

Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*

di Alessia-Ottavia Cozzi **
(1 febbraio 2018)

SOMMARIO: 1. OGGETTO DEL CONTRIBUTO; 2. LA SENTENZA N. 269 DEL 2017; 3. INCIDENTE DI COSTITUZIONALITÀ E DIRETTA APPLICAZIONE TRA CRITERI FORMALI E SOSTANZIALI: DIRITTI DELLA PERSONA O SFERE DI INTERESSI TUTELATE DALLA CARTA; 4. (SEGUE) DISTINZIONE TRA «REGOLE» E «PRINCIPI» E TRA «DIRITTI» E «PRINCIPI»; 5. (SEGUE) L'EFFETTO DIRETTO; 6. L'AUTOAPPLICATIVITÀ DELLA CARTA E IL PRINCIPIO DI ATTRIBUZIONE; 7. L'ORDINE DI ESAME DEI VIZI DI COSTITUZIONALITÀ E LA NECESSITÀ DI DARE SOSTANZA COSTITUZIONALE ALLA CARTA

1. Oggetto del contributo

Con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha voluto rientrare nel circuito giudici comuni-Corte di giustizia quando sono in gioco diritti fondamentali, riportando nel giudizio accentrato di costituzionalità il sindacato sulla violazione di norme interne che collidano con la Carta europea dei diritti fondamentali¹. Il presente contributo intende proporre alcune considerazioni sul rapporto tra diretta applicabilità delle norme della Carta e accesso al sindacato accentrato di costituzionalità.

Il contributo è diviso in tre parti. Nella prima parte si discute il criterio adottato dalla Corte costituzionale per aversi incidente di costituzionalità, in particolare se la Corte abbia adottato un criterio essenzialmente formale riferito alla fonte - Carta, oppure un criterio sostanziale. Da alcuni passaggi della sentenza, infatti, potrebbero trarsi criteri diversi, tutti accomunati da profili sostanziali e che portano a distinguere caso per caso tra norme della Carta: la natura della posizione giuridica tutelata come diritto «della persona»; criteri strutturali come la diretta efficacia o la qualità di «diritti» e di «principi» delle norme della Carta, distinzione che rinvia alla dicotomia tra «regole» e «principi» emersa in parte

*Scritto sottoposto a *referee*.

1 Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269. La sentenza è stata oggetto di correzione di errore materiale con ord. 27 dicembre 2017, n. 281, che ha inciso in particolare sui punti 2 e 5.1. *Cons. dir.* La sentenza intesse contemporaneamente diverse trame, che si tendono e “tirano” in direzioni diverse: solo per cenni, da un lato conferma in termini generali il criterio competenziale di separazione tra ordinamenti che è alla base dello schema della «doppia pregiudizialità», mentre dall’altro estende il sindacato accentrato basato sul diritto dell’Unione come parametro interposto, valorizzando il criterio gerarchico e l’invalidità con efficacia *erga omnes* della norma interna in contrasto. Per un verso, contiene plurimi e reiterati riferimenti alla costruttiva e leale collaborazione tra diversi sistemi di garanzia e al dialogo con la Corte di giustizia, mentre per altro verso rivendica il compito di assicurare che i diritti della Carta, e dunque la loro interpretazione, siano in armonia con le tradizioni costituzionali comuni, *in primis* l’interpretazione del parametro costituzionale interno. Sempre sotto il profilo del parametro, implica che la Carta diventi parametro interposto al pari della CEDU, diventando così tutti i parametri dei diritti “plasmabili” dalla Corte costituzionale, ma permane ad oggi la distinzione per cui le norme europee conoscono il solo limite dei principi supremi dell’ordinamento, mentre la CEDU è assoggettata al rispetto di tutte le norme costituzionali. Sotto il profilo del rapporto tra giudici, si rivolge alla Corte di giustizia come interlocutore privilegiato e inevitabilmente ridimensiona e comprime il ruolo del giudice comune, che fino a ieri era responsabilizzato come arbitro del rapporto tra parametro europeo e parametro costituzionale.

della dottrina proprio per riportare alla Corte costituzionale il sindacato sui diritti fondamentali europei². Può anticiparsi da subito che la nostra impressione, anche per la tenuta del principio di certezza del diritto, è che la Corte abbia adottato un criterio formale, riferito a tutte le sfere di interessi tutelate dalla Carta, siano esse diritti soggettivi perfetti, principi, beni, fini, compiti, interessi generali. Assume particolare rilievo, infatti, per il giudice comune la certezza in ordine alla condotta processuale da tenere, a garanzia della parità di trattamento nella ricerca della regola da adottarsi volta per volta e nella soluzione dei casi.

Nella seconda parte si propongono alcune considerazioni sulla possibilità che il sindacato accentrato per violazione della Carta europea si estenda alla normazione secondaria, accennando all'intreccio con il diverso tema del limite delle competenze attribuite. Infine, si formulano alcune osservazioni sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità e sulla capacità, attraverso il sindacato accentrato, di dare corpo a norme della Carta che la stessa Corte di giustizia tende a non valorizzare, in particolare le norme di protezione sociale. Conviene, tuttavia, prendere le mosse da una breve descrizione del caso di specie.

2. La sentenza n. 269 del 2017

La sentenza n. 269 del 2017 trae origine da due giudizi pendenti presso la Commissione tributaria provinciale di Roma e aventi ad oggetto il diniego di rimborso dei contributi versati da società private all'AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato). Con due distinte ordinanze, la Commissione tributaria dubitava della legittimità costituzionale della disciplina dei contributi all'AGCM per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., sotto il profilo dei principi di capacità contributiva e di progressività delle imposte e, nella seconda ordinanza, anche della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. In entrambi i giudizi le parti avevano eccepito che la disciplina dei contributi all'AGCM violasse gli artt. 49 e 56 TFUE, sulla libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi. Nella prima ordinanza di rimessione, la Commissione tributaria aveva ritenuto di non valutare preliminarmente la violazione delle norme dei Trattati, pur direttamente applicabili, bensì di sollevare prima questione di legittimità

² Si tenta così di rispondere alla domanda, tra i molti interrogativi proposti da C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017, su «come e a chi spetta individuare le norme ad efficacia diretta». Il quesito era stato posto nei seguenti termini da M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, relazione all'Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014, reperibile in www.cortecostituzionale.it, 9: «quali disposizioni della Carta UE e in quali circostanze godono del carattere dell'effetto diretto? Questo interrogativo, che può solo essere accennato in questa sede, è di primaria rilevanza, considerato che dalla risposta che ad esso si dà dipende anche la configurazione dei rapporti, all'interno degli ordinamenti nazionali, tra giudici ordinari e Corti costituzionali. Sia il tema dell'ambito di applicazione sia quello degli effetti diretti delle disposizioni della Carta sono tuttora in fase di assestamento. Fino ad ora, infatti, la giurisprudenza europea mostra un atteggiamento piuttosto pragmatico. Entrambi sono dunque terreni di lavoro, tanto per i giudici europei, quanto per le Corti costituzionali nazionali, in vista di una più precisa definizione dei rapporti tra i diversi livelli di tutela dei diritti e tra le diverse giurisdizioni».

costituzionale in quanto «più aderente al sistema giuridico complessivo»³. Nella seconda ordinanza di alcuni mesi successiva, invece, la medesima Commissione tributaria dichiarava di aver preliminarmente valutato ed escluso i motivi di contrasto con il diritto dell'Unione europea e di aver, dunque, sollevato questione di legittimità costituzionale⁴.

Dopo aver respinto le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Avvocatura dello Stato, in particolare il difetto di giurisdizione della Commissione tributaria in ragione della natura o meno di tributo dei contributi controversi, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la prima ordinanza di rimessione per aver sollevato questione di costituzionalità prima di valutare l'applicazione del diritto dell'Unione europea, valutazione che investe la rilevanza, dunque per non aver rispettato l'ordine della «doppia pregiudizialità».

È a questo punto della motivazione che la Corte procede ad un lungo e articolato *obiter dictum*. In una prima parte, la Corte riprende e ribadisce principi consolidati relativi al rapporto tra norme interne e norme europee: di fronte al diritto dell'Unione dotato di effetti diretti il giudice comune è tenuto a non applicare la norma interna in contrasto⁵, mentre per il diritto dell'Unione non direttamente applicabile deve sollevarsi questione di legittimità costituzionale. In una seconda parte, la Corte inserisce una «precisazione», motivata con «le trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...]» che, tra l'altro, – osserva la Corte – «ha attribuito effetti giuridici vincolanti» alla Carta europea dei diritti fondamentali. Ed è qui che si colloca la novità, consistente nell'obbligo del giudice comune di sollevare questione di legittimità costituzionale quando una legge interna appaia in contrasto tanto con la Carta dei diritti fondamentali, quanto con la Costituzione italiana.

Il presupposto, nella motivazione della Corte costituzionale, è che la Carta europea dei diritti fondamentali è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale» e che «[l] principi e i diritti

3 Corte cost. n. 269 del 2017, 1.1. *Rit. in fatto*.

4 Corte cost. n. 269 del 2017, 4.1. *Rit. in fatto*.

5 Osserva la Corte che quando il giudice applica direttamente la norma europea dotata di effetti diretti soddisfa allo stesso tempo «il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare» (5.1. *Cons. dir.*, penultimo paragrafo). Il riferimento all'art. 101 Cost. è diventato ricorrente nella giurisprudenza costituzionale per definire il ruolo e i compiti del giudice comune nel rapporto con le carte dei diritti. In relazione alla CEDU, si veda la discussa sentenza Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, che avrebbe individuato alcuni criteri per identificare quando un precedente di Strasburgo sia vincolante, ma anche Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, in materia di retroattività della sanzione amministrativa della confisca per equivalente, in cui la Corte afferma che il giudice comune, nell'attività che istituzionalmente gli compete ex art. 101, c. 2, Cost., pur in assenza di precedenti in termini della Corte di Strasburgo è tenuto a interpretare e applicare i principi che si traggono dalla giurisprudenza convenzionale agli istituti del diritto interno, con il solo limite costituito dalla norma interna contraria alla CEDU, per cui è richiesto di sollevare incidente di costituzionalità (7 *Cons. dir.*).

enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»; dunque, «può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione»⁶.

Dopo aver affermato che il sindacato *erga omnes* per violazione dei diritti fondamentali è posto a fondamento dell'architettura costituzionale, ex art. 134 Cost., la Corte enuncia lo schema nuovo secondo cui: «laddove una legge sia oggetto di dubbi di costituzionalità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»⁷.

La sentenza introduce così un vero e proprio nuovo schema di giudizio. È probabilmente un *revirement* meditato, motivato dalla stessa esigenza che ha spinto il giudice costituzionale negli anni recenti a sollevare questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, e per mettere in atto il quale la Corte attendeva un caso. La Corte rompe lo schema rigido della «doppia pregiudizialità» e, pur tenendo ferma la concorrenza tra i rimedi processuali della questione pregiudiziale e dell'incidente di costituzionalità, introduce la possibilità che la questione di costituzionalità sia prioritaria. Inoltre, sostituisce al criterio dell'effetto diretto, prima unica guida per l'alternativa tra non applicazione e incidente di costituzionalità, un nuovo criterio a prima impressione "misto", legato alla fonte della violazione, la Carta europea, e alla sostanza delle sue norme, diritti fondamentali. Per altro verso, la Corte ha cura di coordinare il nuovo schema di giudizio con i principi stabiliti dalla Corte di giustizia, volti ad assicurare l'efficace e uniforme applicazione del diritto europeo: resta fermo il potere/dovere dei giudici di sollevare questione pregiudiziale in qualunque fase del procedimento appaia appropriata; di adottare misure interinali per la tutela dei diritti conferiti dall'Unione e anche di non applicare, al termine del giudizio incidentale, la disposizione legislativa nazionale che appaia in persistente contrasto con il diritto europeo.

La lunga e articolata «precisazione» non muta l'esito – inammissibilità – relativo alla prima ordinanza di rimessione, in quanto, secondo lo schema nuovo, essa non attiene a violazioni di diritti fondamentali protetti dalla Carta europea e avrebbe dovuto attenersi allo schema tradizionale della «doppia pregiudizialità», confermato nella stessa sentenza come schema generale per il

6 ...«come è accaduto da ultimo», osserva la Corte, «in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene», citando la cosiddetta sentenza *Taricco II* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S., M.B.*), in punto 5.2. *Cons. dir.*, secondo paragrafo.

7 Punto 5.2. *Cons. dir.*

diritto europeo dotato di effetto diretti. La Corte, tuttavia, ha enunciato il suo nuovo orientamento, cui si atterrà presumibilmente nel futuro⁸.

I primi commenti alla sentenza appaiono divisi tra chi ha accolto favorevolmente il ritorno di questioni relative ai diritti fondamentali entro l'alveo del sindacato accentrato di costituzionalità, con la motivazione essenziale per cui occorre che la Corte costituzionale continui a far parlare il parametro costituzionale dei diritti accanto a quanto fanno le Corti europee con i rispettivi cataloghi⁹. Altra parte, invece, ha espresso posizioni critiche, leggendo la sentenza in termini sovranisti, come aprioristica supremazia delle norme costituzionali e come erosione del fecondo rapporto instauratosi negli anni tra giudici comuni e Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁰.

3. Incidente di costituzionalità e diretta applicazione tra criteri formali e sostanziali: diritti della persona o sfere di interessi tutelate dalla Carta

Le ragioni dell'introduzione del nuovo schema sono individuate dalla Corte costituzionale nella qualità sostanziale delle norme della Carta, ossia nel fatto che esse tutelino diritti fondamentali, qualità che è alla base della sua «impronta tipicamente costituzionale». Parimenti, è la natura di «violazioni dei diritti della

8 Sull'opportunità dell'*obiter* per introdurre una così importante novità, L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2007*, in www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017, 3-6; *contra*, R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*, *ivi*, 28 dicembre 2017, spec. 2. La scelta a nostro avviso, considerato che la Carta europea non era neppure invocata nei giudizi *a quibus*, può spiegarsi solo con due considerazioni: serviva un caso in cui il giudice rimettente avesse "sbagliato", non attenendosi allo schema della doppia pregiudizialità; vi era la necessità di tutelare l'affidamento delle parti del giudizio *a quo*, per cui così facendo la Corte ha evitato che il cambio di orientamento incidesse sulle posizioni già maturate nel processo principale e, contemporaneamente, ha preannunciato alle parti e ai giudici di contestuali e successivi giudizi il nuovo indirizzo.

9 A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017. Sotto altro profilo, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3 del 2017, www.diritticomparati.it, che considera l'affermazione della Corte sul contenuto materialmente costituzionale della Carta europea di «straordinario rilievo», per aver adottato un criterio assiologico di pari dignità costituzionale di tutte le Carte dei diritti a prescindere dalla fonte e senza aprioristica ordinazione gerarchica, e pure critica la sentenza per non aver chiarito qual è il ragionamento, il «metacriterio» teorico che sostiene questa affermazione.

10 R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*, cit., 11, che critica la sfiducia dimostrata dalla Corte costituzionale verso i giudici comuni, e in specie la Corte di Cassazione, poiché sono stati assai rari i casi di non applicazione di una norma interna per violazione della Carta, mentre costante e proficuo è stato negli anni il contatto tra questi e la Corte di giustizia; la Corte costituzionale si sarebbe posta così in un ruolo antagonista, come «miglior giudice» per dialogare con Lussemburgo a discapito dei giudici di merito e di legittimità. L'A., Consigliere presso la Corte di Cassazione, prospetta la possibilità che, ove ve ne sia l'occasione, la Corte di Cassazione sollevi rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla conformità ai Trattati del nuovo schema di "priorità" della questione di costituzionalità delineato dalla Corte costituzionale, se non altro perché la Corte di Cassazione non ha la possibilità di disporre d'ufficio misure cautelari, venendo così meno uno dei requisiti posti dalla Corte di giustizia, e richiamati dalla stessa Corte costituzionale, per consentire incidente di costituzionalità prima di questione pregiudiziale.

persona» a “postulare”, per riprendere il linguaggio della Corte costituzionale, la necessità del sindacato con effetti *erga omnes*.

Si tratta, perciò, di comprendere se il criterio indicato dalla Corte ai giudici comuni per decidere quando sollevare questione di legittimità costituzionale sia riferito alla qualità sostanziale delle norme della Carta, che può richiedere una valutazione caso per caso, oppure ad un criterio formale che rinvia alla fonte - Carta e prescinde dalla natura della posizione soggettiva tutelata. La seconda opzione appare preferibile e pare trarsi dal fatto che il riferimento alla natura materiale di «diritti *della persona*» si perde quando la Corte enuncia il nuovo schema nei termini generali che abbiamo già menzionato: «laddove una legge sia oggetto di dubbi di costituzionalità *tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* in ambito di rilevanza comunitaria»¹¹. In un passaggio precedente, inoltre, la Corte si era parimenti riferita in termini generali ai diritti e principi enunciati nella Carta e ai diritti e principi enunciati nella Costituzione: «I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana...». Non, dunque, solo i diritti della persona, ma «diritti» intesi come sfere materiali garantite dalla Carta.

Se così non fosse, d'altra parte, il giudice rimettente dovrebbe farsi carico di una distinzione difficilmente risolvibile, sulla base del solo testo stesso della Carta, tra posizioni giuridiche soggettive individuali, da un lato, di persone giuridiche o soggetti collettivi, dall'altro, o ancora tra interessi collettivi o diffusi o semplicemente interessi generali meritevoli di tutela¹². Distinzione cui

11 Più precisamente, nella prima parte del paragrafo 5.2. della sentenza n. 269 del 2017, per due volte la Corte si riferisce a «violazioni dei diritti della persona», mentre nell'ultimo periodo dello stesso paragrafo, in termini più generali, la Corte afferma che deve procedersi a incidente di costituzionalità «laddove una legge sia oggetto di dubbi di costituzionalità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria». Confrontando i due passaggi della motivazione, potrebbe non essere chiaro se il giudice comune sia tenuto a sollevare questione di costituzionalità quando sono in gioco i soli diritti della persona o tutti i diritti e interessi tutelati dalla Carta che trovano rispondenza anche nella Costituzione italiana.

12 Fermo che la dottrina unanime ritiene improprio ragionare per categorie di diritti, dovendosi distinguere diritto per diritto, si vuole solo sottolineare che non tutta la dottrina considera i diritti sociali come «diritti della persona». È noto che A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., 2003, 95 ss., spec. 149 ss., per ragioni strutturali non comprende i diritti sociali entro i «diritti della persona», a differenza dei diritti di libertà. Sono, perciò, per l'A. «diritti della persona (o della personalità)» situazioni «inattive» quali il diritto alla vita, all'integrità psico-fisica, il diritto al mantenimento della capacità giuridica, della cittadinanza, il diritto al nome, all'immagine e all'onore, e situazioni «attive» quali i diritti di libertà, tra cui, solo per esempi, la libertà personale, la riservatezza del domicilio, la libertà nelle comunicazioni, la libertà di circolazione, di espatrio e di rimpatrio, la libertà di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, di professione di una fede, etc... Non sono per l'A. «diritti della persona» né i diritti matrimoniali e le potestà familiari, né il diritto di proprietà, né i diritti sociali. Nella dottrina maggioritaria, invece, i diritti sociali sono attributi dell'individuo al pari dei diritti di libertà; così, pur con prospettive in parte diverse, A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, Roma; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 97-134; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano,

conseguirebbe un trattamento processuale diverso – non applicazione oppure incidente di costituzionalità – che non sembra trovare giustificazione nel momento in cui si tratta sempre di una tutela «di impronta tipicamente costituzionale» per il fatto stesso di essere confluita nella stessa fonte, la Carta dei diritti fondamentali¹³.

4. (segue) distinzione tra «regole» e «principi» e tra «diritti» e «principi»

L'accento fatto dalla Corte costituzionale alla presenza nella Carta, come nella Costituzione, di diritti e principi riprende, d'altra parte, un orientamento che era emerso in dottrina per giustificare un ritorno al sindacato accentrato di costituzionalità. Questo orientamento ruotava anch'esso intorno a un criterio sostanziale, non riferito però alla qualità della posizione giuridica tutelata, ma alla struttura delle norme, a partire dalla distinzione tra «regole» e «principi».

L'utilizzo di questa distinzione si inseriva nel solco di un ragionamento fondato sullo schema binario della «doppia pregiudizialità», secondo cui a norme dotate di effetto diretto corrisponde il rimedio della non applicazione, mentre a norme non dotate di effetto diretto corrisponde il rimedio dell'incidente di costituzionalità. A partire da questo schema, si era proposto il criterio della distinzione tra «regole» e «principi» per sottrarre al meccanismo della non applicazione, e dunque al sindacato diffuso, la Carta europea¹⁴. Si era, perciò, associato al primo asse del binario il concetto di «regole» e al secondo asse il concetto di «principi»: le norme europee che siano espressive di regole sarebbero effettivamente suscettibili di provocare un puntuale contrasto con la norma interna e si presterebbero allo schema della non applicazione, in cui la norma interna si ritrae e lascia spazio ad una altrettanto puntuale norma europea; le norme europee espressive di principi, invece, poiché si prestano a una pluralità di significati, *non* potrebbero dare origine a un conflitto diretto con la norma interna e richiederebbero, invece, tendenzialmente di essere poste in

2001; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.

13 Basti pensare, per rimanere alla Carta, al pluralismo dei media (art. 11, c. 2), alla tutela dei partiti politici (art. 12, c. 2), alla libertà delle arti e delle scienze (art. 13), al rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22). Si pensi al diritto di proprietà, art. 17, intesa anche come proprietà intellettuale; alla tutela, seppure debole, dei sindacati, nell'art. 27 in relazione al diritto alla informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa e nell'art. 28, sulle negoziazioni e azioni collettive, o ancora alla tutela di interessi come la tutela dell'ambiente, art. 37, o la protezione della salute umana come interesse generale, art. 35, c. 1. Nei cataloghi costituzionali, d'altra parte, è difficile discernere quali disposizioni siano espressive di veri e propri diritti soggettivi e quali di beni, fini, compiti o interessi generali. A proposito delle disposizioni contenute nei Titoli II (rapporti etico-sociali) e III (rapporti economici) della Costituzione italiana, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1981, 755-784, spec. 756. L'accesso al sindacato accentrato per i soli diritti che attengono alla sfera individuale, d'altra parte, appare troppo limitato poiché molte delle problematiche più complesse del vivere comune attengono a un intreccio di posizioni individuali e interessi generali di carattere economico e sociale. Solo a titolo di esempio, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul caso Ilva.

bilanciamento con altri principi, operazione per la quale ha più strumenti la Corte costituzionale rispetto al giudice comune¹⁵.

A questo criterio, la medesima dottrina sollevava due obiezioni. La prima era che, «sebbene la distinzione, in teoria generale del diritto, fra “regole” e “principi” sia ben nota, nell’ordinamento europeo non vi è una sola ed unica categoria di principi»; la seconda era che l’accertamento dell’effetto diretto di una norma, inteso come il grado di completezza della stessa, la sua immediata applicabilità, la individuazione di puntuali diritti e obblighi, spetta alla stessa Corte di giustizia in sede pregiudiziale. Vi si replicava richiamando gli artt. 51 e 52, par. 5, Carta, che prevedono la distinzione tra «diritti» e «principi», i primi «direttamente utilizzabili per la regolazione dei comportamenti dei consociati (e

14 A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, relazione presentata all’incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia, Siviglia, 26-28 ottobre 2017, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/SIVIGLIA_BARBERA.pdf e ora in www.rivistaaic.it, n. 4 del 2017, 6 novembre 2011. Le ragioni del ritorno al sindacato accentratore individuate nella relazione possono essere sintetizzate come segue: la tendenza dei giudici comuni, ma anche del legislatore, a inverare un «effetto di “traboccamento” della Carta» al di là dell’ambito di applicazione del diritto europeo; la conseguente emarginazione della Costituzione, dei suoi valori identitari, e la sua perdita di legittimazione, laddove un ritorno ai diritti dentro il sindacato accentratore alimenterebbe le tradizioni costituzionali comuni; l’erosione del ruolo e dei poteri della giurisdizione costituzionale, compromettendo la certezza del diritto che è massima negli effetti *erga omnes* delle sentenze della Corte costituzionale, mentre la non applicazione lascia sopravvivere la norma interna; l’apertura mostrata dalla stessa Corte di giustizia verso un giudizio di legittimità costituzionale della norma interna, a condizione che non impedisca in alcuna fase processuale di sollevare questione pregiudiziale, né di assicurare una tutela interinale conforme alle norme europee, né di procedere in ogni caso alla non applicazione della norma interna che sia in conflitto con le norme europee; le trasformazioni, anche istituzionali, dell’ordinamento europeo intervenute nei quarant’anni successivi alla sentenza *Simmmenthal*, in particolare l’allargamento a 28; ancora, l’osservazione per cui «solo le Corti costituzionali ...sono in grado di orientarsi ... nel labirinto rappresentato dall’intersezione fra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Convenzione (ed altre carte internazionali).

Sul «traboccamento», E. LAMARQUE, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Napoli, 2015, 91-108, 106, osservava che soltanto quando il parametro è l’art. 117, c. 1, Cost. o l’art. 11 Cost., e dunque solo quando viene in gioco il rispetto del diritto europeo, la Corte si allinea ai confini del principio di attribuzione, dando rilievo alla Carta nei soli ambiti in cui sussiste un collegamento con il diritto dell’Unione; quando, invece, si tratti di valorizzare in via interpretativa e integrativa un diritto fondamentale, specie in connessione con norme costituzionali sostanziali, la Corte costituzionale ricorre alla Carta senza limiti materiali.

15 A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 9-10: «allorché si tratti di puntuali antinomie fra **regole** spetta al giudice comune disapplicare la regola interna, costretta a “ritrarsi”, ma allorché l’antinomia riguardi una norma nazionale in contrasto con **principi** (od obiettivi), diventa appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali» ... «Del resto, in un caso si tratta di antinomia fra regole – o si applica l’una o si applica l’altra – nel secondo caso di contrasto fra una regola ed un possibile “parametro”» e ancora «Sarebbe incongrua la coesistenza nello stesso Giudice comune di due attribuzioni, da un lato un potere di disapplicazione nel caso di antinomie fra puntuali regole e dall’altro un potere di rinvio alla Corte nel caso di contrasto con principi contenuti in normative europee?» (grassetto nel testo originale). La relazione è considerata per certi versi anticipatrice della sentenza n. 269 del 2017 da C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, cit., e da L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2007*, cit., 5.

la soluzione delle relative controversie)»; gli altri (diritti-principi) che, invece, «per essere applicati, necessitano di una previa *attuazione* da parte degli organi *politici* (europei o statali) competenti, i quali sarebbero chiamati ad effettuare una scelta tra pluralità di alternative lasciate “aperte” da un precetto volutamente indeterminato». Nelle dinamiche giurisdizionali, perciò, i principi manterrebbero una funzione limitata ai profili ermeneutici e al giudizio di “legittimità” degli atti attuativi¹⁶.

Per confortare questa conclusione si richiamavano le Spiegazioni della Carta, in quanto distinguerebbero con accurati riferimenti testuali fra disposizioni che configurano diritti soggettivi immediatamente applicabili e disposizioni che individuano principi che richiedono «proprio per la loro funzione ordinante, un bilanciamento con altri principi e diritti».

Vero è che le Spiegazioni alla Carta indicano un elenco di disposizioni che sarebbero principi e altre disposizioni che conterrebbero sia diritti, che principi, ma si tratta di un elenco tutt'altro che chiaro, in quanto disomogeneo e non animato da alcuna *ratio* comune. Le Spiegazioni, infatti, qualificano come «principi» norme le cui disposizioni sono formulate espressamente in termini di «diritti» senza motivare il perché, sicché l'interprete è sprovvisto di un criterio ordinatore che consenta di orientarsi nella distinzione¹⁷.

Invero, la distinzione tra «diritti» e «principi» presente nelle disposizioni finali della Carta è stata ritenuta oscura e ampiamente criticata dalla dottrina¹⁸. Nata da un compromesso volto a inserire nella Carta diritti sociali che alcuni Governi avrebbero voluto escludere, qualificandoli come meri obiettivi politici, essa aveva una duplice finalità: sul piano del rapporto tra giudice e legislatore, arginare l'efficacia precettiva dei diritti sociali attraverso un limite esplicito alla funzione giurisdizionale, impedendo la immediata applicazione giudiziale di

16 A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 10-11, corsivi nel testo originale, che ricorda come gli artt. 51, par. 1, e 52, par. 5, Carta siano stati fortemente voluti dal Regno Unito e ne giudica la formulazione «contorta», ma ne descrive l'idea di fondo, di cui nel testo.

17 Si riporta per esteso la parte delle Spiegazioni relativa al paragrafo 5 dell'art. 52: «Il paragrafo 5 chiarisce la distinzione fra «diritti» e «principi» sancita nella Carta. In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. in particolare la giurisprudenza sul «principio di precauzione» di cui all'articolo 191, paragrafo 2 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99 *Pfizer c. Consiglio*, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull'articolo 33 (già 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es. sentenza della Corte di giustizia, causa 265/85 *Van den Berg*, Racc. 1987, pag. 1155: analisi del principio della stabilizzazione del mercato e delle aspettative ragionevoli), sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34».

norme sociali in assenza di un previo atto di intermediazione normativa; in chiave competenziale, scongiurare indebite ingerenze dell'Unione europea nei sistemi di *welfare* nazionali in assenza di puntuali attribuzioni nei Trattati.

La distinzione tra «diritti» e «principi», tuttavia, è parsa anomala sia rispetto alle dottrine tipiche dell'ordinamento europeo, sia rispetto alle tradizioni costituzionali nazionali, da cui pure i redattori della Carta avevano dichiarato di trarla¹⁹. Di fondo, la dottrina vi ha visto un indebito tentativo del legislatore di imbrigliare la funzione giurisdizionale, destinato al fallimento in quanto la stessa disposizione sarebbe stata suscettibile di interpretazione giudiziale e tanto più maldestro in un ordinamento, quale quello europeo, che ha costruito proprio per via giudiziale, e attraverso “principi” – effetto diretto, primato e tutela dei diritti fondamentali – le sue basi costituzionali.

In particolare, il fatto che l'effetto diretto *non* sia escluso quando una norma primaria è testualmente qualificata come «principio» era già stato affermato a chiare lettere dalla Corte di giustizia sin dal caso *Defrenne II* del 1979. Il Regno Unito sosteneva che l'allora art. 119 CEE non potesse essere ritenuto applicabile perché enunciava la parità tra uomo e donna nella retribuzione come «principio», dove l'espressione «principio» sarebbe stata indice della vaghezza della disposizione. La Corte ritenne, invece, che il termine «principio» indicasse «la natura fondamentale di alcune disposizioni», poiché «se il concetto fosse attenuato sino al punto di essere ridotto ad una vaga dichiarazione, il fondamento stesso della Comunità e la coerenza delle sue

18 La distinzione è definita «oscura e imprevedibile» da D. ANDERSON, C. C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EUI working paper n. 2011/08, 6, ora in *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, 160-162; è «inconsistent» per C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2 del 2008 (15), 193-215; in senso analogo, S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, 1455-1521, spec. 1505-1506.

19 L'associazione tra la dicotomia assenza/presenza di effetto diretto e la distinzione tra «regole» e «principi» mostra che vi è una tendenza a rileggere e mescolare le dottrine tipiche di un sistema giuridico, come la dottrina dell'effetto diretto, nei termini propri di altre dottrine, nella specie costituzionali. È ciò che è accaduto proprio per le nozioni di «diritti» e «principi» nella Carta, che sono state da alcuni intese utilizzando categorie tipicamente costituzionali tratte dalle esperienze nazionali, da altri considerando fisiologico applicare le dottrine del diritto dell'Unione, in particolare l'effetto diretto. Nel primo senso, per esempio, O. DE SCHUTTER, *Art. 52*, in *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, 405 ss., commentario redatto da un *network* di esperti indipendenti nominati dalla Commissione europea (*EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights*), 2006, in ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf., utilizzando la dottrina degli obiettivi di valore costituzionale del *Conseil Constitutionnel* francese, da cui la distinzione era stata tratta dai redattori della Carta; in giurisprudenza Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, *AMS*, C-176/12, §§48-49, in termini di mandato al legislatore – Conclusioni che costituiscono allo stato il più compiuto tentativo di ricostruzione sistematica della disposizione; come effetto diretto, S. PRECHAL, *Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J. W. DE ZWAAN, J. H. JANS, F. A. NELISSEN (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, 177-184, spec. 178. Per queste dottrine, sia consentito rinviare a A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Napoli, 2017, 156-179.

relazioni esterne ne sarebbero indirettamente compromesse»²⁰. Escludere, dunque, una intera categoria di norme, ossia tutte le norme che siano «principi», dalla diretta applicazione è apparso estraneo alla tradizione europea²¹.

Questa estraneità è confermata dal fatto che la disposizione ha avuto un'applicazione del tutto marginale, in quanto sono innanzitutto i giudici comuni a non farvi riferimento, probabilmente perché sottrae norme alla diretta applicazione, mentre è proprio la diretta applicazione di norme primarie ciò che i giudici cercano per risolvere i casi di specie; inoltre, perché restringe la loro discrezionalità interpretativa. La stessa Corte di giustizia, per parte sua, anche quando vi è stata l'occasione perché espressamente investita dell'interpretazione dell'art. 52, par. 5 Carta, ha evitato con cura di definire in via generale il significato della distinzione tra «diritti» e «principi»²².

Anche guardando al contesto costituzionale interno, questa distinzione non è di facile accettazione, attesa la ormai fisiologica abitudine dei giudici comuni ad applicare direttamente norme di principio, a partire proprio dalle norme

20 S. PRECHAL, *Rights v. Principles*, cit., 177, apre il contributo citando proprio la sentenza *Defrenne II* per dimostrare che l'utilizzo del concetto «principi» per sottrarre alcune norme alla diretta applicazione è contrario al consolidato insegnamento della Corte di giustizia; la nozione di «principi» delle disposizioni finali è definita così un miscuglio indegno anche di un apprendista stregone («Indeed, one may wonder in how far such a brew, unworthy even for a sorcerer's apprentice, will contribute to legal certainty about the justiciability of the Charter's rights, since this is what everything is about», 182). Sempre sull'estraneità della nozione rispetto all'insegnamento della Corte di giustizia e sul suo contrasto con il regime di efficacia dei principi generali del diritto recanti diritti fondamentali, S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, cit., 1506-1507.

21 La difficoltà di individuare cosa siano i «principi» della Carta ai sensi dell'art. 52, par. 5, emerge, d'altra parte, dalla varietà degli argomenti proposti in dottrina e nella scarsa giurisprudenza per definire se una norma della Carta sia un diritto o un principio: argomento letterale relativo alla presenza del termine «diritto» nella disposizione; argomento relativo alla natura del diritto, quale diritto sociale; criterio del bene giuridico tutelato, se una posizione individuale o un interesse generale, connesso o disgiunto all'interpretazione dell'art. 51, par. 1, Carta, secondo cui l'Unione e gli Stati sono tenuti a «rispettare» i diritti e «osservare» i principi e di questi ultimi «promuovono l'applicazione» secondo le rispettive competenze; argomenti strutturali quali l'incompletezza della fattispecie normativa, la presenza della clausola di rinvio ad atti normativi dell'Unione o degli Stati o l'utilizzo della dottrina dell'effetto diretto, dunque assenza di precisione, chiarezza e assenza di condizioni; argomenti funzionali, come la funzione finalistica di mandato al legislatore, desumibile dall'assenza nella disposizione degli elementi sufficienti e necessari per aversi determinazione di un diritto, in particolare le prestazioni oggetto di tutela e i relativi destinatari. Ulteriori argomenti attengono al *locus* delle disposizioni, con una presunzione sulla natura di «principi» per quelle contenute nel titolo IV Carta, *Solidarietà*, alla luce della formulazione affine per contenuto degli enunciati ivi presenti; all'elenco di «principi» contenuti nelle Spiegazioni, che pure, come detto, è del tutto eterogeneo. Vi sono stati argomenti tradizionalmente riferiti alla struttura e alla natura dei diritti sociali, in particolare l'argomento della discrezionalità del legislatore, declinato quale riserva alla determinazione politica della tipologia, del modo, del tempo delle prestazioni e dei relativi destinatari e quale maggior capacità della legge di essere modificata per modulare nel tempo la tutela in funzione della realtà economica e sociale. Infine, l'enunciazione dei «principi» nelle disposizioni finali è stata intesa da parte della dottrina come un modo per ripristinare entro la Carta stessa ciò che si era voluto escludere, la minorità dei diritti sociali rispetto ai diritti civili e politici, rompendo l'indivisibilità dei diritti. Per i puntuali riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza qui sintetizzate, sia ancora consentito il rinvio a A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali*, cit., 156-179, 239-290, 291.

costituzionali²³. In questo senso, approfondendo il tema, ci si è permessi di concludere che la distinzione tra «diritti» e «principi» contenuta nella Carta rievoca uno schema antico, di una Costituzione lontana dal giudice comune, resuscitando un modello di rapporto tra Costituzione, legislatore e giudice assai distante dall'evoluzione del ruolo che la funzione giurisdizionale ha assunto nei rapporti con le carte dei diritti. Il punto è che la nozione di «principi» nelle disposizioni finali della Carta non ha nulla a che fare con il riconoscimento di principi sociali espressivi di un programma vincolante per le autorità pubbliche, dunque di *principi di azione*, come accaduto nelle Costituzioni del secondo Novecento, ma è stata il frutto del periodico ritorno, in una sede di dibattito costituzionale quale fu la Convenzione che scrisse la Carta, di un modello ottocentesco di primazia del legislatore: per porre un argine all'espansione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo, si rivendicò nuovamente la primazia dell'intermediazione legislativa contro l'intervento giudiziale diretto. Il ruolo delle norme sociali di principio come parametro di validità e di interpretazione non venne messo in discussione, essendo evidentemente acquisita la necessità di un legislatore limitato al rispetto dei diritti fondamentali, ma ciò che si volle

22 In linea generale, la Corte di giustizia esita ad applicare le norme sociali della Carta, pur richiamate dai giudici rimettenti per cercare maggiore tutela per le posizioni soggettive controverse rispetto a quella prevista da direttive, non per la distinzione tra «diritti» e «principi» di cui all'art. 52, par. 5, ma per un generale atteggiamento di deferenza verso il legislatore europeo secondario; questo atteggiamento ha coinvolto sia norme della Carta che riguardano diritti soggettivi, come il diritto alle ferie annuali retribuite, sia «principi» come il diritto alla informazione e consultazione dei lavoratori ex art. 27 Carta. A quanto consta, gli unici casi in cui l'art. 52, par. 5, è venuto in gioco sono stati Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 gennaio 2014, *AMS*, C-176/12, §§48-49, sull'art. 27 Carta, e Corte di giustizia, 22 maggio 2014, *Glatzel*, C-356/12, §§74-79, in cui per la prima volta la Corte ha qualificato una disposizione della Carta, l'art. 26, sulla protezione dei disabili, come «principio» ai sensi delle disposizioni finali. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto la validità di una direttiva i cui allegati, contenenti i requisiti minimi di vista per conseguire la patente di guida, erano ritenuti in contrasto con gli artt. 20, 21, par. 1, e 26 Carta, rispettivamente sull'uguaglianza davanti alla legge, sulla non discriminazione fondata sulla disabilità e sull'inserimento delle persone con disabilità. In una motivazione ampia e complessa incentrata sul divieto di discriminazione, il ragionamento dedicato all'art. 26 è molto breve e si fonda sulle sole Spiegazioni alla Carta, senza fornire un criterio distintivo dei «principi» che possa essere utilizzato in futuro per altre disposizioni. Nei lapidari passaggi motivazionali, la Corte afferma che l'art. 26, dovendo essere concretizzato da misure di attuazione, «non può [...] conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile». Questa precisazione era inconferente ai fini della decisione, poiché la Corte non era chiamata a giudicare dell'applicabilità del principio alla controversia da cui originava la questione pregiudiziale e l'art. 26 era invocato come parametro di legittimità della direttiva, funzione propria che l'art. 52, par. 5, gli riserva; la direttiva, inoltre, era espressamente riconosciuta come attuazione del principio, non ponendosi, perciò, alcun problema in ordine all'eventuale estensione dell'oggetto del controllo di validità e di interpretazione ad atti che non siano attuazione diretta del principio. Resta il fatto che in questo *obiter* ai «principi» dell'art. 52, par. 5, Carta è stata associata l'incapacità di produrre diritti soggettivi direttamente azionabili in giudizio. In Corte di giustizia, 4 febbraio 2015, *Marie-Rose Melchior*, C-647/13, la Corte ritiene, in chiusura, che non occorra esaminare la questione sollevata con riguardo all'art. 34, par. 1, della Carta» (§29); nelle relative Conclusioni del 16 ottobre 2014 l'Avvocato Generale Mengozzi definì l'art. 34 «principio» ai sensi dell'art. 52, par. 5, sulla base delle Spiegazioni e in quanto i «principi», ex art. 51, par. 2, e 52, par. 5, «si rivolgono essenzialmente ai pubblici poteri, hanno carattere meramente programmatico (in opposizione al carattere prescrittivo di quelle [disposizioni] che enunciano “diritti”) e richiedono “atti di attuazione”. Per quanto attiene alla possibilità di farle valere in giudizio, esse non creano, almeno in assenza di “mediazione normativa”, diritti a un'azione positiva da parte delle autorità degli Stati membri e possono essere invocate in sede giudiziaria solo quali riferimenti interpretativi o parametri per il controllo di legalità degli atti che procedono alla loro attuazione» (§60).

impedire fu che i diritti sociali fossero maneggiati direttamente dai giudici comuni e utilizzati dalla Corte di giustizia in funzione costruttiva per offrire la regola per il caso²⁴.

Sarebbe stato, perciò, un paradosso che, con l'obiettivo di attrarre a sé il sindacato sui diritti e di far parlare la Costituzione, la Corte costituzionale avesse dato valore a una disposizione, quale l'art. 52, par. 5, Carta, nata per segnare la minorità dei diritti sociali come intera categoria; una disposizione, dunque, che va in senso opposto all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha negli anni contribuito all'effettività, anche giudiziale, dei diritti sociali costituzionali.

Dal punto di vista della certezza del diritto, inoltre, e dunque del principio di eguaglianza, chiedere ad un giudice comune di sollevare questione di costituzionalità quando il parametro è costituito dalle norme della Carta *perché sono principi* avrebbe provocato un fraintendimento. Avrebbe potuto indurre il giudice a credere di doversi interrogare volta per volta sul se la norma della Carta sia un principio o una regola, ponendolo in un labirinto di difficile soluzione. Certamente non tutte le norme della Carta sono espressive di diritti soggettivi. Tuttavia, come è comune in tutto il linguaggio costituzionale, tutte le norme della Carta esprimono *anche* principi e questi principi sono in potenza regole²⁵.

23 Già V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. Vol. 4. *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Varese, 1977, 501 ss., 592-593: «in sostanza, si tratta del tentativo – spesso significativamente riuscito – dei giudici di concorrere all'attuazione della Costituzione non solo nelle sue norme che pongono limiti al legislatore o in genere ai pubblici poteri ma anche al suo contenuto “programmatico”. In questo caso non è nemmeno questione di valutare alla stregua della Costituzione la legittimità o i criteri di interpretazione e applicazione di norme ordinarie: il giudice utilizza direttamente i contenuti e i valori della Costituzione nel risolvere le controversie ad esso sottoposte». Sullo stesso fenomeno, anche C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 149 ss., spec. 161, come evoluzione rispetto alla persistenza nei Costituenti, che pure avevano voluto i principi di una Costituzione lunga, delle concezioni tradizionali in materia di interpretazione giudiziale del diritto e del rapporto tra giudice e legge, dunque sulla dissociazione e contrapposizione tra ordinamento costituzionale e ordinamento legale. Sull'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, E. LAMARQUE, *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice: dalla nascita della Costituzione repubblicana agli sviluppi attuali*, in V. BARSOTTI (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 79-102; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicatività delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011; E. LAMARQUE, *La tutela dei diritti costituzionali in Italia tra Corte costituzionale e giudici comuni (2003-2008)*, in M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *La sostenibilità della democrazia nel XXI Secolo*, Bologna, 2009, 253-280.

24 Anche qui sia consentito il rinvio a A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali*, cit., 410.

25 Osserva A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicatività delle norme*, cit., 14, che la diretta applicabilità, intesa come determinatezza e precisione, non è tanto un carattere strutturale e oggettivo della norma, ma dipende dalle dottrine adottate dal giudice sul proprio ruolo e sul rapporto con gli altri poteri, e in particolare con il potere legislativo, cosicché ciò che in un'epoca storica non sembrava fosse direttamente applicabile ad un tratto lo diventa, perché sono mutati il contesto e le sottese dottrine.

5. (segue) l'effetto diretto

Se le osservazioni esposte sono corrette, se dunque il criterio distintivo adottato dalla Corte costituzionale per esigere il sindacato accentrato è un criterio formale, non ha più significato neppure chiedersi se le norme della Carta abbiano o meno effetto diretto. Come detto, la distinzione tra «regole» e «principi» si innestava come variante proprio nella dicotomia effetto diretto/assenza di effetto diretto. In entrambi i casi si tratta di criteri sostanziali che portano a distinguere le norme caso per caso²⁶.

L'accertamento della efficacia diretta o meno delle norme della Carta non pare più richiesto per accedere al sindacato accentrato. La Corte costituzionale non ha preso esplicita posizione sul fatto che le norme della Carta siano direttamente applicabili. Certamente, tuttavia, il ragionamento adottato dalla Corte è sintomo di un assunto implicito: la Corte intende porre un freno a ciò che espressamente viene definito nella sentenza una «sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge». Dunque l'assunto è che le norme della Carta possono essere dotate di effetto diretto, o meglio che il giudice comune tenda a ritenerle tali, tanto da utilizzarle in luogo della norma interna²⁷. La stessa Corte costituzionale, dunque, sembrerebbe sottintendere che *tutte le norme della Carta* sono suscettibili di diretta applicazione. E proprio il timore di diretta applicazione da parte dei giudici comuni ha condotto a riportare norme potenzialmente direttamente applicabili entro il sindacato accentrato con funzione di parametro interposto. Ma il fatto che la valutazione dell'effetto diretto non sia più necessaria per aversi incidente di costituzionalità è dimostrato dalla considerazione per cui, anche se si concludesse – nel singolo caso di specie – che si tratta di norma della Carta non direttamente applicabile, essa dovrebbe in ogni caso essere portata avanti alla Corte costituzionale come parametro interposto, proprio perché sprovvista di effetto diretto secondo l'insegnamento tradizionale, confermato dalla sentenza n. 269 del 2017.

²⁶ Il criterio dell'effetto diretto distingue la qualità delle norme secondo uno schema strutturale legato alla chiarezza, precisione e assenza di condizioni. Sulla nozione di "effetto diretto oggettivo", come diritto di azione, e "effetto diretto soggettivo", come esercizio del diritto di azione e rivendicazione del connesso diritto sostanziale, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Text, cases and materials*, 5th ed., Oxford, 2011, 180 ss. La dottrina ha osservato che, a partire da Corte di giustizia, *Van Duyn*, 4 dicembre 1974, C-41/74, in Racc. 1974, 1337, la Corte ha esteso l'effetto diretto anche a norme non necessariamente perfette, nel senso di pienamente regolative del caso concreto; così P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalisation of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992 (12), 453 ss., spec. 470. Sulla base di queste considerazioni, altra dottrina ha proposto di superare la concezione ortodossa dell'effetto diretto, limitandolo al solo l'effetto demolitorio della norma interna contrastante e lasciando al giudice *a quo* la valutazione del tipo di reazione giuridica che ne consegue, compresa la scelta della norma sostitutiva per la soluzione del caso: S. PRECHAL, *Does Direct Effect still Matter?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1047 ss., spec. 1059, 1064.

²⁷ In questo senso, ci pare di poter dire, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit., 6, intende nel titolo che le norme della Carta siano autoapplicative, ma nel contributo afferma espressamente che: «Non importa, dunque, ora stabilire se una norma della Carta dell'Unione sia, o no, autoapplicativa».

Davvero, dunque, ai fini dell'accesso al sindacato incidentale non conta più interrogarsi sul carattere direttamente applicativo o meno della norma della Carta, perché in tanto in quanto viene in gioco la Carta, occorre rivolgersi alla Corte costituzionale. Non si vuole con questo dire che i caratteri strutturali e funzionali delle singole norme non siano rilevanti ai fini del giudizio di merito sul contrasto con la norma interna, che si modulerà diversamente in dipendenza della singola norma invocata come parametro. Si vuole, invece, dire che *ai fini dell'accesso al sindacato accentrato* la Corte sembra aver opportunamente abbandonato criteri sostanziali, riferiti alla qualità della posizione giuridica tutelata, come alla struttura delle norme, quali l'effetto diretto o la distinzione tra «regole» e «principi» o tra «diritti» e «principi».

In definitiva, pare di poter dire che la Corte costituzionale usi un argomento sostanziale per giustificare il ritorno al sindacato accentrato, riferendosi alla natura "materialmente" costituzionale del contenuto della Carta, ma al giudice comune chieda di ragionare secondo un criterio formale, legato alla fonte entro cui le sfere di interessi che vengono in rilievo sono contenute. Con il nuovo schema, dovrebbero essere portate alla Corte costituzionale tutte le questioni che involgono diritti, principi, beni, interessi che trovano parimenti tutela nella Carta e nella Costituzione italiana. Ciò che è contenuto nella fonte Carta europea, dunque, è lo spazio e il limite entro cui far operare il nuovo schema di giudizio, purché nelle materie rilevanti per il diritto dell'Unione²⁸.

Così facendo, la Corte costituzionale si è distinta dalla Corte di giustizia, perché ha implicitamente riconosciuto che le norme in materia di diritti fondamentali sono dotate tutte di un potenziale autoapplicativo²⁹. La Corte di giustizia, invece, si è mostrata restia a definire quali norme della Carta europea abbiano o meno capacità autoapplicativa, in particolare per ciò che attiene alle norme di protezione sociale, finendo per valutare caso per caso il loro carattere di effetto diretto³⁰.

Il testo della Carta, dunque, è il criterio-guida utile al giudice rimettente per chiarire quando aprire l'incidente di costituzionalità. Questo criterio potrebbe

28 Resta ferma, infatti, allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento europeo, la separazione tra norme sui diritti contenute nella Carta – parametro negativo di validità e interpretazione di atti dell'Unione e degli Stati che entrano nel "cono d'ombra" del diritto europeo – e norme competenziali contenute nei Trattati, uniche in grado di fondare l'esercizio di nuovi poteri normativi da parte degli organi dell'Unione. Sul punto di seguito nel testo.

29 Il potenziale autoapplicativo delle norme costituzionali è dimostrato nell'esperienza costituzionale italiana dallo strumentario decisionale adottato dallo stesso giudice costituzionale, a partire dalle sentenze interpretative; cfr. nota 23. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicatività delle norme*, cit., 66-67, osserva che la tendenza a ritenere i diritti come norme direttamente applicabili costituisce un elemento unificante tra diversi contesti ordinamentali e risiede nell'esigenza che i diritti, invocati in sede giurisdizionale, siano assicurati nel loro contenuto minimo e non siano lasciati al rischio di inerzia del legislatore che ometta di dare loro attuazione.

30 Il riferimento è a Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 gennaio 2014, *AMS*, C-176/12, in cui l'art. 27 Carta sul diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori è stato ritenuto privo di effetto diretto.

apparire problematico sul versante “esterno”, al di fuori della Carta. Numerose fonti di diritti fondamentali, infatti, non si trovano solo nella Carta, ma anche nelle norme dei Trattati o in principi generali del diritto, la cui esistenza è confermata ancora oggi dall’art. 6, par. 3, TUE³¹. Ma il criterio formale riferito alla fonte - Carta ha l’indubbio pregio, a nostro avviso prevalente, di identificare un parametro chiaro per il giudice rimettente: il contrasto con ciò che sta nella fonte Carta deve essere giudicato dalla Corte costituzionale. Ci sarà spazio, un domani, per precisare i termini di questo nuovo schema, estendendolo a diritti che derivano da disposizioni primarie dei Trattati o da norme non scritte.

6. L’autoapplicatività della Carta e il principio di attribuzione

Un’ulteriore notazione attiene ancora al carattere cosiddetto autoapplicativo della Carta sotto un altro profilo, che forse è il più complesso. Lo spazio e il limite della Carta hanno una forza attrattiva anche verso la normazione subordinata. Può darsi il caso che il giudice comune si trovi ad applicare una norma di regolamento che costituisce espressione o che sia comunque riconducibile a un diritto della Carta. Se la norma è dotata di effetto diretto, viene da chiedersi se il giudice sia tenuto a sollevare questione di costituzionalità, oppure debba continuare a non applicare la norma interna dando applicazione al regolamento, perché è quella la fonte della norma direttamente regolativa della fattispecie. A nostro avviso, il giudice sarà tenuto a sollevare questione pregiudiziale se il profilo di contrasto tra la norma interna e il regolamento tradisce in realtà un profilo di contrasto tra norma interna e Carta – e fermo restando che l’interpretazione del regolamento alla luce della Carta dovrebbe restare oggetto di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Si comprende, allora, che la nuova tipologia di sindacato introdotta come “eccezione” rispetto al meccanismo della non applicazione, che permane come schema generale per le norme dotate di effetto diretto, è in grado di trascinare con sé nel parametro interposto anche le norme secondarie del diritto dell’Unione.

Per vero, la presenza o l’assenza di un atto normativo dell’Unione riconducibile alla Carta può essere determinante su un altro, diverso, piano, ossia per individuare l’esistenza di elementi di collegamento tra la fattispecie concreta e il diritto europeo, dunque per delimitare il confine delle competenze attribuite, ai sensi dell’art. 51 Carta e dell’art. 6, par. 1, TUE. Il nuovo schema dell’incidente di costituzionalità è applicato, infatti, dalla Corte costituzionale soltanto «in ambito di rilevanza comunitaria», e resta questo l’elemento di più complesso accertamento per lo stesso giudice comune. Sotto questo profilo, le disposizioni

³¹ La stessa Carta prevede una compenetrazione con i Trattati ove, all’art. 52, par. 2, stabilisce che: «I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti». Vero è che la Corte di giustizia, e ancor prima i giudici comuni, prediligono invocare le norme dei Trattati, per esempio gli artt. 18 TFUE, sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità, e 21 TFUE sulla libera circolazione e soggiorno del cittadino europeo, rispetto ai medesimi diritti garantiti dagli artt. 21, par. 2, e 45 Carta.

della Carta non paiono di per sé sole sufficienti a creare un nesso di collegamento con le fattispecie concrete, tale da attrarle nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

La dottrina ha posto in luce che nelle *Raccomandazioni ai giudici nazionali relative alla presentazione di domanda pregiudiziale* pubblicate nel novembre 2016 – un atto di *soft law* che si accompagna al Regolamento di procedura dotato di efficacia giuridica – si legge che: «Per quanto concerne i rinvii pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, occorre ricordare che in forza dell'articolo 51, paragrafo 1, della stessa, le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Sebbene le ipotesi di una siffatta attuazione possano essere diverse, è tuttavia necessario che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulti in maniera chiara e inequivoca che *una norma di diritto dell'Unione diversa dalla Carta è applicabile nel procedimento principale*. Posto che la Corte non è competente a statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale se una situazione giuridica non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, *le disposizioni della Carta eventualmente richiamate dal giudice del rinvio non possono giustificare, di per sé, tale competenza*» (corsivo nostro)³².

Dal punto di vista del giudice comune e della Corte costituzionale, l'esistenza di una norma secondaria di attuazione è dunque rilevante innanzitutto quale indicatore per comprendere se la fattispecie rientri o meno nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Ma se così è, è ancora più probabile che l'eventuale contrasto di una norma interna con la Carta emerga quando c'è anche un atto di diritto derivato, e dunque che l'atto di diritto derivato sia anch'esso attratto nel parametro del sindacato accentrato.

Non si ritiene, in sintesi, che le fattispecie del nuovo schema introdotto dalla Corte costituzionale si esauriscano nei casi in cui la Carta è autoapplicativa, per la ragione sostanziale per cui tutte le norme della Carta sono potenzialmente autoapplicative, ossia suscettibili di esprimere una regola per il caso, e per la ragione formale per cui la Corte costituzionale pare aver ripristinato il sindacato

32 Nel testo si riporta il §10 della *Raccomandazione all'attenzione dei giudici nazionali*, pubblicata nella sezione Comunicazioni e informazioni in GU C 439 del 25 novembre 2016, contenuto nel paragrafo *L'oggetto e la portata della domanda pregiudiziale*. L'osservazione è messa in evidenza da C. Tovo, *Constitutionalizing the Court of Justice of the EU? The Role of Structural and Procedural Reforms*, 7, paper presentato a IACL-International Association of Constitutional Law workshop *Constitutional Adjudication within the Composite European Constitution*, LUISS University, Roma, 4-6 maggio 2017, in corso di pubblicazione in *Italian Journal of Public Law*, n. 1 del 2018. Già G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, cit., 6, richiamando l'orientamento di Corte di giustizia, *Cinéthèque*, 11 luglio 1985, C-60 e 61/84, in Racc. 1985, 2605, §26, e *Demirel*, 30 settembre 1987, C-12/86, in Racc., 1987, 3719, §28, secondo cui i diritti fondamentali vincolano gli Stati che agiscono «nel quadro del diritto comunitario», riteneva la Carta rilevante per le attività statali «purché la materia sia in effetti regolata dalla normativa comunitaria». Sembrava già, dunque, necessaria l'interferenza non soltanto con una materia astrattamente attribuita alle competenze all'epoca comunitarie, ora dell'Unione, anche non normata, ma con una competenza che sia stata oggetto di normazione in concreto, anche se l'atto statale non è stato adottato per darvi specifica esecuzione.

accentrato ogniqualvolta viene in gioco una norma della Carta, sia essa espressiva di una regola o di un principio, come di un diritto soggettivo o di un interesse generale. Non si ritiene, su un diverso piano, che per aversi questione di costituzionalità la Carta debba essere il solo parametro in contrasto con la legge interna, poiché, per le ragioni esposte, è assai probabile che una norma di intermediazione dotata di effetti diretti vi sia, tale da rendere la questione rilevante per il diritto europeo.

7. L'ordine di esame dei vizi di costituzionalità e la necessità di dare sostanza costituzionale alla Carta

Due ultime considerazioni. L'esigenza principale espressa dalla Corte costituzionale è innanzitutto quella di dare voce alla Costituzione e di costruire un tessuto di tradizioni costituzionali comuni che sia tenuto in considerazione nell'interpretazione della Carta³³. Può, perciò, ipotizzarsi che la Corte costituzionale non intenda necessariamente pronunciarsi sulla violazione della Carta, e dunque sulla sua necessaria previa interpretazione. Prova né è un inciso dedicato all'ordine di esame dei vizi di legittimità costituzionale. Mentre nel descrivere il sindacato accentrato già esistente per le norme non dotate di effetto diretto la Corte si è premurata di ricordare che la violazione delle regole di competenza interna è preliminare al controllo del rispetto dei principi comunitari, nello schema nuovo relativo alla violazione di diritti fondamentali la Corte ha riaffermato la propria libertà di scelta nell'esame dei vizi «secondo l'ordine di volta in volta appropriato»: la Corte giudicherà «dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex art. 11 e 117 Cost.)»³⁴. La preoccupazione principale, dunque, è dare voce alle norme costituzionali e la Carta avrà voce solo eventualmente, se serve.

Resta il fatto che proprio attraverso il sindacato accentrato di costituzionalità, come veicolo di identificazione e definizione delle tradizioni costituzionali, potrebbe venire data sostanza alle norme di protezione sociale della Carta che la Corte di giustizia si è dimostrata molto parca nell'applicare, prediligendo nettamente l'applicazione delle direttive in cui quei diritti già vivevano con rango legislativo. Proprio in materia di norme sociali, la sovrapposizione e l'interferenza con le norme costituzionali potrebbe dare alle norme sociali della Carta quel tratto "costituzionale" che la Corte di giustizia fatica a riconoscere, tendendo a privilegiare la normativa del legislatore europeo secondario.

** Ricercatrice, Area di Ricerca Scientifica e Tecnologica-Area Science Park, Trieste.

33 L'esigenza di dire «la prima parola» è evidente nel momento in cui la Corte afferma di voler assicurare che i diritti garantiti dalla Carta «siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni, pure richiamate dall'art. 6 Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito», 5.2. *Cons. dir.*, terzo periodo.

34 Punto 5.2. *Cons. dir.*, terzo periodo.