzia per i giudici nazionali di poter esercitare il diritto/dovere di sollevare questioni pregiudiziali *ex art. 267 TFUE*, di poter adottare misure provvisorie volte a tutelare i diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e di poter provvedere, al termine del giudizio di costituzionalità, alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con norme dell'Unione produttive di effetti diretti.

Non sufficiente risalto riceve un altro aspetto delle decisioni che a chi scrive pare significativo: la circostanza per cui ancora una volta la *primauté* viene espressamente riferita ai regolamenti europei. Su queste basi, si potrebbe arguire che, se la dottrina del primato merita una riformulazione – sia pure con la triplice riserva sopra illustrata – per la tipologia di fonte che costituisce il suo terreno d'elezione, ciò dovrebbe quanto meno indurre a riflettere sulla estensibilità automatica ed assoluta del chiarimento interpretativo fuori da quel terreno applicativo, per norme distanti quanto ai caratteri formali, sostanziali e funzionali dalle norme regolamentari. Tale riflessione non conduce necessariamente a negare l'estensibilità della dottrina [Granital](#), ma quanto meno, sforzandosi di recuperarne ed estrapolarne i presupposti, a problematizzare – come si sta tentando di fare qui – la sua riferibilità alla tavola europea dei diritti.

5. Alcune recenti interpretazioni della [sent. Melloni](#) e le conseguenze da essa ricavate

di tali norme, disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

³³ Con la legge organica 10 dicembre 2009 n. 1523: v., *ex multis*, T. DI MANNO, *La QPC, une question incidente de constitutionnalité 'à la française'*, in C. De Caro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Giappichelli, Torino 2012, 5 ss.

³⁴ In dottrina, v. F. FABBRINI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, 840 ss.; S. DONDI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, 843 ss.; D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Dir. Un. eur.*, 1, 2011, 223 ss. e R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, Testo provvisorio Relazione al Convegno sul tema “Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo” - 23 e 29 ottobre 2014, organizzato presso la Corte di Cassazione dalle Strutture territoriali di formazione decentrata della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Roma, 5 s.

³⁵ In proposito, A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in [Diritti Comparati](#), 2 ott. 2014.

³⁶ F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in [Federalismi.it](#), 12/2020, spec. 110.

La sovrapposizione di un terzo livello di tutela dei diritti fondamentali nello scenario multilivello europeo trovava un essenziale criterio di coordinamento con il sistema di garanzia nazionale nella “clausola di salvaguardia”³⁷, inserita non a caso come norma di chiusura della CDFUE (art. 54, Disp. Gen.).

Alla parziale neutralizzazione di tale clausola deve essere probabilmente imputata una certa dose di responsabilità nella prevalenza della tendenza all’accentramento registrabile nella recente giurisprudenza costituzionale.

Una simile relativizzazione è operata nella [sentenza Melloni](#) che, com’è noto, dà una risposta al *Tribunal constitucional* spagnolo, il quale aveva interrogato i giudici di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale in merito ad una normativa sovranazionale (decisione quadro (2009/299/GAI, che introduce l’art. 4 bis nella decisione quadro 2002/584/GAI), fortemente restrittiva delle possibilità per uno Stato di rifiutare l’esecuzione di un mandato di arresto europeo. I giudici costituzionali chiedevano se, dal momento che nella specie il mandato che le autorità spagnole erano chiamate ad eseguire era stato emesso dallo Stato richiedente (Italia) a seguito di condanna pronunciata in contumacia e a fronte dell’art. 24 della Costituzione spagnola, che sancisce il diritto di partecipazione personale al processo, non fosse da reputare ammissibile e compatibile con la Carta – in quanto consentito appunto dalla “clausola di salvaguardia” – il rifiuto della Spagna di ottemperare al MAE. In breve, si proponeva di dare un’interpretazione della rigida normativa europea aderente al dettato della Carta, che nel suo art. 53 fa salva la tutela più elevata dei diritti fondamentali – qui il diritto di difesa in giudizio – eventualmente assicurata all’interno degli ordinamenti degli Stati membri.

La Corte di Giustizia, com’è noto, nega che tale salvezza possa essere assicurata, in quanto essa comprometterebbe «il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione»³⁸ e precisa altresì che solo «laddove un atto giuridico dell’UE richiede misure nazionali di attuazione, le autorità e le Corti statali rimangono libere di applicare gli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali».

Proprio dalla [sentenza Melloni](#) traggono spunto alcune soluzioni recentemente prospettate per definire il problema del coordinamento tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: tali tesi sostengono che, nei settori in cui lo Stato non goda di alcun margine di discrezionalità nell’attuazione del diritto UE, i parametri relativi alla garanzia dei diritti fondamentali e la relativa Corte siano quelli sovranazionali, nei settori viceversa in cui allo Stato siano lasciati margini di manovra, i parametri applicabili e l’organo di controllo costituzionale restino quelli nazionali³⁹, salva comunque l’esigenza di assicurare la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti garantiti dal sistema dell’Unione.

A questo fine, l’esito ottimale viene ritenuto pur sempre quello per cui il giudice comune, in presenza di un «conflitto evidente di una norma interna con norma dell’Unione direttamente applicabile o dotata di effetti diretti», debba procedere alla immediata e definitiva disapplicazione della prima⁴⁰. Si ammette tuttavia in subordine «un sistema binario di disapplicazione solo provvisoria (della norma nazionale ritenuta confliggente con il diritto dell’Unione) e di rimessione al giudice delle leggi, purché il giudice comune sia in ogni caso libero di discostarsi dalla decisione di quest’ultimo».

Non è del tutto chiaro però come questa soluzione sia praticabile – se ne avvede lucidamente la stessa A., che prospetta (*de iure condendo?*) un’attivazione della Corte costituzionale in funzione di

³⁷ Su cui v. N. NAPOLETANO, *L’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova 2010, 38.

³⁸ La pronuncia ha indotto a sostenere che la Corte di giustizia sia ben «lungi dal potere essere considerata una corte dei diritti», emergendo «chiaramente che il *focus* della Corte non è tanto la tutela dei diritti per sé, quanto l’affermazione del primato del diritto dell’Unione» (A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa*, cit., 5).

L’interrogativo è già posto da G. DE BURCA, *After the EU Charter of Fundamental rights: the Court of Justice as Human rights adjudicator?*, in [Maastricht Journal of European and Comparative Law](#), n. 20/2013, 168 ss.

³⁹ F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto*, cit., 124.

⁴⁰ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, cit., 321.

garante astratto dell'art. 11 Cost. – senza collidere con il requisito della rilevanza richiesto per l'attivazione dei giudizi costituzionali.

Per ovviare a tale inconveniente, una proposta analoga, incentrata anch'essa sull'adozione di un sistema binario, è stata formulata apportandovi la variante significativa di sostituire alla “disapplicazione provvisoria” la “sospensione in via cautelare” della legge, affiancata alla contemporanea rimessione della questione alla Corte costituzionale.

La variante è congegnata al fine dichiarato di aggirare l'ostacolo della rilevanza, tant'è vero che si osserva come «in questa ipotesi la questione sarebbe rilevante, perché la legge impugnata rimarrebbe in vigore»⁴¹. Tuttavia, a ben vedere, essa non sembra superare la necessità di tale requisito, che notoriamente non consiste nella mera vigenza della legge, quanto nella doverosa applicabilità ai fini della risoluzione della controversia, che la mera sospensione fa venir meno (tranne che avvenga nel contesto della concessione di un provvedimento cautelare in senso proprio). Sfugge d'altro canto il *quid pluris* che la prospettata sospensione della fonte legislativa sarebbe in grado di aggiungere alla sospensione del processo principale, contestuale alla rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte, che impedisce di per sé che della legge statale si possa fare applicazione nel giudizio.

L'obiezione più forte in cui incorrono, tuttavia, le tesi che impostano il coordinamento tra giurisdizioni sulla distinzione tra settori armonizzati e settori non o non completamente armonizzati dell'Unione (i primi di competenza della Corte di Giustizia, i secondi di competenza della Corte costituzionale) deriva dal fatto che esse – nel forzare testualmente la [sentenza Melloni](#) che non parla affatto di settori, ma di «atti» che non richiedano misure di attuazione⁴² – finiscono con il dare alla stessa pronuncia un'interpretazione estensiva, quando invece la stessa, per il fatto di introdurre una deroga al tenore letterale della “clausola di salvaguardia” della Carta (che nel far salva la maggior tutela dei diritti nazionale non contiene alcun *distinguo*) esigerebbe un'interpretazione rigorosamente restrittiva.

Le distinte e non comparabili competenze della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia possono, ad avviso di chi scrive, essere congiuntamente rispettate valorizzando la comunicazione sui diritti fondamentali tra la Corte nazionale, giudice naturale in materia di diritti apicali e la Corte di Lussemburgo, che ha fatto ingresso nell'empireo dei diritti fondamentali (a partire dalla [sentenza Stauder](#)) per il tramite dell'impegno al rispetto delle tradizioni costituzionali comuni, che ontologicamente non possono che alimentarsi dell'esperienza nazionale.

La soluzione non sembra dunque tanto il recupero ed il rafforzamento⁴³ delle funzioni degli organi giurisdizionali comuni quali giudici dell'Unione⁴⁴, auspicato principalmente a favore dell'organo di nomofilachia⁴⁵, quanto il consolidamento del percorso avviato dall'[ord. n. 117/2019](#)⁴⁶, con cui lo stesso giudice delle leggi ha disposto il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* enucleando, con l'occasione, anche il nocciolo irrinunciabile dei parametri costituzionali coinvolti suscettibili di essere azionati quali “controlimiti”. Il coordinamento tra le due giurisdizioni avviato con [tale ordinanza](#)

⁴¹ F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto*, cit., 124 s.

⁴² Come appunto il MAE, misura per definizione rigida e anelastica, pena la vanificazione della forma di cooperazione giudiziaria da essa realizzata.

⁴³ Suggesto da R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi*, cit., 493 ss.

⁴⁴ Per R. BIN, infatti, va criticata «una prassi giudiziaria disinvolta, suffragata da una dottrina che non lo è di meno, che minacciano la stabilità del sistema delle fonti e le garanzie dei diritti» (*È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?*, cit., 7).

⁴⁵ R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, cit., 30 ss. L'A. valorizza il rinvio pregiudiziale come principio *fondamentale* di cooperazione al servizio di una *nomofilachia europea*, nella prospettiva di un pieno recupero della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, argomentando che quanto il giudice nazionale di ultima istanza perde in termini di *cessioni di supremazia* venga pienamente compensato in termini di *acquisizione di sovranazionalità*.

⁴⁶ V. A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta](#), cit., 242 ss.; sulla questione v. D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in [Questione Giustizia](#), 12/03/2018.

consentirebbe di armonizzare la lettura dei diritti fondamentali sviluppata nei due distinti universi assiologici di provenienza ed eviterebbe la prospettiva indesiderabile⁴⁷ – altrimenti ineludibile – di un giudice domestico che giunga a disapplicare una legge interna fatta salva dalla Corte, all'esito dell'opposto pronunciamento della giurisdizione europea cui lo stesso giudice *a quo* si sia successivamente rivolto esercitando la prerogativa del rinvio pregiudiziale⁴⁸.

È un percorso questo che potrebbe condurre all'auspicata «combinazione virtuosa tra l'effetto unificante della giurisprudenza di Lussemburgo ed il potere di “bonifica” del sistema normativo affidato tuttora alle Corti nazionali»⁴⁹.

6. La posta in gioco: “applicazione diretta” della CDFUE in giudizio o implementazione dei diritti fondamentali di matrice giurisprudenziale, elaborati a Lussemburgo?

La condizione dell'effetto diretto dovrebbe essere, almeno in una certa misura, un *prius* e non un *posterius* dell'attività degli interpreti, dipendendo da dati oggettivi quali la struttura della disposizione, il suo tenore testuale e la sua natura nomologica, che la rendono accertabile *a priori*. Ma la circostanza che la qualificazione di tale tipo di efficacia sia affidata alla Corte di Giustizia genera di per sé una commistione tra il grado di chiarezza, precisione, e incondizionalità del precetto, ravvisabile *prima* e quello rinvenibile *dopo* l'intervento di questa⁵⁰. Soprattutto, la riflessione in sede scientifica sulla “dottrina dell'effetto diretto” adottata a Lussemburgo, pur convergendo, in gran parte ma non senza rilevanti dissensi, sulla strumentalità dell'istituto al fine dell'integrazione europea, è ancora internamente divisa sul suo specifico contenuto⁵¹.

Custode privilegiata della verifica dei presupposti dell'effetto diretto appare in fin dei conti la Corte di Lussemburgo, che tende ad impiegare un *test* estensivo, attraverso un'interpretazione «flessibile e teleologica» tanto della precisione quanto dell'incondizionalità⁵².

Com'è accaduto in passato, di conseguenza, anche una disposizione «non particolarmente determinata» può guadagnare l'incisivo effetto, difficilmente prefigurabile in virtù della sua formulazione testuale, a seguito dell'intervento integratore e ricostruttore dei giudici dell'istanza sovranazionale⁵³. Resta fermo – detto per inciso – che un siffatto intervento non sarebbe comunque sufficiente a supplire all'inidoneità strutturale delle direttive a spiegare effetti giuridicamente vincolanti nei rapporti privati, sopra rilevata.

Davanti a disposizioni con le caratteristiche nomologiche di quelle della Carta, l'organo giurisdizionale europeo si pone in definitiva quale detentore di quella fondamentale attribuzione denominata *kompetenz-kompetenz*, in quanto arbitro della scelta tra l'applicazione dei parametri costituzionali interni ad opera della Corte nazionale e l'applicazione di quelli sovranazionali ad opera

⁴⁷ Segnalata come un'aporia dell'assetto attuale dei rapporti tra le due Corti da G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in [Osservatorio costituzionale](#), 6/2019, 172.

⁴⁸ Sottoponendo alla Corte di giustizia un quesito in merito all'interpretazione di una norma della CDFUE, il giudice mira in ultima analisi ad appurare se la legge nazionale non vi contrasti, contrasto che si appresterebbe poi a dirimere con la disapplicazione. Tuttavia, come ricorda ancora R. BIN, il meccanismo del rinvio ai giudici di Lussemburgo non va «confuso» con l'impugnazione delle leggi, mentre la parificazione delle due competenze è frutto di uno «scivolamento di prospettiva», cui ci si è troppo presto assuefatti (*È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?*, 4).

⁴⁹ G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, cit., 96.

⁵⁰ «Lo sganciamento da una rigorosa delimitazione dell'“effetto diretto” delle norme europee – di cui la Corte di giustizia condivide la responsabilità – induce un certo tasso di arbitrarietà da parte dei giudici comuni nella “scelta” della fonte e della norma da applicare al caso»: R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?*, cit., 7.

⁵¹ Come risulta dal recente studio di D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, cit., 3.

⁵² D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea*, cit., 7.

⁵³ ID., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale*, cit., 168 s.

di sé medesima. Un compito, tipico di un soggetto sovrano nella dimensione del costituzionalismo multilivello, contrassegnata da complesse dinamiche interordinamentali, a rigore difficilmente riconducibile nell'alveo dell'art. 267 TFUE.

Tale delicata funzione troverebbe un'ampia occasione di innesco, dato che, per la formulazione a maglie larghe dei precetti del documento di Nizza, l'esigenza di interpellare la Corte di Giustizia, al fine di colmare in via interpretativa il *gap* semantico tra i diritti fondamentali e il rinvenimento della regola della controversia, si pone come un passaggio che, da eventuale e facoltativo dinanzi ad uffici giurisdizionali non di ultima istanza, diviene praticamente ineludibile. La *regula iuris* del caso, mancante in tesi, sarà il risultato dell'operazione interpretativa dei diritti fondamentali – e del loro indispensabile bilanciamento – richiesta con rinvio *ex art. 267 TFUE* al giudice europeo e sarà questa regola di conformazione pretoria, in fin dei conti, che il giudice comune nazionale applicherà direttamente scalzando la legge nazionale.

Dietro l'attivazione di congegni tecnici, che "attragono" l'interpretazione delle disposizioni sui diritti in capo all'uno o all'altro degli attori giurisdizionali operanti nella "rete" ordinamentale, ci si avvede allora che la reale "posta in gioco" è la preminenza di una o di un'altra opzione di natura costituzionale.

Precisamente, dietro la tendenza recentemente invalsa nell'ordinamento italiano all'attrazione dell'interpretazione e dell'applicazione dei diritti fondamentali in capo alla Corte costituzionale, riguardata in dottrina come un ritorno al carattere accentrato del giudizio di legittimità costituzionale – in controtendenza rispetto ad una precedente stagione "centrifuga" che accentuava la diffusione del sindacato – solo in apparenza c'è un riequilibrio nei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni. Riconoscere – scartando la via dell'accentramento in capo al garante della supremazia costituzionale a favore della soluzione dell'applicazione diretta della Carta di Nizza – a tutti i giudici la possibilità di maneggiare liberamente i principi⁵⁴, di cui è prevalentemente composta la CDFUE, avrebbe significato, anche data la recente introduzione di quest'ultima che non le consente di avvalersi di una elaborazione giurisprudenziale consolidata, rendere pressoché necessitato il ricorso all'interpretazione della Corte di Giustizia, interpellata tramite rinvio pregiudiziale.

Con la conseguenza ulteriore che sarebbero la portata e il bilanciamento dei diritti definiti dai giudici di Lussemburgo a decretare, in definitiva, la non applicabilità della legge interna contrastante con tale definizione.

La "posta in gioco", anche in questo caso, non è accentramento *vs.* diffusione ovvero sindacato di legittimità costituzionale (della legge in contrasto con la CDFUE) *vs.* applicazione diretta all'apparenza più rapida ed efficace (della CDFUE), bensì interpretazione-applicazione dei diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale *vs.* interpretazione-applicazione (quest'ultima per il tramite dei giudici comuni) dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia, operante in un quadro ordinamentale affetto tuttora dagli interrogativi indicati *supra*, circa il "posto" dei dritti fondamentali in generale (e di alcuni di essi in particolare).

A voler attrarre la Carta al modello invalso per i regolamenti, ne esce distorta e amplificata anche la stessa portata dell'istituto dell'applicazione diretta, come delineata in [Granital](#).

Infatti, un conto è che a sostituirsi alla legge sia la fonte prodotta dagli organi investiti di funzione normativa nell'organizzazione europea, a favore dei quali può operare quella riserva di normazione riconosciuta dai trattati, su cui la [sent. n. 170/1984](#) fa poggiare il difetto di competenza in capo al legislatore nazionale, che si muova in materie dismesse in senso disarmonico rispetto alle fonti comunitarie, un altro è che al posto della legge si applichi la specificazione della norma della Carta operata dal giudice europeo per la controversia interna. E l'esigenza di marcare una distinzione vale anche a voler enfatizzare la specificità del principio di legalità nell'ordinamento europeo, dove esso assume un volto spiccatamente giurisdizionale⁵⁵.

⁵⁴ Nel senso classico – che le contrappone alle regole – di norme senza fattispecie.

⁵⁵ Lo scenario del diritto dell'Unione – in quanto costruita in gran parte dalla Corte di giustizia e sottoposta al suo controllo – si caratterizza per una forte giurisdizionalizzazione della legalità, che soppianta il principio di legalità puro e

Nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale è stata a lungo discussa, anche sulla scorta del limite normativo espressamente sancito nell'art. 30, l. n. 87/1953, l'ammissibilità delle sentenze manipolative e fra esse segnatamente delle sentenze additive, per il rispetto dovuto all'esercizio della discrezionalità politica da parte del Parlamento. Acquisita la piena consapevolezza dell'insufficienza del modello kelseniano incentrato sull'idea del legislatore negativo, dinanzi a un ruolo più ampio di garante della supremazia della Costituzione, che richiede il positivo svolgimento delle sue disposizioni programmatiche e di principio, le decisioni non meramente caducatorie sono oggi più o meno pacificamente annesse allo strumentario della Corte, entro i confini di un difficile e sempre delicato equilibrio che risente dell'andamento dei rapporti con gli organi di indirizzo politico. L'equilibrio raggiunto tra garante costituzionale dei diritti fondamentali e legislatore verrebbe interamente sacrificato a favore dell'*human rights adjudicator* europeo, capace di dettare le norme operanti al grado primario delle fonti (in quanto in grado di sostituirsi ad esse), con l'esito di infliggere una ulteriore vistosa deroga all'assetto costituzionale dei poteri ed alla loro separazione⁵⁶, aggirando tutte le cautele che da tempo sono state costruite per le sentenze normative del giudice costituzionale. Il parallelo appena prospettato non è affatto inficiato dalla considerazione che le pronunce della Corte costituzionale, a differenza di quelle rese ex art. 267 TFUE, hanno efficacia *erga omnes*, dato il rilievo che queste ultime rivestono in quanto provenienti da un organo dotato di *giurisdizione esclusiva* e sorrette dal robusto principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno (ciò *a fortiori* se sollecitate dal giudice nazionale della funzione nomofilattica). In estrema sintesi, la posta in gioco nell'odierno dilemma non è accentrato/diffusione – fuorviante dicotomia – ma l'affidamento del bilanciamento assiologico alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia⁵⁷, che per di più verrebbe ad operarlo in mancanza di una scelta fondamentale – squisitamente politico-costituzionale – tra un *modello* di Europa incentrato sul *mercato* e la *libera concorrenza* ed un diverso *modello* fondato sui *diritti*⁵⁸. È il caso di chiedersi, a proposito di tale significativo slittamento: *cui prodest?*

monolitico tipico dello “Stato legislativo di diritto”, concorrendo a disegnarne l'attuale volto “ibrido” e “multiforme”: M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI (2013), 411.

⁵⁶ Sulla necessità viceversa di un recupero del ruolo del decisore politico nel graduare l'«intensità di tutela dei principi e diritti fondamentali non ordinati gerarchicamente» insiste G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, cit., 95.

⁵⁷ In merito v. anche le considerazioni di R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 625.

⁵⁸ Secondo una posizione ancora più drastica, è dubbio che l'avvento dei diritti fondamentali in Europa abbia conferito ad essi una *posizione fondativa* dell'intero ordine giuridico, quali pilastri atti a conformare la stessa organizzazione del sistema, o li abbia al contrario relegati solo al ruolo di *limite esterno* al sistema, che continuerebbe a trovare altrove i propri valori fondanti (nella specie, nei capisaldi del mercato e della libera concorrenza, che innervavano i Trattati istitutivi): F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino 2002, 20 ss.