

Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

GINO SCACCIA**

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

Data della pubblicazione sul sito: 25 agosto 2021

Suggerimento di citazione

G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il contributo rielabora e integra la relazione tenuta al Convegno “*La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Seminario di studi a vent'anni dalla proclamazione della Carta di Nizza*”, svoltosi presso l'Università statale di Milano l'11 dicembre 2020. L'autore ringrazia le curatrici degli Atti del Convegno, professoressa Marilisa D'Amico, Chiara Amalfitano e Stefania Leone, per aver consentito l'anticipata pubblicazione in questa sede.

** Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli studi di Teramo. Indirizzo mail: gscaccia@unite.it.

1. Prologo

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

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

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

A premessa maggiore di questo sillogismo sta il dato incontrovertibile che le norme di diritto europeo, *in primis* i Trattati, prevalgono sulle concorrenti

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

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

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

disposizioni nazionali, salvo il limite dei principi supremi, ed affermano il proprio primato o attraverso l'invalidazione della norma nazionale incompatibile oppure nella forma della *non*-applicazione del diritto interno, e ciò a seconda che il diritto UE sia o meno munito di effetto diretto⁴.

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

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

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

⁴ L'indirizzo accolto dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza Granital n. 170 del 1984 è nel senso che la diretta applicazione non produce la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso oggetto della sua cognizione. Si è precisato nella sentenza n. 168 del 1991 che in questi casi, a rigore, dovrebbe parlarsi di «"non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti)». L'attributo della diretta applicabilità è stato, come noto, riconosciuto dapprima ai regolamenti (sentenza n. 170 del 1984), quindi alle pronunce rese dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (sent. n. 113 del 1985) e di giudizio di condanna (sentenza n. 389 del 1989), nonché alle direttive dettagliate (sentenza n. 64 del 1990).

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

⁶ Conformemente alla regola del *plus* di tutela affermata dalla stessa Corte costituzionale fin dalle sentenze nn. 311 e 317 del 2009. In quest'ultima si legge che «*Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve*

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

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

derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali» (Considerato in diritto punto 7).

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

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

quale che ne sia il grado di forza giuridica⁹. E tuttavia il «dato assiomatico»¹⁰ della *primauté*, nell'ottica del costituzionalista, deve misurarsi con la *ratio essendi* del sindacato accentrato, il quale, come impedisce al giudice comune di estendere a fattispecie diverse da quelle scrutinate dalla Consulta la *ratio decidendi* di sentenze di illegittimità costituzionale¹¹, così implica il divieto per ogni giudice di applicare direttamente, ma anche di *disapplicare* norme di rango costituzionale. Più precisamente, impedisce al giudice comune di estromettere dal suo percorso argomentativo norme costituzionali enuncianti diritti inviolabili e principi istituzionali-organizzativi qualificabili come supremi¹². Principi fra i quali un posto

⁹ Chiarissima al riguardo la sentenza della Corte di giustizia 9.3.1978, C-106/77, Simmenthal, punto 17: «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie». Che impedire la valida formazione di un atto interno non equivalga a riconoscerne la nullità-inesistenza è precisato dalla stessa Corte di giustizia nella sent. 22.10.1998, C-10-22/97, Ministero delle Finanze c. Incoce, punto 18 ss.

¹⁰ Come lo definisce C. BLUMANN, *Querelles internes*, in E. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Emile Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 93-112. Il primato del diritto dell'Unione è stato sancito in modo stentoreo anche nei confronti delle norme nazionali aventi rango costituzionale nella sentenza 17.12.1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3: «il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato». In termini sostanzialmente analoghi, fra le molte, v. sentenze 26.2.2013, C-399/11, *Melloni*, punti 59-60; 4.2.2016, C-336/14, *Sebat Ince*, punto 53; 8.9.2010, C-409/06, *Winner Wetten c. Burgmeisterin der Stadt Bergheim*, punto 69; 19.6.1990, C-213/89, *The Queen e Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e a.*, punto 18; 24.1.2013, C-186/11 e C-209/11, *Stanleybet International e a.*, punto 38.

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

¹² A partire dalla sent. n. 183/1973, *Cons. dir.*, punto 9, la Corte costituzionale ha affermato che «in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate»; ha escluso che siffatte limitazioni possano conferire agli organi comunitari «un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana» e ha concluso che «in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia

eminente spetta all'art. 134, che situa il sindacato di costituzionalità “a fondamento dell'architettura costituzionale”¹³.

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

Per poter cogliere pienamente i termini di questo rapporto intrinsecamente dialettico, è necessario ricostruire la relazione che intercorre fra Carta e Costituzione sul piano della dogmatica delle fonti. Ciò consentirà di apprezzare la differenza ontologica fra la CDFUE e le “comuni” norme di diritto euro-unitario e di argomentare la tesi che con la linea giurisprudenziale inaugurata dalla sentenza 269 del 2017¹⁵, la Corte costituzionale, lungi dallo smentire gli assunti della sentenza Granital, che poggiava su presupposti profondamente diversi, abbia in realtà cercato – forse con qualche timidezza – di richiamare i giudici comuni

del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali».

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

¹⁴ Si vedano, per tutte, CGUE, C-414/16, *Egenberger*, dove si dichiara l'effetto diretto (anche orizzontale) dell'art. 21 della Carta di Nizza con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, nonché C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft*, dove si riconosce l'effetto diretto (anche in tal caso orizzontale) dell'art. 31, par. 2, della Carta sul diritto alle ferie annuali retribuite. Sull'effetto diretto orizzontale ancora CGUE, *ante Cartam*, sentenze 22.10.2005, C-144/04, *Mangold*, e, *post Cartam*, sempre con riferimento all'art. 21, sentenze 19.1.2010, C-555/07, *Kucukdeveci*, punto 51 e 18.9.2017, C-409/16, *Kalliri*.

¹⁵ L'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza sopra citata è stato, come noto, in parte precisato nella successiva sentenza n. 20/2019, nella quale il giudice costituzionale ha avuto cura di chiarire che, ferma restando la “prima parola” spettante alla Corte costituzionale nel caso in cui rilevi il rango costituzionale della questione oggetto del giudizio, nulla vieta che «i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (*Considerato in diritto* 2.3). Di mero schiarimento si tratta, più che di una correzione del precedente indirizzo, giacché il passaggio appena citato era già contenuto nella stessa sentenza n. 269, sebbene ivi richiamato per il tramite di una citazione della giurisprudenza euro-unitaria alla quale la Corte costituzionale, evidentemente, mostrava di aderire.

all'osservanza delle logiche che presiedono alla tutela accentrata dei diritti radicati nella Costituzione, senza con ciò pregiudicare i poteri e le attribuzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁶.

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

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

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

¹⁶ Si veda, al riguardo, la sentenza n. 11/2020, nella quale la Consulta pare ribadire non solo il monopolio interpretativo in ordine alla Carta costituzionale ma anche la crucialità del vaglio di legittimità costituzionale nel caso in cui vengano in rilievo, quali norme interposte, le disposizioni del diritto dell'Unione, precisando, altresì, che «qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, «questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione» (ex plurimis, sentenza n. 63 del 2019)» (Considerato in diritto 3.4).

¹⁷ Corte cost., sent. 170/1984, punto 4 Cons. dir.

Se ci si colloca dal punto di vista del diritto nazionale, dunque, l'incompetenza assoluta della norma interna al cospetto di quella euro-unitaria risulta evenienza teoricamente inaccettabile, almeno fin quando la "dottrina dei controlimiti" non si dissolverà per l'incorporazione della Costituzione italiana in una futuribile Costituzione federale europea¹⁸. Resta, infatti, fermo che il trasferimento agli organi dell'Unione del potere di emanare norme giuridiche in relazione a determinate materie non comporta la «radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria»¹⁹. Lo schema competenziale che governa le relazioni fra diritto interno e comunitario non è, difatti, quello della separazione-esclusione, vale a dire della riserva esclusiva e astratta di competenza (da cui consegue un effetto preclusivo necessario e assoluto a carico della fonte interna, inabilitata a porre qualsivoglia disciplina nell'ambito riservato alla fonte competente), ma piuttosto quello della *preferenza* per la fonte comunitaria, da valutare in concreto, rispetto al contenuto dell'atto. Può dirsi allora, meglio precisando, che all'Unione europea spetta una potestà regolativa abilitata a circoscrivere la corrispondente competenza nazionale attraverso positivi e concreti interventi normativi. Il vincolo gravante sul diritto nazionale non è, dunque, *necessario e a priori*, ma *eventuale e a posteriori*. «Tanto ciò è vero» – come è stato autorevolmente osservato – «che, fino a concreta emanazione delle norme comunitarie, la competenza nazionale rimane intatta e piena e, successivamente, viene, pro parte, a cadere o ad essere circoscritta in misura corrispondente allo 'spazio' normativo occupato dalla norma comunitaria»²⁰.

La disciplina dell'Unione è autorizzata a conformare l'ambito di competenza della legge nazionale, a delimitarne i contorni e, simmetricamente, la norma nazionale esplicantesi in una sfera sottratta alla propria competenza da un positivo e concreto intervento comunitario deve considerarsi, puramente e semplicemente, incompetente. Un'incompetenza, tuttavia – giova ribadirlo – che non discende mai da un *difetto in astratto* di potestà legislativa, ma risulta sempre dall'incompatibilità dispositiva, originaria o sopravvenuta, con una norma di diritto UE²¹. L'antinomia

¹⁸ In senso critico rispetto ad alcune pronunce della Corte di cassazione che sembravano voler considerare obsoleta e ormai priva di plausibilità scientifica la dottrina dei controlimiti, G. SCACCIA, "Rottamare" la teoria dei controlimiti? in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, pp. 141 ss.

¹⁹ Così, Corte cost., sent. 232/1975, punto 6 *Cons. dir.*

²⁰ F. MODUGNO, *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee? (Variazioni critiche e ricostruttive)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 924.

²¹ Sulla nozione di difetto in astratto di funzione legislativa e sulla correlazione tra riserva astratta di competenza ed effetto preclusivo a carico della fonte non riservataria, si permetta di rinviare a G. SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa*

fra norme interne ed euro-unitarie è sciolta, infatti, senza eliminare uno dei termini della relazione di incompatibilità. La norma interna, inapplicabile nell'area di sovrapposizione con la norma comunitaria, ovvero nello spazio in cui norma nazionale ed unionale sussumono identiche fattispecie, riconducendo ad esse effetti diversi, conserva integra la sua validità ed efficacia «fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria»²² e torna a riespandersi agli ambiti ad essa sottratti quando la normativa dell'Unione sia eventualmente rimossa o modificata. In questo specifico senso suole dirsi che la *primauté* del diritto dell'Unione non si esprime in una prevalenza gerarchica o di validità (*Geltungsvorrang*), ma solo in una priorità nell'applicazione (*Anwendungsvorrang*)²³. Con la rilevante conseguenza che il diritto europeo autoapplicativo non provoca alcun effetto estintivo o modificativo sul diritto nazionale²⁴, e che le norme euro-unitarie operano semplicemente come condizione risolutiva (quando sopravvengano) o sospensiva (quando precedano) dell'efficacia di norme interne insistenti sullo stesso campo materiale²⁵.

L'inefficacia della disciplina nazionale è apprezzata in concreto; quasi mai è raffigurabile come rapporto *fra disposizioni*, una sola delle quali promanante dal soggetto investito della titolarità formale del potere di adottarla, ma assume correntemente la forma di un'incompatibilità *fra norme*. La rilevazione dell'effetto

residuale delle Regioni, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, Ancora in tema di rapporti Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V della Parte II della Costituzione*, IV, Jovene, Napoli, 2008, pp. 113 ss., ove si ragiona dei caratteri propri delle competenze esclusive statali di cui al secondo comma dell'art. 117 Cost. e le si raffronta con le competenze residuali delle Regioni.

²² In questi termini, Corte cost., sent. n. 170/1984, *Cons. dir.*, p. 5.

²³ Così H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebrek Ek, Tuebingen, 1972, p. 288. La nozione di *Anwendungsvorrang* come evidenza C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008 è stata assunta come cifra ricostruttiva del rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale tedesche (133, nt. 25), nonché da ulteriori Paesi europei (134-140 e ivi ampi riferimenti bibliografici). C. GAUTRON, *La communauté doctrinale*, in F. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, cit., pp. 21 ss., 26-27 esprime l'avviso che, in base alla dottrina della "primauté interne" la scelta dei modi in cui si esprime la primazia del diritto dell'Unione non sia espressione delle prerogative sovrane degli Stati membri, «*mais seulement de leur autonomie procédurale dans l'application et l'exécution des normes communautaires*».

²⁴ Corte cost., sentt. nn. 389/1989 nonché n. 168/1991.

²⁵ La "non applicazione", non dispiiegando alcun effetto sull'esistenza della norma nazionale, non fa venire meno l'esigenza «che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie» (vedi Corte cost., sentt. nn. 389/1989 e 94/1995. V. anche l'art. 9, comma 1, lett. a) legge 4 febbraio 2005, n. 11.

preclusivo a carico della legislazione nazionale non procede, perciò, dalla norma attributiva di competenza, ma prevede, come suo passaggio logico ineludibile, l'esame contenutistico dell'atto di esercizio della competenza. Da questo dovrà desumersi se il fine che anima la disciplina europea sia l'armonizzazione totale o parziale delle normative nazionali. Se essa sia capace, in altri termini, di occupare integralmente o solo in parte un determinato campo materiale²⁶.

Nella cornice sistematica così sommariamente illustrata si inserisce il celebre passaggio della sentenza n. 269 del 2017 in cui la Consulta, in un'ottica assiologico-sostanziale, ha riconosciuto alla Carta di Nizza – dopo il Trattato di Lisbona – valore giuridico “tipicamente costituzionale”²⁷. Una qualificazione più che giustificata. La forza giuridica degli atti dell'ordinamento europeo, infatti, non discende da loro connotati formali, cioè dai modi di produzione, ma deriva dalla loro struttura nomologica, vale a dire dai contenuti precettivi (l'esempio delle direttive dettagliate è al riguardo paradigmatico). Il sistema delle fonti normative non è, di conseguenza, ordinabile secondo un'astratta gerarchia formale, costruita sulla base dell'equivalenza tra *forza e forma* dell'atto, ma piuttosto alla stregua di una “gerarchia di contenuti” (come l'ha definita Vezio Crisafulli in pagine insuperate²⁸), ove il valore della fonte, a prescindere dal suo procedimento di formazione, è dato dalla capacità di imporre condizioni procedurali o limiti sostanziali ad altre fonti, che per ciò stesso ne risultano subordinate. È agevole a questo punto comprendere perché la Carta si discosti nettamente dalle “comuni” norme europee e si collochi al vertice della scala gerarchica delle fonti dell'Unione, situandosi al di sopra degli stessi Trattati. I diritti in essa enunciati impongono in effetti un vincolo teleologico e un limite di contenuto a tutte le istituzioni e tutti agli atti di diritto UE, senza eccezione alcuna, potendo per essi fungere da parametro. Seppure, dunque, la CDFUE non è norma costituzionale nella forma, essa lo è per la sostanza dei suoi contenuti precettivi. Per questo non è azzardato considerarla la “Costituzione dei diritti” dell'Unione, che concorre con le

²⁶ In questi termini può essere interpretata la scelta del Trattato di Lisbona di non riprodurre l'art. 1-12 del “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa”, che descriveva in modo perentorio l'effetto di preclusione astratta operante a carico della legislazione degli Stati membri nelle materie assegnate alla competenza esclusiva dell'Unione. Esso infatti prevedeva «Quando la Costituzione attribuisce all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per attuare gli atti dell'Unione».

²⁷ Così, A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, 13 maggio 2019, p. 245.

²⁸ V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, pp. 779 ss.

corrispondenti previsioni delle Costituzioni nazionali e si raccorda – nei modi previsti nell’art. 53 della medesima Carta – con l’altro testo materialmente costituzionale preordinato alla garanzia dei diritti fondamentali: la Convenzione europea dei diritti dell’uomo²⁹.

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

Al riguardo, la Corte costituzionale ha osservato che si pone un problema di concorrenza di tutele con “trattati internazionali sui diritti umani, che vincolano il potere legislativo statale e regionale ai sensi e nei limiti di cui all’art. 117, primo comma, Cost.” solo in quanto tali trattati siano assunti come parametri interposti, “potendo altrimenti essere utilizzati soltanto quali strumenti interpretativi delle corrispondenti garanzie costituzionali”³⁰. Il riferimento è alla CEDU, che – al pari della Carta di Nizza – reca norme costitutive di obblighi internazionali di caratura costituzionale; e appresta riconoscimento a diritti che sovente si sovrappongono parzialmente o integralmente a quelli enunciati in Costituzione, con il rischio di asimmetrie di tutela³¹. CEDU e Carta dei diritti non ricevono però, com’è risaputo, il medesimo trattamento giuridico. Secondo i principi enunciati nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, infatti, le ipotesi di violazione della CEDU (siano o meno congiunte a corrispondenti violazioni della Costituzione) non danno luogo alla disapplicazione diretta della norma interna confliggente, ma confluiscono nel giudizio di legittimità costituzionale; sono quindi riassorbite in una medesima *quaestio legitimitatis* per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost.³². Il filtro del

²⁹ Sul rapporto tra le due Carte si veda I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi*, n. 19/2020.

³⁰ Sentenza n. 62 del 2021; sentenze n. 102 del 2020 e n. 120 del 2018, ove si specifica che, quando non al di fuori del meccanismo della norma interposta, i trattati potendo altrimenti essere utilizzati soltanto quali strumenti interpretativi delle corrispondenti garanzie costituzionali.

³¹ Come ben evidenziato, tra le altre, nella notissima sentenza n. 264/2012, nella quale la Corte costituzione pone l’accento sulle peculiarità del sindacato svolto dalla Corte EDU, la quale, operando al di fuori del circuito politico degli singoli Stati, è chiamata ad assicurare la tutela dei diritti di volta in volta in considerazione «*in modo parcellizzato*», contrariamente a quanto richiesto al giudice costituzionale, tenuta a garantire che «*la tutela dei diritti fondamentali [sia] sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*» (*Considerato in diritto* 4.1).

³² La questione di costituzionalità si pone dunque come un «*possibile completamento dell’operazione di adeguamento dell’ordinamento interno alla CEDU*», che si compie in

giudizio incidentale, riflesso del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»³³, media il confronto fra i due parametri (nazionale e convenzionale)³⁴, e scongiura la disapplicazione diretta della legge da parte dei giudici comuni, e quindi l'elusione del meccanismo di sindacato accentrato. Se però alla Carta dei diritti si riconosce effetto orizzontale diretto, la disapplicazione del diritto nazionale con essa incompatibile e la conseguente elusione del giudizio incidentale diventano più che probabili. Perché la Carta venga in rilievo in un giudizio e sia applicabile da parte di un giudice comune occorre, in effetti, che si realizzi una sovrapposizione di tutele non astratta, ipotetica, ma reale, concreta, e pertanto suscettibile di dare luogo all'applicazione di due differenziate *regulae iuris* alla medesima fattispecie. Tecnicamente, si realizza in questo caso un *concorso alternativo* fra norme: una norma ricavata da una previsione della Carta e una norma desunta da un enunciato costituzionale. L'applicazione giudiziale diretta alla fattispecie di una norma della CDFUE si risolve perciò nella *non applicazione* dell'omologa disposizione costituzionale che il giudice assume violata e che dovrebbe porre a parametro di una questione incidentale di costituzionalità, a ciò vincolandolo il principio di soggezione alla legge di cui all'art. 101, secondo comma, in connessione sistematica con l'art. 134 Cost., che affida a un giudice unico e centralizzato l'applicazione diretta e l'interpretazione ultima delle disposizioni di rango costituzionale. Con ciò logicamente escludendo che il giudice comune possa applicare come pure dis-applicare in via diretta norme costituzionali senza interpellare la Corte costituzionale.

prima battuta nelle forme ed entro i limiti in cui lo consenta l'interpretazione conformativa (così sentenza n. 25/2019, *Considerato in diritto* 13)

³³ Sentenze n. 49/2015 (*Considerato in diritto* 4) e n. 25/2019. Osserva efficacemente R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 26 marzo 2015, p. 188, che, nella difficile operazione di bilanciamento cui sarà chiamato, il giudice comune dovrà tenere «sul suo scrittoio la Costituzione, la CEDU e le Carte che tutelano i diritti fondamentali, avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani».

³⁴ Significativa al riguardo è la sentenza da ultimo citata (Corte cost. n. 25/2019), nella quale si afferma che la Corte costituzionale è chiamata a verificare che il bilanciamento da svolgersi, in una prospettiva generale, tra i diversi principi costituzionali in rilievo non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente – rispetto a quella da compiersi in ordine all'accertamento della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU.

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

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

a. Quanto al primo profilo, mi permetto solo alcuni rilievi rispetto alla relazione di Lorenza Violini, che ha mostrato già la scivolosità del criterio fondato sulla partizione fra diritti e principi³⁵.

Secondo le *Spiegazioni* all'art. 52 della Carta i principi non danno luogo "a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri". Sembra con ciò volersi dire che le posizioni soggettive riconducibili a formulazioni della Carta recanti principi non si traducono in pretese direttamente azionabili in sede giurisdizionale, cioè nei rapporti orizzontali, ma possono semmai venire in rilievo in via indiretta, come condizioni di validità delle norme nazionali con esse incompatibili. I 'diritti' sarebbero dunque dotati di effetto orizzontale diretto, i principi no. Su questa base dovrebbero poter essere nettamente distinte le disposizioni che entrano in *concorso alternativo* con le norme costituzionali (*ergo* con il sindacato accentrato) in quanto direttamente applicabili dai giudici comuni, e quelle che, non essendo dotate di diretta applicabilità, integrano il parametro interposto di costituzionalità e sono perciò riassorbite nel giudizio incidentale. Sennonché il descritto criterio di riparto è generalmente considerato fonte della più vasta ambiguità. Per limitarci solo alle voci più critiche, la distinzione fra diritti e principi è stata definita "oscura e imprevedibile"³⁶, giuridicamente "irrilevante"³⁷, "priva di fondamento e

³⁵ L. VIOLINI, M. GENNUSA, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra principi e diritti?*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno di Milano richiamato nelle note. Ringrazio le autrici per avermi reso disponibile una versione provvisoria del contributo.

³⁶ D. ANDERSON, C.C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, *EUI working paper* n. 2011/08, p. 6, ora in *The Charter of Fundamental Rights*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 160-162 definisce la distinzione fra diritti e principi "inconsistent".

³⁷ S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2014, pp. 1505-1507.

incoerente”³⁸, addirittura un “miscuglio indegno anche di un apprendista stregone”³⁹. E l’enumerazione potrebbe proseguire a lungo.

Soprattutto opinabile è la tesi che diritti costituzionali fondamentali, nei termini generalissimi e ‘universali’ in cui sono fraseggiati nella Carta, ossia in un documento dotato di carattere dichiaratamente costituzionale, possano essere dotati di diretta efficacia. Se con questo vuole intendersi che i diritti si traducono normativamente in regole capaci di impadronirsi di una fattispecie somministrando per essa una regola dettagliata e precisa, tanto da prendere il posto della corrispondente e concorrente regola nazionale, ebbene la produzione di questo specifico effetto appare contraria alle più accreditate teorizzazioni sulla struttura normativa delle prescrizioni enunciative diritti fondamentali. Ci viene in soccorso, in particolare, l’autorità di Robert Alexy. Il teorico tedesco, nella sua monumentale *Theorie der Grundrechte*, dopo aver dimostrato che i diritti fondamentali assumono la forma normativa di enunciative di principio, li qualifica come «*precetti di ottimizzazione relativi a possibilità giuridiche e normative*»⁴⁰. Si vuole dire con ciò che essi aspirano, tutti, alla massima possibile attuazione, ma sono condizionati da elementi fattuali, relativi alla disponibilità di risorse organizzative e strumentali, e da elementi giuridici, vale a dire dalla necessità di bilanciarli con altri interessi o diritti dotati dello stesso grado di riconoscimento a livello costituzionale.

In questo scenario pluralistico, in cui convivono una costellazione di diritti che aspirano tutti a divenire – schmittianamente – “tiranni”⁴¹, e d’altro canto non sono

³⁸ C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 2/2008, p. 193.

³⁹ 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*, T.M.C. Asser Institute, Den Haag, 2004, pp. 177, 182: “*Indeed, one may wonder in how far such a brew, unworthy even for a sorcerer’s apprentice, will contribute to legal certainty about the justiciability of the Charter’s rights, since this is what everything is about*”). In termini analoghi, A.-O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2018, pp. 11 ss.

⁴⁰ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag AG, Frankfurt am Mein, 1986, p. 100 «*Prinzipien sind Optimierungsgebote relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten*».

⁴¹ Lo ha ricordato nel modo più autorevole la Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013 sul caso dell’ILVA di Taranto, con chiara evocazione dell’opera di C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1960.

collocabili in un ordine preventivo e stabile di tipo “gerarchico-verticale”⁴², le norme enunciative diritti restano prive di una fattispecie «dotata di valore deduttivo»⁴³ dalla quale sia possibile ricavare una precisa e circostanziata regola da porre come premessa del sillogismo giudiziario⁴⁴.

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

Pensiamo esemplarmente al divieto di discriminazione, il cui effetto diretto orizzontale è stato riconosciuto, tra l'altro, nelle sentenze della Corte di giustizia *Egenberger* e *Cresco Investigation*⁴⁵.

Metto da parte il fatto che in tutti gli ordinamenti occidentali questo divieto è espressione di un comprensivo *principio* di eguaglianza – il che prova una volta di più l'ambigua vaghezza della differenza fra diritti e principi – e mi concentro sulla struttura argomentativa del giudizio di eguaglianza-non discriminazione. Ebbene: l'eguaglianza è concetto di relazione, nel senso che una discriminazione può essere predicata solo in riferimento a un termine di comparazione. Due fattispecie, categorie, classi possono considerarsi simili (od omogenee), solo quando sono accomunate da un carattere o un attributo considerato rilevante: quello che

⁴² Lo rileva R. DE STEFANO, *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori* (1982), ora in *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 387. I complessi bilanciamenti ai quali la Corte costituzionale procede si puntualizzano, secondo l'espressione di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 79-84 in una «regola di prevalenza» di un interesse o valore su un altro che vale solo *rebus sic stantibus*.

⁴³ Così L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Vol. III, Mucchi, Modena, 1996, p. 1151.

⁴⁴ La ricostruzione delle norme costituzionali di principio come norme senza fattispecie è stata diffusa in dottrina dagli studi di R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, trad.it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 90 ss. ed è accolta in Italia ad es. da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 149. Sulla distinzione tra regole e principi la letteratura è vastissima: si vedano *ex plurimis* R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 71 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 494 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pp. 1 ss.; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987, pp. 181 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, cit., pp. 66 ss.; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Diritto e società*, 1986, pp. 601 ss.; ID., *Principii di diritto*, in ID., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 143 ss.

⁴⁵ CGUE, C-414/16, *Egenberger*; C-193/17, *Cresco Investigation*, entrambe relative al divieto di discriminazione in base alla religione.

Norberto Bobbio definisce “*ragione sufficiente*”⁴⁶; e la ricerca di questa ragione sufficiente non implica un’attività puramente ricognitiva, assiologicamente neutra. È al contrario un’attività valutativa⁴⁷, permeabile a scelte impegnative sul piano etico: va definita infatti in relazione ai fini della legislazione e ai valori costituzionali di riferimento. Mentre dunque nell’Ottocento, in presenza di una società monoclasse e scarsamente pluralizzata, il principio di non discriminazione poteva tradursi puramente e semplicemente in un divieto di leggi particolari e *ad personam*, in un precetto di generalità della legislazione, tanto da divenire quasi un attributo della forza di legge (secondo la lettura proposta da Carlo Esposito⁴⁸), nei contemporanei assetti sociali solcati da numerose e profonde differenze sul piano religioso, culturale e addirittura antropologico, l’eguaglianza non è più plausibilmente configurabile come *isonomia*, cioè uniforme applicazione, ma piuttosto va declinata come diritto a un ragionevole riconoscimento delle diversità. Si risolve, perciò, in un giudizio di ragionevolezza della discriminazione introdotta dalla legge, al quale non sono estranee, ma coesenziali, scelte di valore (dunque politiche in senso largo) impegnative sul piano morale.

È più che dubbio, allora, che una disposizione enunciativa di un divieto di discriminazione possa essere precisa, chiara e incondizionata, applicabile quale regola dettagliata e uniforme in sostituzione del corrispondente principio costituzionale di eguaglianza; e che le complesse e poliedriche applicazioni del canone dell’eguaglianza-ragionevolezza, con i bilanciamenti e le scelte di valore che esso ineluttabilmente incorpora, possano essere affidate alle cure del giudice comune. Va inoltre considerato che il ripristino di una condizione di eguaglianza atto a superare la discriminazione giudizialmente accertata richiede l’estensione dei precetti legislativi, per il tramite di sentenze additive, ad ambiti e fattispecie che in

⁴⁶ Di «*somiglianza rilevante*» parla N. BOBBIO, *Analogia*, in A. AZARA, E. EULA (diretto da), *Novissimo digesto italiano*, I, UTET, Torino, 1957, p. 603, che riporta il concetto a quello di *ragione sufficiente*, nel senso che per somiglianza rilevante, nel contesto del procedimento analogico, si deve intendere quella proprietà comune ad x ed y che rappresenta la ragione sufficiente dell’attribuzione ad x della qualificazione da estendere ad y. E la ragion sufficiente di una norma giuridica non è altro che la *ratio legis*.

⁴⁷ Così G. CARCATERA, *Analogia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Treccani-Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 10.

⁴⁸ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, pp. 17 ss. La teoria espositiana, ancora permeata di una ideologia e di una *Weltanschauung* liberali, ha un nobile antecedente nella dottrina costituzionale di C. SCHMITT, *Unabhängigkeit des Richters, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1926; e *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, p. 154, il quale aveva ricondotto il significato del principio di eguaglianza ad un generale divieto di leggi eccezionali, concrete, personali.

essi non erano contemplati e che invece avrebbero dovuto esserlo. L'applicazione diretta di una disposizione che sancisce un divieto di discriminazione può implicare, pertanto, l'addizione al precetto censurato di un frammento normativo necessario per ricondurla a ragionevolezza. Un'attività creativa, nomopoietica che, specie alla luce della recente evoluzione della tradizionale dottrina delle "rime obbligate"⁴⁹, appare più vicina alla produzione giuridica che all'attività dichiarativa di una volontà legislativa già formatasi. Un'attività, insomma, che in un sistema di controllo accentrato di legittimità costituzionale è improprio affidare alla responsabilità del giudice comune.

b. Venendo all'incertezza dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti, va premesso che l'indefinitezza della linea di riparto delle competenze è un carattere strutturale del diritto dell'Unione. Nell'art. 5 TUE si stabilisce che «in virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti». Le competenze sono connesse al fine di realizzare gli obiettivi, con l'intento di agganciare più saldamente le attribuzioni alle enumerazioni testuali, anziché alle generiche finalità dell'Unione. Va tuttavia considerato che, pur dove la materia sia definita in termini oggettivi, la teoria dell'*effetto utile* consente di agganciare alla materia-base oggetti ulteriori, formalmente non riconducibili alla sua formulazione letterale, ma sui quali è necessario si estenda la disciplina europea per non pregiudicare il perseguimento di obiettivi posti nel Trattato. Inoltre, anche là dove una competenza originariamente attratta all'Unione attraverso il riferimento a una "politica" comunitaria sia stata in seguito definita più puntualmente in termini oggettivi, l'intervenuto esercizio della competenza da parte dell'Unione impedisce ogni riappropriazione di esso da parte degli Stati membri, salva la dichiarazione di invalidità della norma eurounitaria. L'enumerazione di competenza vale dunque a impedire in futuro *enlargement of functions* da parte dell'Unione fondate sull'autoriproduzione di *implied powers*, che costituirebbe di senso il principio di

⁴⁹ Secondo V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1976, pp. 1707 ss., l'attività normativa derivante dalle sentenze costituzionali di tipo additivo dà forma a una legislazione "a rime obbligate", nel senso che "La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore". Da alcuni anni, la Corte, interpretando in modo meno rigido la teoria delle rime obbligate, ha ammesso la possibilità di ricavare la soluzione additiva da «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento», pur se queste non siano desumibili in via diretta e automatica da fonti di livello costituzionale (così sentenza n. 236 del 2016, punti 4.4 e 5 del *Cons. dir.*; nei medesimi termini, v. decc. nn. 207, 222, 233/2018; 40, 99, 242/2019; 132, 152, 156/2020).

attribuzione, ma non vale a riaprire alle fonti statali spazi ormai occupati dal diritto UE. Nemmeno le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona sembrano aver conferito una più stabile e rigida strutturazione all'assetto delle competenze; al contrario continuano a perpetuarsi interpretazioni estensive delle attribuzioni dell'Unione, connesse alla teoria dei poteri impliciti o all'uso della clausola delle competenze sussidiarie (art. 352 TFUE). Come del resto è quasi inevitabile. È stato infatti giustamente osservato che la natura dinamica, non pienamente predicibile, del percorso di integrazione e di federalizzazione europea mal si concilia con la previsione di un assetto di competenze del tutto rigido⁵⁰, di talché l'eliminazione di ogni meccanismo di flessibilizzazione del riparto delle attribuzioni, oltre ad essere tecnicamente problematica, rischierebbe di contrastare con le ragioni dell'effettività storica e sarebbe quindi indesiderabile in un ordine di considerazioni prettamente politico.

L'insieme degli elementi considerati fa sì che le competenze eurounitarie continuino a essere costruite in chiave eminentemente finalistica⁵¹: la competenza è ritenuta in relazione agli oggetti e rapporti strumentalmente connessi allo scopo e non è pertanto delimitabile in via interpretativa attraverso il riferimento a un oggetto, un bene, un istituto, né trova in precedenti qualificazioni normative un principio di definizione. Al contrario, essa può essere apprezzata solo nell'atto in cui viene in concreto esercitata; nel caso della CDFUE, nell'atto in cui un giudice ritiene di poter sussumere la medesima fattispecie all'interno delle concorrenti cornici regolatorie della Costituzione e della Carta.

A questo specifico riguardo, la costante giurisprudenza lussemburghese ha precisato che le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri «quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»⁵², e che a tal fine il

⁵⁰ H. BLANKE, *Essentialia des Entwurfs des Europaischen Verfassungsvertrages*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, pp. 95 ss.

⁵¹ Il rilievo è comune in dottrina. *Ex plurimis*, v. A. BLECKMAN, *Teleologie und dynamische Auslegung des Europaischen Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 1979, pp. 239-255; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2009, pp. 79 e 84; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 327 ss.

⁵² *Ex plurimis*, CGUE, Grande sezione, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* e, più recentemente, Ottava sezione, ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, *Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimenta Marin e altri*; che hanno in tal modo interpretato l'art. 51 CDFUE, «[l]e disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (comma 1, primo periodo). Così anche la sentenza del 10 luglio 2014, *Julian Hernández e a.* (C-198/13), nella quale la Corte di Lussemburgo ha chiarito che, al fine di stabilire se una misura nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, par. 1, della Carta, occorre verificare, *inter alia*, se la normativa nazionale in considerazione attui una disposizione del diritto europeo, quale sia

collegamento richiesto dall'art. 51, paragrafo 1, della Carta tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione «*non si identifica nella mera affinità tra le materie prese in esame e nell'indiretta influenza che una materia esercita sull'altra*»⁵³.

Con peculiare riferimento alla Carta dei diritti, la Corte costituzionale pone nella circostanza che la materia interessata dalle questioni di legittimità costituzionale ricada entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la "condizione dalla quale dipende la stessa applicabilità della Carta negli ordinamenti degli Stati membri", ai sensi di quanto disposto dall'art. 51 della medesima Carta⁵⁴. Affinché la CDFUE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale occorre, più precisamente, che la fattispecie oggetto di legislazione interna "sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto"; inoltre non è sufficiente che la materia sia genericamente riferibile a un ambito nel quale l'Unione ha competenza, ma è necessario che tale competenza sia stata *in concreto* esercitata⁵⁵.

Alla stregua di questi orientamenti, la Carta sembrerebbe venire in rilievo solo quando la disciplina nazionale sia direttamente attuativa di una normativa eurounitaria. La Corte di giustizia ha però considerato applicabile la CDFUE in ipotesi in cui la regolazione nazionale era solo strumentalmente connessa alla disciplina eurounitaria⁵⁶. Nella sentenza Fransson si è infatti statuito che le norme

il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli del diritto UE, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa (punti 36, 37).

⁵³ Sentenza 254/2020, punto 2.2. del *Considerato in diritto*, che richiama al riguardo l'ordinanza della Corte di giustizia 4 giugno 2020 (causa C-32/20, *TJ contro Balga srl*, punto 26).

⁵⁴ Corte cost., sentenze nn. 37 del 2019, n. 194 del 2018, n. 11 del 2017, n. 63 del 2016, n. 80 del 2011.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 254 del 2020; sent. n. 194/2018». Sul punto anche sentenza n. 63/2016, *Considerato in diritto* 7; nello stesso senso, sentenza n. 111/2017 e ordinanza n. 138/2011).

⁵⁶ Si è infatti statuito che le norme nazionali svedesi sulle sovrattasse e i procedimenti penali per frode fiscale «*costituiscono un'attuazione degli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112 (già articoli 2 e 22 della sesta direttiva) e dell'articolo 325 TFUE e, pertanto, del diritto dell'Unione*», sebbene tali discipline nazionali non fossero state adottate per trasporre la direttiva sopra richiamata 2006/112. Si è ritenuto rilevante, a tal fine, che comunque la normativa svedese «*mira a sanzionare una violazione delle*

nazionali svedesi sulle sovrattasse e i procedimenti penali per frode fiscale «costituiscono un'attuazione degli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112 (già articoli 2 e 22 della sesta direttiva) e dell'articolo 325 TFUE e, pertanto, del diritto dell'Unione», sebbene tali discipline nazionali non fossero state adottate per trasporre la direttiva sopra richiamata 2006/112. I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto decisivo, a tal fine, che comunque la normativa svedese «mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata» e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dall'art. 325 del TUE «di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione» (punti 27 e 28).

Con la sentenza Fransson, la Corte di giustizia ha dunque proiettato la Carta su nuovi ambiti di applicazione, non direttamente correlati alla disciplina materiale dell'Unione, ma piuttosto a questa connessi per il tramite di disposizioni processuali e sanzionatorie. Ciò rende strutturalmente mobili, e indefinibili in astratto, i confini applicativi della Carta. L'enfasi sul criterio di stretta connessione o di strumentalità conduce infatti in modo pressoché certo alla dilatazione applicativa della competenza connessa in danno della competenza con essa concorrente, come mostra l'esperienza applicativa delle competenze per connessione⁵⁷. Un approdo che non era così scontato né così pianamente desumibile dalla regola di riparto dell'art. 51 CDFUE.

Non sorprende, perciò, che il *Bundesverfassungsgericht* tedesco, tra i primi, abbia colto il rischio di tracimazione della Carta dei diritti oltre i confini tracciati dal diritto UE. Nella sentenza sulla legge per la raccolta dei dati con finalità antiterroristiche i giudici di Karlsruhe hanno valutato criticamente l'estensione operata dalla Corte di giustizia, e concluso che la decisione Fransson – nell'ottica di una relazione improntata alla leale collaborazione⁵⁸ – vada interpretata in modo

disposizioni della direttiva summenzionata» e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dall'art. 325 del TUE «di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione» (punti 27 e 28). Mi chiedo se in applicazione dello stesso principio potrebbe considerarsi connessa alla disciplina della proprietà privata la previsione penalistica che punisce il furto, che indubbiamente rappresenta il presidio più avanzato della tutela dominicale e in questi larghi termini può dirsi “strumentale” alla protezione della prima.

⁵⁷ Su questa tipologia di competenza, v. per tutti S. MANGIAMELI, *La connessione, il principio di strumentalità, la “Gesichtspunkttheorie” e l'enumerazione regionale*, in *Le Regioni*, 1991, nonché ID., *Le materie di competenza regionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 63 ss.

⁵⁸ *Bundesverfassungsgericht, Press Release N. 31/2013 of 24 April 2013, Judgment of 24 April 2013 BvR 1215/07 «As part of a cooperative relationship, this decision must not be read in a way that would view it as an apparent ultra vires act or as if it endangered the*

restrittivo, come riferita al solo ambito della legislazione in tema di IVA, senza esprimere un principio di ordine generale. In caso contrario, la sentenza Fransson sarebbe stata infatti un atto *ultra vires* e avrebbe «*endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order*».

Riassumendo: se già la ricognizione della normativa di attuazione del diritto europeo è alquanto complessa, anche alla luce dell'incerto e mobile quadro delle competenze comunitarie a struttura finalistica, la linea che separa gli ambiti di rilevanza nazionale da quelli di rilievo eurounitario diventa labilissima se il criterio-guida per l'applicazione della Carta si risolve – come nella sentenza Fransson – nella mera connessione teleologico-strumentale fra obiettivi dei Trattati e atti interni. Tanto più che nel corso degli anni e con l'incedere progressivo dell'integrazione europea, gli obiettivi dell'Unione tendono a divenire tendenzialmente omnicomprensivi, sicché, in una prospettiva evolutiva, potrebbe presto venir meno ogni limite all'applicazione della Carta.

4. Granital rivisitato o interpretato autenticamente?

In questa generale cornice sistemica si inserisce la peculiare vicenda italiana, ove la giurisdizione, spesso interpretando la propria indipendenza come legittimazione a sviluppare non già *politiche della giurisdizione*, bensì *politiche del diritto*, subisce senza resistenze e anzi ostentandolo il “forte fascino”⁵⁹ del potere di disapplicazione della legge ed è generalmente proclive a riconoscere diretta efficacia alla Carta anche a prezzo di qualche forzatura interpretativa, come è pronta a riassorbire, strategicamente, vizi di legittimità costituzionale in altrettante ipotesi di incompatibilità con la Carta per eludere il controllo accentrato di costituzionalità.

In altra sede, alla quale posso qui solo fare rinvio, ho riportato alcuni dati che evidenziano con l'oggettività dei numeri la non sorprendente marginalizzazione di cui il controllo costituzionale ha sofferto in tempi recenti⁶⁰. Se questo è il quadro d'insieme, è comprensibile che la Corte costituzionale, in coerenza con la difesa del proprio ruolo, abbia cercato di scongiurare le ipotesi di spiazzamento del

protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order».

⁵⁹ Lo ammette, con encomiabile onestà intellettuale, R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019,

⁶⁰ Si consenta il rinvio a G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2018.

giudizio incidentale⁶¹, rivendicando a sé il diritto di “parlare per prima”⁶² nelle questioni doppiamente pregiudiziali che attengono a violazioni di diritti radicati nella Costituzione e nella Carta di Nizza-Strasburgo.

Il bersaglio della Consulta non è la Corte di giustizia, che con le precisazioni contenute nelle decisioni 20, 63, 117 del 2019 si è vista confermare l’integrità dei propri poteri e delle proprie attribuzioni. Il vero bersaglio sono i giudici comuni. La linea che connette la sentenza 269 all’ultima pronuncia sul tema – la 254 del 2020 – esprime, in fondo, pur con qualche interna distonia, la medesima esigenza: vigilare sulle condizioni che consentono ai giudici comuni di liberarsi dal vincolo di soggezione alla legge, affinché non ne risulti compromessa la *ratio essendi* del sindacato accentrato.

Tutto ciò non pregiudica il primato del diritto UE, né implica una revisione delle coordinate teoriche su cui poggiava la sentenza Granital, e induce a dubitare delle tesi secondo le quali la giurisprudenza costituzionale del 2017, al contrario, le avrebbe ridimensionate nella loro portata, riviste o addirittura stravolte e tradite⁶³. Le enunciazioni contenute nella sentenza Granital non erano, infatti, tali da poter essere estese *sic et simpliciter* alla Carta dei diritti. La pronuncia, come è stato convincentemente argomentato⁶⁴, ha introdotto una deroga al modello

⁶¹ J. KOMAREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 527, ove si ritiene che il *displacement* delle Corti costituzionali nazionali sia l’obiettivo non dichiarato della strategia della Corte di giustizia dell’Unione europea.

⁶² Più ampiamente, sull’importanza del ruolo delle Corti costituzionali nazionali nella definizione e nella preservazione, nell’ambito del processo di integrazione europea, del nucleo dei principi costituzionali si veda, tra gli altri, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁶³ Per una rappresentazione dell’ampio dibattito sviluppatosi sulla sentenza n. 269/2017 si permetta, per brevità di citazione, di far rinvio ai contributi indicati in G. SCACCIA, *L’inversione*, cit.; ID., *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, n. 3/2018, pp. 265 ss.; ID., *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019, pp. 166 ss.

⁶⁴ Nota G. SORRENTI, «L’essenziale è invisibile agli occhi»? Ancora sulla doppia pregiudizialità passando per ... *Saint Exupery*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, p. 3, che «la deroga introdotta da Granital al modello accentrato di giustizia costituzionale» e al principio del *numerus clausus delle fonti primarie riconducibile agli artt. 70, 76 e 77 Cost.* “rispondeva all’esigenza di rispettare il carattere del regolamento comunitario quale fonte immediatamente applicabile, insuscettibile di essere condizionata per la sua produzione di effetti all’adozione di qualsiasi atto tipico degli organi investiti di pubblici poteri nell’ordinamento interno».

accentrato di giustizia costituzionale e al principio per il quale le fonti primarie sono un *numerus clausus* con l'obiettivo di garantire al regolamento comunitario la produzione degli effetti per esso prevista nei Trattati, giacché in questo ambito la negazione al regolamento del suo effetto tipico avrebbe pregiudicato l'armonizzazione della disciplina e con ciò stesso la realizzazione degli scopi dei Trattati.

È questione controversa, tuttavia, se in tema di diritti fondamentali sia legittimo portare l'armonizzazione al punto in cui essa si è spinta con riferimento ai principi di libera circolazione, soggiorno, stabilimento o se non ci si debba piuttosto arrestare ad un livello più ridotto. L'istanza di uniformità sembrerebbe più forte quando si tratti di dare svolgimento ai principi cardinali del diritto UE, risultando qui pressante l'obiettivo di strutturare un mercato unico, il cui assetto liberamente concorrenziale sarebbe compromesso da differenziate discipline nazionali. Diversamente, nel campo della tutela dei diritti fondamentali, non sembrano sussistere le stesse esigenze di regolazione uniforme. Al contrario, la diversità delle tradizioni culturali, e quindi costituzionali, legittima l'operare di una "riserva di sovranità" in capo agli Stati membri sulla conformazione dei diritti dotati di garanzia costituzionale.

Anche mettendo da parte questa notazione più generale, e tornando alla sentenza *Granital*, non sembra dubitabile che quella pronuncia sia tutta giocata nell'orizzonte del diritto legislativo, della forza di legge. Essa dimostra con raffinatezza come gli atti europei, in quanto provenienti da un ordinamento esterno, ancorché coordinato a quello nazionale, non possano operare secondo il modello della *Invalidationnorm* né della *Derogationsnorm*, ma siano in grado di vincere la forza della legge e di proporsi al giudice come regole applicabili in luogo di quelle nazionali. Il presupposto della sentenza è che, nella logica dell'ordinamento costituzionale interno, entrambi i materiali normativi a disposizione del giudice comune – europeo e nazionale – siano da questo applicabili nei rapporti fra privati. Ciò era evidente in quella sentenza, che si occupava di regolamenti, ma è stato chiarito anche in successive decisioni che hanno esteso l'effetto diretto alle direttive dettagliate, precisando però che queste hanno effetto solo verticale⁶⁵.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, CGUE, C-282/10, *Dominguez*, relativa alla violazione del diritto alle ferie di una dipendente di un ente privato. Sul punto anche CGUE, C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-396/17, *Martin Leitner*; C-6/90 e C-9/90, *Franovich contro Italia*. Pur ponendosi lungo il tracciato giurisprudenziale sopra riportato, pare in parte discostarsi negli approdi argomentativi delineati la sentenza *Farrell* del 10 ottobre 2016 (C-413/15), con la quale la Corte di Lussemburgo ha ampliato la platea dei destinatari delle direttive dettagliate stabilendo, infatti, che gli effetti diretti sono opponibili ad enti di diritto privato nel caso in cui lo Stato affidi loro compiti di interesse pubblico.

In questi termini ed entro questi limiti il primato del diritto UE può affermarsi secondo lo schema della prevalenza nell'applicazione. Se invece manca la *Drittwirkung* dei diritti in questione e ricorrono le condizioni per far valere una censura di legittimità costituzionale, il giudice comune non può eludere il controllo incidentale se non disapplicando, oltre alla norma costituzionale di volta in volta pertinente, anche l'art. 134, in connessione sistematica con l'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, che gli prescrive di sottoporre alla Corte costituzionale ogni ipotesi di incompatibilità con parametri sovralegislativi per potersi sottrarre al vincolo di soggezione disposto nell'art. 101, secondo comma, della Costituzione⁶⁶.

In breve: la sentenza 170 del 1984 non può – se non a prezzo di una non lieve forzatura – interpretarsi nel senso che abbia riconosciuto al giudice nazionale la potestà di disapplicare norme costituzionali⁶⁷, e di pregiudicare per ciò stesso la funzionalità del sindacato accentrato. La svolta del 2017 è, dunque, solo apparente: non segna un esercizio di *overruling*, ma di *distinguishing* sulla dottrina Granital. Precisa difatti i limiti che incontra la disapplicazione quando comprometta le condizioni di effettività di principi e interessi costituzionali che non erano né potevano essere nell'orizzonte di quella decisione, anche ma non solo perché il firmamento dei diritti di conio europeo brillava della luce delle quattro libertà fondamentali, in relazione alle quali l'esigenza di uniformità è particolarmente pregnante, mentre – giova ribadire – lo è in misura minore in tema di diritti fondamentali *non mercantili*.

Per questo la Corte costituzionale ha potuto senza contraddirsi affermare che il primato è salvo e salvo è pure il regime di disapplicazione delle norme di diritto UE, quale definito nella sentenza 170 del 1984. Quella sentenza non può infatti estendersi al caso in cui la diretta applicabilità di norme europee sia in grado di paralizzare l'efficacia delle norme fondative del sindacato di costituzionalità. L'inversione della doppia pregiudiziale può trovare, in definitiva, solide giustificazioni teoriche, se e nella misura in cui la Corte rivendichi la priorità del

⁶⁶ Nota limpidamente G. SORRENTI, «L'essenziale è invisibile agli occhi»? Ancora sulla doppia pregiudizialità passando per ... *Saint Exupery*, cit., p. 7, «posto che i giudizi incidentali sulle leggi in cui entra in gioco il rispetto dei diritti fondamentali, sanciti sia in Costituzione che nella CDFUE, possono avere origine – anzi hanno origine frequentemente – in controversie tra parti di natura privata, in esse non si potrebbe prevenire l'instaurazione del giudizio costituzionale tramite la disapplicazione della legge di dubbia compatibilità con il dettato del Bill of Rights europeo, a piena garanzia del primato del diritto dell'Unione. Questa circostanza si può avere solo nelle ipotesi (...) in cui si rivendicano diritti dotati di *Drittwirkung*».

⁶⁷ Cfr. P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2417 ss., cui si deve la felice definizione della dottrina dei controlimiti, o meglio, delle “controlimitazioni alle limitazioni di sovranità” ex art. 11 Cost.

giudizio costituzionale nell'interpretazione dei diritti radicati ad un tempo nella Costituzione e nella Carta di Nizza. Appare invece meno solida nei casi in cui si pretenda di attrarre all'area del controllo costituzionale anche norme europee diverse dalla Carta⁶⁸. Riecheggiando il titolo di un volume recente⁶⁹, può concludersi, insomma, che Granital non è stata *rivisitata*, ma solo *interpretata autenticamente*, delimitandone il perimetro applicativo.

5. Epilogo. Le ragioni del sindacato accentrato: l'ineliminabile politicità dei diritti e il paradosso della neutralità delle Corti costituzionali nazionali

Giunti al termine del nostro percorso argomentativo, resta da chiedersi provocatoriamente: perché, nella prospettiva del *quivis de populo*, il controllo accentrato dovrebbe essere preferito all'applicazione diretta della Carta di Nizza, corroborata se del caso dall'efficacia *erga omnes* delle pronunce interpretative della Corte di giustizia? In fondo l'applicazione diretta della Carta sembra essere la modalità più efficace per garantire ai diritti effettività e immediatezza di tutela, ed è forse per questo che gode di generalizzato apprezzamento da parte degli studiosi e soprattutto dei giudici. Inoltre la Corte di giustizia, per ragioni tanto evidenti da non richiedere alcun dispendio di energie argomentative, sfugge a ogni tentativo di "cattura politica" – un tema che la vicenda della Corte costituzionale polacca ha fatto tornare tristemente attuale – e realizza dunque il modello di una giurisdizione "neutrale", quasi del tutto disancorata dai vincoli sistemici e dalle condizionalità che inevitabilmente gravano sulle Corti costituzionali nazionali per la necessità ad esse immanente di conservare e accrescere la propria legittimazione politica nel confronto costante con gli attori del sistema di governo⁷⁰. Sembrerebbe, in breve, non esservi ragione alcuna per porre ostacoli o ritardi all'avanzata trionfale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nessuno, del resto, può

⁶⁸ La stretta correlazione nella sentenza n. 269/2017 fra priorità logico-cronologica del giudizio costituzionale e attinenza della censura a due esclusivi parametri: Costituzione e Carta di Nizza – risulta in modo inequivoco dal fatto che la questione proposta in riferimento a disposizioni dei Trattati enuncianti la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 del TFUE), veniva dichiarata inammissibile in base al rilievo che «il rimettente aveva l'onere di delibare la questione per valutare l'applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame».

⁶⁹ C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

⁷⁰ Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism*, in G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, spec. pp. 146-155. Restano imprescindibili sul punto gli insegnamenti di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014 (ristampa).

seriamente dubitare che il livello di protezione dei diritti sia ormai, a livello europeo, pari e in molti casi superiore a quello assicurato a livello interno⁷¹. E tuttavia il problema non è di quantità o di estensione della tutela, ma di qualità dei bilanciamenti attraverso i quali si giunge alla decisione.

Il giudice costituzionale, beninteso, non ha l'esclusiva dei bilanciamenti. Anche i giudici comuni li operano. Fra i due tipi di bilanciamento corre però una differenza essenziale. Quello dei giudici è comunque strumentale a fornire al decisore una delle premesse del sillogismo giudiziale. I bilanciamenti del giudice costituzionale, invece, stante l'assenza di una preventiva e astratta graduazione fra diritti che consenta di porli in un ordine stabile di tipo "gerarchico-verticale"⁷² non pongono una delle premesse del sillogismo decisorio, ma piuttosto *si identificano con la decisione*, nel senso che fissano una "regola di prevalenza" fra diritti dotati del medesimo livello di protezione formale. Questa operazione – ed è il punto davvero decisivo – attinge un livello di scelta discrezionale, e dunque di politicITÀ, che in un sistema di sindacato accentrato non è nella disponibilità della giurisdizione comune. Diversamente dal giudizio comune, inoltre, il giudizio incidentale non è rivolto esclusivamente alla tutela della posizione soggettiva dedotta nel processo principale, ma si emancipa dalla vicenda che ad esso ha dato innesco⁷³, la assume nella sua capacità di universalizzarsi in modo da rendere una

⁷¹ Al riguardo, occorre rammentare come la stessa Commissione europea, nella recente Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni recante la " *Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*" (COM(2020) 711 final), adottata il 2 dicembre 2020, evidenzia l'importanza di rafforzare i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali per far fronte alle sfide inedite venute ad emersione a seguito della diffusione della imponente crisi sanitaria da Covid-19, prevedendo altresì una serie di misure volte a tracciare quattro parallele direttrici di sviluppo (prevenzione, promozione, attuazione e applicazione). In particolare, con specifico riguardo ai profili della promozione e dell'attuazione, la Commissione UE incoraggia gli Stati membri ad adottare gli strumenti più opportuni per favorire l'apprendimento reciproco condividendo le migliori pratiche sull'uso e sulla conoscenza della Carta, anche a livello locale, sulla pagina web dedicata messa a disposizione sul portale europeo della giustizia elettronica.

⁷² Lo rileva R. DE STEFANO, *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori* (1982), ora in *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 387. I complessi bilanciamenti ai quali la Corte costituzionale procede si puntualizzano, secondo l'espressione di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 79-84 in una «regola di prevalenza» di un interesse o valore su un altro che vale solo *rebus sic stantibus*.

⁷³ Sia consentito il rinvio a G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2019, p. 176.

pronuncia non su un caso isolato e irripetibile, ma su un archetipo legislativo⁷⁴. Così, nell'*iter* motivazionale delle pronunce costituzionali la posizione soggettiva in giudizio viene commisurata con interessi istituzionali e valori comunitari che non possono essere nel perimetro decisorio del giudice comune, perché estranei agli interessi versati dalle parti nel processo, e quindi al *thema decidendum*.

Si coglie in tal modo il senso profondo dell'affermazione, ricorrente nella giurisprudenza costituzionale italiana, secondo cui la Corte – ed essa sola – appresta una tutela sistemica e integrata alle posizioni soggettive in giudizio⁷⁵. La presa in considerazione, nei bilanciamenti costituzionali, di un ventaglio quanto mai variopinto di diritti e principi istituzionali estranei al campo di indagine di altri giudici spiega perché la massimizzazione della tutela dei diritti – regola d'oro del *multilevel constitutionalism* – non sempre e necessariamente coincida con la massimizzazione della tutela costituzionale⁷⁶. L'interesse individual-soggettivo all'incremento di protezione giuridica deve essere infatti bilanciato con principi istituzional-organizzativi che possono opporsi a tale incremento di tutela. Posizioni soggettive che avrebbero meritato protezione alla luce della normativa UE e convenzionale possono essere dunque (e sono state in concreto) sacrificate a esigenze ordinamentali egualmente meritevoli di considerazione; e simmetricamente, misure limitative dei diritti che trovano fondamento nel diritto

⁷⁴ La diversità di oggetto e dunque l'autonomia del giudizio incidentale rispetto al giudizio *a quo* è a fondamento dell'art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, il quale prevede che, nell'ambito del giudizio in via incidentale, «[l]a sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale». Per giurisprudenza consolidata, il giudizio incidentale «non risente delle vicende di fatto successive all'ordinanza di rimessione che concernono il rapporto dedotto nel processo principale». Ai fini della valutazione della rilevanza della questione, non vengono pertanto in rilievo eventi sopravvenuti «tra i quali sono comprese anche la definizione stragiudiziale della controversia o comunque la cessazione, per qualsiasi causa, del giudizio rimasto sospeso davanti al giudice *a quo*» (sentenza n. 241/2020; sentenze n. 180/2018, n. 264/2017, nn. 242 e 162/2014 e n. 120/2013).

⁷⁵ L'affermazione secondo la quale la Corte “elabora una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata” risale alla sentenza n. 264/2012, nel caso assai noto delle “pensioni svizzere”; il medesimo principio è stato ribadito in numerose successive pronunce, fra le quali, ad esempio, la n. 174/2019 in cui si statuisce che i diritti sanciti dalla Costituzione “non possono non interagire con quelli previsti dalle fonti sovranazionali e internazionali in un quadro di reciproca integrazione e quindi di bilanciamento”.

⁷⁶ Nel caso di contrasto tra norma interna e norma CEDU, la Corte, sebbene non possa sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, resta comunque legittimata a «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano» (Corte cost. sent. n. 236/2011, punto 9 del *Diritto*).

europeo e convenzionale possono non avere ingresso nell'ordinamento nazionale quando ciò sia impedito dall'esigenza di preservare principi di struttura del sistema costituzionale.

Si pensi, paradigmaticamente, alla 'saga' Taricco, davvero troppo nota perché debba in questa sede indugiarsi oltre su di essa, ma anche alla meno famosa, ma non meno importante sentenza n. 230 del 2011. In quest'ultimo caso si assumeva che dal principio *nulla poena sine lege* enunciato nell'art. 7 della CEDU potesse trarsi la conseguenza che un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponesse la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo. Nel caso di specie il mutamento di giurisprudenza della Cassazione, che escludeva la rilevanza penale del fatto, avrebbe certamente determinato un incremento nella tutela soggettiva rispetto alla corrispondente previsione dell'art. 25, secondo comma, Cost., producendo uno "scarto di tutela" in favore della CEDU. Tanto più che il principio convenzionale – secondo la Consulta – dovrebbe «operare non soltanto in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza che escludano la rilevanza penale del fatto (...) ma anche a quelli che si limitino a rendere più mite la risposta punitiva, negando, ad esempio, l'applicabilità di circostanze aggravanti o riconducendo il fatto ad un paradigma sanzionatorio meno grave». Nella logica della regola dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento, la Corte avrebbe dovuto assicurare la protezione più ampia alla posizione giuridica della parte del giudizio *a quo*, che rivendicava l'applicazione retroattiva di una pronuncia della Cassazione equivalente, negli effetti, ad una *abolitio criminis*. Se avesse applicato meccanicamente la regola del plus di tutela, dunque, la Corte avrebbe dovuto accogliere la censura e ampliare il perimetro applicativo dell'art. 25 Cost. adeguandolo a quello dell'art. 7 CEDU. Così non è stato. I giudici di Palazzo della Consulta hanno, infatti, respinto la premessa, dalla quale muoveva il rimettente, che «la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa» per la dirimente ragione che ad essa si oppone, ancor prima della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost. «il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. (...) Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)». La soluzione che assicurava al ricorrente un *plus di tutela*, in ultima analisi, è stata scartata per l'esigenza di non pregiudicare il principio di legalità in materia penale, in virtù del quale nessuna *abolitio criminis* può essere disposta in via giurisprudenziale, imponendosi sempre, in forza del principio di stretta legalità operante in materia penale (art. 25 Cost.), una scelta riferibile al legislatore democratico.

Riepilogando e avviandomi a conclusione: un sistema di sindacato accentrato presuppone che i diritti non siano conformati in via puramente giurisprudenziale, ma esprime l'esigenza – di cui può farsi interprete solo una Corte formata su base tecnico-politica – che essi siano forgiati nel confronto continuo con i processi di deliberazione pubblica affinché restino ancorati alla loro dimensione storico-concreta.⁷⁷

Volendo usare una formula sintetica, e correndo il rischio che sia approssimativa: il sindacato accentrato, per i suoi effetti generali, presuppone ed è causa di irriducibile *politicità* dei diritti fondamentali, che interpreta, applica e conforma in una dimensione che sfugge alle possibilità di un giudice selezionato per concorso. Per questo, a una valutazione riassuntiva, pare ingeneroso vedere nelle pronunce più recenti della Corte costituzionale il segno di un antistorico sovranismo anti-europeo. Piuttosto può dirsi che la Consulta ha difeso le ragioni profonde del sindacato accentrato e con esso la dimensione politico-comunitaria dei diritti fondamentali. E lo ha fatto agendo su un duplice registro. Sul lato dei giudici comuni, ha sollecitato senza imporla la “sospensione temporanea” del rinvio pregiudiziale nelle more dell'accertamento della legittimità costituzionale della legge⁷⁸. Sul lato della Corte di giustizia, si è disposta a fornire all'elaborazione dei diritti europei il contributo della specifica identità culturale e costituzionale italiana⁷⁹, grazie a un impiego più convinto di strumenti di dialogo in passato colpevolmente trascurati.

⁷⁷ Per maggiori svolgimenti del tema, si rinvia a G. SCACCIA, *The lesson learned from the Taricco Saga. Judicial nationalism and the constitutional review of EU law*, in *American University International Law Review*, n. 35/2020, Issue 4, pp. 821 ss.; ID., *Cortes Supranacionales de Justicia y Activismo Judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 44/2019, pp. 177 ss.

⁷⁸ Di «*paralisi temporanea*» parla R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 30 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019, p. 162, allude alla volontà della Corte di «*proporre, nella tutela dei diritti fondamentali, un nuovo 'patto' ai giudici comuni*».

⁷⁹ Si segnala, sul punto, che nella sopra citata *Comunicazione*, adottata il 2 dicembre scorso, la Commissione europea non ha mancato di precisare che tre Stati membri, tra i quali l'Italia, non hanno ancora istituito un ente nazionale indipendente per i diritti umani, in violazione peraltro di quanto stabilito con la risoluzione 48/134 sulle “*Istituzioni nazionali per la promozione e la protezione dei diritti umani*”, con la quale è stato stabilito che tutti gli Stati del mondo debbono provvedere alla creazione di apposite istituzioni nazionali preposte ad assicurare la protezione dei diritti fondamentali.

Nel quadro dell'integrazione fra sistemi, non è escluso che proprio in questa funzione di preservazione della caratura *politica* dei diritti fondamentali, le Corti costituzionali nazionali possano rinvenire, in prospettiva, una delle più ricche fonti della loro legittimazione politica.