

STUDI DI ATTUALITÀ GIURIDICHE

12

collana *Studi di attualità giuridiche*

---

1. L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2011
2. A. CELOTTO (a cura di), *Il coordinamento della Costituzione*, 2009
3. T. GROPPI (a cura di), *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*, 2010
4. G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, 2010
5. A. CELOTTO, J. TAJADURA, J. DE MIGUEL BARCENA (a cura di), *Una comparazione tra Austria, Francia, Germania, Spagna e Portogallo*, 2011
6. F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà per lo sviluppo. Combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del pubblico denaro*, 2012
7. P. MARSOCCHI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, 2012
8. L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA, *Le Corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, 2012
9. M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, 2012
10. G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, 2013
11. N. RANGONE, J. ZILLER (a cura di), *Politiche e regolazioni per lo sviluppo locale sostenibile. Il Patto dei sindaci*, 2013

Dove va il sistema italiano accentrato  
di controllo di costituzionalità?

Ragionando intorno al libro  
di Víctor Ferreres Comella  
*Constitutional Courts and Democratic Values*

a cura di

LAURA CAPPUCCIO ED ELISABETTA LAMARQUE

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Tutti i diritti sono riservati*

© Editoriale Scientifica srl 2013  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-493-5

## INDICE

LAURA CAPPUCCIO ED ELISABETTA LAMARQUE, <i>Introduzione.</i> <i>Il perché di questo libro</i>	VII
--	-----

### 1.

#### **Il sistema accentrato italiano di controllo di costituzionalità e le tendenze decentralizzatrici interne all'ordinamento**

MARCO RUOTOLO, <i>La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio costituzionale del minore sacrificio della libertà personale</i>	3
GIUSI SORRENTI, <i>La Corte di cassazione e l'adeguamento delle norme del codice di procedura civile alla ragionevole durata del processo</i>	35

### 2.

#### **L'impatto della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sistema accentrato italiano di controllo di costituzionalità**

LAURA CAPPUCCIO, <i>I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona</i>	81
TATIANA GUARNIER, <i>I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona</i>	137
ILARIA CARLOTTO, <i>I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona</i>	177
ELISABETTA LAMARQUE, <i>I giudici italiani e l'interpretazione con- forme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i>	241
VÍCTOR FERRERES COMELLA, <i>Commento</i>	303

# I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona

Laura Cappuccio

SOMMARIO: 1. Premessa: ordinamento comunitario e giudizio di costituzionalità. – 2. Rinvii pregiudiziali e Carta dei diritti. Un approccio centripeto. – 3. Un doppio movimento: la Carta dei diritti come strumento di ampliamento del raggio di azione del diritto comunitario e come limite al suo intervento. – 4. Un *case study*: la sentenza *Kamberaj*, ovvero i diritti presi sul serio. 5. – Incroci pericolosi, due casi emblematici: mediazione civile ed *El Dridi*.

## 1. *Premessa: ordinamento comunitario e giudizio di costituzionalità*

«Una storia di successo», così Ferreres definisce l'idea kelseniana di istituire un giudice specializzato a garanzia della Costituzione<sup>1</sup>. In Europa, infatti, dei ventisette Stati che partecipano all'Unione, ben diciotto hanno previsto dei Tribunali costituzionali<sup>2</sup>. Questo modello, tuttavia, subisce una prima ed importante frattura con l'adesione alla Comunità europea, con il sogno dell'integrazione politica e sociale. A partire dal caso *Simmenthal*, il sistema accentratore comincia a confrontarsi con le spinte centrifughe prove-

<sup>1</sup> V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Barcellona, Buenos Aires, 2011, 25.

<sup>2</sup> Questo dato è riferito da FERRERES COMELLA, *Una defensa cit.*, 27 che ricorda che Germania, Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Francia, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo e Romania hanno un Tribunale Costituzionale. Mentre solo tre Paesi, ossia Svezia, Finlandia e Danimarca, hanno scelto un sistema decentrato di controllo delle leggi.

nienti dall'apertura internazionale degli Stati<sup>3</sup>, apertura che impone la perdita da parte delle Corti costituzionali nazionali del «monopolio generale sul controllo» delle leggi<sup>4</sup>.

La tendenza alla diffusione del giudizio di costituzionalità, frutto della partecipazione all'ordinamento comunitario, parte da questa decisione che «trasforma profondamente il ruolo dei tribunali ordinari nella maggior parte dei Paesi europei»<sup>5</sup>. Il contrasto tra diritto interno e diritto europeo viene rimesso ai giudici comuni, chiamati a non applicare la legge interna con esso incompatibile, e, in caso di dubbio, a rivolgersi, attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

La certezza giuridica, il principio di uguaglianza, il rispetto dei valori democratici, tipiche virtù del sistema kelseniano<sup>6</sup>, sembrano a Ferreres trasferibili all'opera dei giudici di Lussemburgo<sup>7</sup>. Il recupero a livello comunitario di una parte di queste garanzie non oscura, però, le molteplici differenze. Se, dal punto di vista sistemico, si possono ravvisare alcuni punti di contatto tra la teoria del modello accentrato ed il ruolo della Corte di Giustizia, perman-

<sup>3</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 9 marzo 1978 (C-106/77), su cui, P. BARRILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 641ss.; L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, ivi, 669 ss.; S.M. CARBONE, F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o corte federale delle Comunità europee?*, ivi, 654 ss.; P. PAONE, *Primato del diritto comunitario e disapplicazione del diritto degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, 429 ss.

<sup>4</sup> V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, cit., 187.

<sup>5</sup> V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, cit., 189.

<sup>6</sup> V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values, A European perspective*, New Haven&London, 2009, 144 ss.

<sup>7</sup> V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values*, cit., 130 ss. L'Autore, anche recentemente in *Una defensa*, cit., 190 ss., torna a ribadire che il carattere vincolante delle decisioni della Corte di Giustizia, unito alla sua capacità di formare un insieme coerente di regole giurisprudenziali è in grado di assicurare la certezza del diritto ed il principio di uguaglianza. Inoltre i Governi dei Paesi membri possono partecipare al giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia, difendendo la normativa nazionale, assicurando così il rispetto del principio democratico.

gono notevoli diversità. Basti pensare, solo per fare un esempio, al “contesto” in cui operano gli organi dell’Unione, contraddistinto dalla mancanza di un’opinione pubblica europea e di solide istituzioni democratiche che sono, invece, a fondamento dell’architettura costituzionale nazionale.

Non volendo soffermarci sulla descrizione teorica di tali asimmetrie, cercheremo di analizzare il concreto atteggiamento dei giudici di Lussemburgo. Seguendo un metodo induttivo che parte dalla conclusione dei casi, tenderemo, sulla base del ragionamento seguito, della soluzione proposta e degli effetti ad essa conseguenti, di seguire l’evoluzione della relazione tra magistratura nazionale e Corte di Giustizia<sup>8</sup>. Il campo dei diritti, in particolare, appare un terreno privilegiato per svolgere alcune considerazioni sul rapporto tra Corti interne, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale<sup>9</sup>. Proprio in tema di diritti, Ferreres propone alcune correzioni e sfumature del modello sovranazionale, basato sulla predominanza interpretativa degli organi dell’Unione e sulla disapplicazione ad opera dei giudici comuni. Un parziale recupero della posizione delle Corti costituzionali nazionali viene individuato dall’Autore laddove la Corte di Giustizia non offra risposte dettagliate, ma solo linee guida, rimettendo ai giudici interni la concreta soluzione della

<sup>8</sup> In questa prospettiva si possono ricordare le affermazioni rese dall’Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle Conclusioni del 5 marzo 2009, C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*, dove si sottolinea che: «il rinvio pregiudiziale si articola come una cooperazione tra giudici, finalizzata alla ricerca di una soluzione uniforme che sia adatta al caso concreto e alla necessità di coerenza dell’ordinamento comunitario. Tale strumento instaura pertanto un rapporto costruttivo *da giudice a giudice* e non da caso a caso», par. 52.

<sup>9</sup> Non è possibile ricordare tutta la bibliografia che negli ultimi anni si è occupata del rapporto tra Corti nella tutela dei diritti fondamentali, sia consentito comunque rinviare a E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e costituzione italiana tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 146 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 221 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi internazionali*, Padova, 2008; D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009.



controversia. In tali ipotesi, sarebbe auspicabile un successivo intervento dei Tribunali costituzionali nazionali per uniformare la soluzione sul piano interno, e per garantire una lettura della questione dotata di quella particolare sensibilità e competenza che caratterizza la formazione dei giudici costituzionali<sup>10</sup>.

In questa prospettiva esamineremo, in primo luogo, le decisioni della Corte di Giustizia in cui si ritrova un riferimento alla Carta di Nizza. Ci soffermeremo, più specificamente, sulle decisioni successive all'approvazione del Trattato di Lisbona, frutto di un rinvio dei giudici italiani, mettendo in luce l'intreccio tra quello che è stato domandato dalle nostre Corti e quello che è stato risposto dagli organi comunitari<sup>11</sup>. In un secondo momento, verranno presi in considerazione alcuni casi di sovrapposizione tra rinvii alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia, al fine di verificare come convivono i due sistemi.

Prima di cominciare l'esame delle decisioni, però, è opportuno segnalare alcuni dati statistici. Dal 1952 al 2012 le domande pregiu-

<sup>10</sup> V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts*, cit., 130 ss.; ID., *Una defensa*, cit., 190 ss.

<sup>11</sup> Sul rapporto tra giudici e Corte di Giustizia cfr. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, UEpoli, 2012, 342 ss.; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: un rilettura nel pubblico del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista Italiana di Diritto vin-blico Comunitario*, 2012, 431 ss.; R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale mossa fonte del diritto Ue*, in *Guida al Diritto – Dossier*, 2012, fasc. 1, 30 ss.; M. MEL

*I requisiti formali delle decisioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Foro italiano*, 2011, pt. 4, 480 ss.; D.P. DOMENICUCCI, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Foro italiano*, 2011, pt. 4, 484 ss.; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2012, 745 ss.; B. NASCIBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, 1675 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, 245 ss.; per una prospettiva comparata cfr. G. MARTINICO, *Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, in *Int J Constitutional Law* (2012), 871 ss.

diziali provenienti dall'Italia sono state in tutto 1165. Vi è una netta prevalenza delle questioni provenienti dai giudici ordinari (967) rispetto a quelle sollevate dalla Corte di Cassazione (111), dal Consiglio di Stato (86), e dalla Corte Costituzionale (1). L'Italia, quindi, si colloca immediatamente dopo la Germania per numero di casi rimessi, sintomo di una intensa collaborazione tra giudici e Corte di Giustizia. In tutto le decisioni della Corte di Giustizia nel triennio 2010-2012 che riguardano l'Italia sono 106<sup>12</sup>.

Passando dai fattori statistici a quelli sostanziali va subito evidenziato un dato: l'approvazione del Trattato di Lisbona con l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati, non ha stravolto, in questi ultimi tre anni, l'attività degli organi comunitari. La presenza di un richiamo alla Carta non si ritrova con costanza nelle decisioni della Corte di Lussemburgo, non vi è stato cioè uno spostamento dei giudizi che coinvolgono i diritti fondamentali verso gli organi dell'Unione<sup>13</sup>. Naturalmente il processo potrebbe subire un incremento nel corso del tempo, e questi dati essere oggetto di evoluzione e trasformazione, ma vale la pena segnalare che, almeno fino ad ora, non destano particolare preoccupazione<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Naturalmente i numeri delle questioni che negli stessi anni i giudici hanno rimesso alla Corte costituzionale sono incomparabili (basti pensare che sono 408 nel 2010, 286 nel 2011), così come il numero delle pronunce frutto nel giudizio in via incidentale (ad esempio, 211 nel 2010, 196 nel 2011). Il riferimento alla Corte di Giustizia, per quanto significativo, non oscura, almeno sotto il profilo numerico, il rapporto tra giudici e Corte costituzionale.

<sup>13</sup> Basti pensare che delle 79 cause ancora pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia, frutto di un rinvio pregiudiziale proveniente dall'Italia, solo in 6 casi si ritrova un riferimento alla Carta di Nizza (ossia C-523/12, C-497/12, C-361/12, C-234/12, C-233/12, C-492/11), cfr. nota successiva.

<sup>14</sup> Si possono comunque già segnalare alcuni rinvii pregiudiziali ancora pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia quali, ad esempio, quello del Tar Lombardia, del 28 maggio 2011, iscritto al numero C-160/12, con cui si chiede alla Corte di Giustizia di verificare la compatibilità con gli artt. 49 e ss TFUE della disciplina italiana che subordina la vendita dei farmaci di fascia C (soggetti a prescrizione medica) ad una previa autorizzazione amministrativa che può essere accordata solo ai titolari di farmacia in pianta organica, in cui si fa riferimento all'art. 16 della Carta di Nizza sulla libertà di impresa per ricostruire la nozione comunitaria di concorrenza; il rinvio del Tar Lazio del 26 aprile 2012, iscritto al numero C-234/12, con

In questi ultimi tre anni, infatti, sono 12 le decisioni in cui si ritrova un riferimento alla Carta dei diritti fondamentali<sup>15</sup>. Considerato che in tutto le decisioni sono 106, la Carta è presente circa in un 11% dei casi. A queste pronunce se ne devono aggiungere almeno altre due in cui la Carta è citata nelle conclusioni dell'Avvocato generale, ma non nella decisione della Corte (*Giovanardi*, C-79/11 e *Banca Antoniana Popolare Veneta*, C-427/10). Paradossalmente se si esamina, nello stesso arco di tempo, in quante occasioni compare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale il numero cresce notevolmente; basti pensare che, solo nel 2011, le sentenze in cui si rinviene un accenno alla Carta sono 11.

## 2. Rinvii pregiudiziali e Carta dei diritti. Un approccio centripeto

L'analisi delle questioni pregiudiziali che in varia misura hanno coinvolto i diritti fondamentali si presenta come un'impresa non facile. I casi sono molto diversi tra di loro, così come il ruolo giocato dalla Carta nell'argomentazione delle decisioni, ed, in generale, la "portata" complessiva delle pronunce. Ci limiteremo, quindi, ad alcune delle ipotesi più significative.

Procederemo a ritroso, affrontando prima le decisioni in cui la Carta riveste una funzione secondaria, per giungere, poi, a quelle in cui assume una posizione più incisiva. Seguendo una logica esplica-

cui si chiede alla Corte di Giustizia di valutare la compatibilità con gli articoli 49, 56 e 63 TFUE, nonché con l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 10 della CEDU, della disciplina nazionale che prevede dei limiti di affollamento pubblicitario più bassi per le emittenti a pagamento rispetto a quelli stabiliti per le altre emittenti.

<sup>15</sup> Ordinanza del 12 luglio 2012, C-466/11, *Currà*; ordinanza del 22 giugno 2011, C-161/11, *Vino*; sentenza del 28 giugno 2012, C-7/11, *Caronna*; sentenza del 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*; sentenza del 21 dicembre 2011, C-507/10, *X contro Y*; sentenza del 29 marzo 2012, C-500/10, *Belvedere costruzioni*; sentenza del 21 dicembre 2011, C-482/10, *Cicala*; sentenza del 6 settembre 2011, C-173/10, *Patriciello*; sentenza del 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*; sentenza del 16 febbraio 2012, C-72/10, *Costa*; ordinanza del 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino*; sentenza del 18 marzo 2010, C-317/08, *Alassini*.

tiva centripeta, cominceremo, quindi, in questo paragrafo dalle questioni più lontane dall'attribuire alla Carta un ruolo determinate nella risoluzione della controversia. Questo modo di avanzare consentirà di mostrare alcuni aspetti problematici del rapporto tra la magistratura italiana ed il diritto comunitario.

Partiamo da tre casi: *Giovanardi* (C-79/11), *Currà* (C-466/11) e *Cicala* (C- 482/10), tutti caratterizzati da una sostanziale irrilevanza della Carta ai fini del giudizio. Nel caso *Giovanardi*, il giudice delle indagini preliminari di Firenze solleva un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della decisione quadro 2001/220/GAI (relativa alla posizione della vittima nel processo penale) e della direttiva 2004/80/CE (sull'indennizzo delle vittime di reato). La questione sorge nel corso di un giudizio che coinvolge, da un lato, le persone fisiche chiamate a rispondere del decesso di un operaio, e delle lesioni di altri due, che effettuavano dei lavori su di uno scambio ferroviario, per la mancata predisposizione delle misure necessarie ad assicurarne incolumità; dall'altro lato, delle persone giuridiche per cui gli operai lavoravano (Rete ferroviaria italiana s.p.a.), imputate per la commissione dell'illecito amministrativo da reato, comportante le sanzioni di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

Nel corso dell'udienza preliminare sulla richiesta di rinvio a giudizio del p.m., le vittime avevano domandato di potersi costituire parte civile, a norma dell'art. 74 ss c.p.p., non solo nei confronti delle persone fisiche, ma anche di quelle giuridiche. Il d.lgs. n. 231 del 2001 non detta esplicite disposizioni sul punto, ma la giurisprudenza di merito e la Cassazione avevano negato tale possibilità. È interessante osservare come il giudice italiano costruisce il rinvio pregiudiziale: «Se la normativa italiana in tema di responsabilità amministrativa degli enti/persone giuridiche di cui al Decreto Legislativo n. 231/2001 e successive modificazioni, nel non prevedere “espressamente” la possibilità che gli stessi siano chiamati a rispondere dei danni cagionati alle vittime dei reati nel processo penale, sia conforme alle norme comunitarie in materia di tutela della vittima dei reati nel processo penale».

La domanda appare interessante almeno sotto due profili; innanzitutto la questione è tesa ad ottenere il riconoscimento della

contrarietà della legge italiana all'ordinamento comunitario nella parte in cui non prevede qualcosa che sarebbe necessario prevedere per essere conforme al diritto europeo. Una sorta di illegittimità per omissione, molto simile alle ordinanze con cui i giudici italiani chiedono alla Corte costituzionale una sentenza additiva. In secondo luogo, questa omissione è stata già valutata dalla Corte di Cassazione che ha escluso la possibilità di ampliare la partecipazione delle vittime al processo. Il giudice prova, attraverso il diritto comunitario, a superare un orientamento presente nella magistratura ordinaria, per giungere ad una diversa lettura del diritto nazionale.

La Corte di Cassazione, infatti, nella sentenza del 5 ottobre 2010 n. 2251/11 aveva affermato che un'interpretazione che porti ad applicare, in via estensiva o analogica, le disposizioni codicistiche sulla costituzione di parte civile si presenta come un'operazione complicata, visto che l'ampliamento della competenza del giudice penale dovrebbe essere prevista dalla legge, in base al principio di stretta legalità. Il giudice, quindi, allo stesso tempo, vuole superare un diritto vivente attraverso la supremazia comunitaria, e produrre una nuova norma di stampo penalistico. Proprio su questo punto, peraltro, si ritrova nelle conclusioni dell'Avvocato generale il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali, al divieto di applicazione analogica, in *malam partem*, delle norme penali in base all'art. 49 della Carta<sup>16</sup>,

<sup>16</sup> Il riferimento alla Carta si ritrova nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Sharpston del 15 maggio 2012, in cui, al punto 67, si afferma: «Da ultimo, il giudice del rinvio rileva che, interpretando la legislazione nazionale con le modalità proposte dai ricorrenti nella causa principale, si rischierebbe di violare la norma di diritto nazionale che osta all'applicazione analogica *in malam partem* delle disposizioni del codice penale. Non è solo la legislazione nazionale a vietare l'applicazione delle disposizioni di diritto penale in tal modo. Già nel 1963 la Commissione europea per i diritti dell'uomo ha deciso che procedere in tal senso costituirebbe una violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, in base alla quale, nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Un approccio analogo è stato adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza [...]. Il testo dell'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione è formulato in termini identici a quelli della parte pertinente dell'articolo 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di

che si configura come un limite all'operazione tentata dal giudice<sup>17</sup>.

L'impostazione del giudice di Firenze non si presenta come una novità sul piano dei rapporti tra diritto penale e diritto comunitario (si pensi al caso *Pupino*, su cui *infra* par. 3). Si iscrive piuttosto all'interno di una tendenza che cerca nel diritto europeo uno strumento per aggirare gli ostacoli presenti nell'ordinamento nazionale, derivanti dalla presa di posizione delle giurisdizioni superiori. In quest'ultima prospettiva, si può ricordare, ad esempio, la sentenza del 20 ottobre 2011, C-396/09, *Interdil*<sup>18</sup>. La domanda di pronuncia pregiudiziale, sollevata dal Tribunale di Bari, sorge nel corso di un'azione per la dichiarazione di fallimento della società *Interdil*, che aveva trasferito la sua sede nel Regno Unito. La società si era rivolta alla Corte di Cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, che aveva affermato la competenza del giudice italiano.

Il Tribunale di Bari, chiamato a pronunciarsi sulla procedura di

Lisbona, con effetto dal 1° dicembre 2009, la Carta ha acquisito forza di diritto primario. Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione».

<sup>17</sup> Entrando nel merito della questione, la Corte di Giustizia sostiene l'inapplicabilità della direttiva 2004/80. La normativa comunitaria riguarda situazioni diverse, quali l'agevolazione, per le vittime della criminalità, dell'accesso al risarcimento nelle situazioni transfrontaliere, mentre, nel procedimento principale, i reati sono avvenuti in un contesto esclusivamente nazionale. Anche la decisione quadro non è utilizzabile nel giudizio *a quo*, dal momento che non contiene alcuna disposizione da cui si possa dedurre che il legislatore dell'Unione abbia voluto obbligare gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche. Secondo i giudici di Lussemburgo, dall'ordinanza di rinvio emerge che l'illecito amministrativo da reato è un reato distinto, che non presenta un nesso causale diretto con i pregiudizi cagionati dal reato commesso da una persona fisica e di cui si chiede il risarcimento. Infatti, il giudice del rinvio sottolinea che, in un regime come quello istituito dal decreto legislativo n. 231/2001, la responsabilità della persona giuridica è qualificata come «amministrativa», «indiretta» e «sussidiaria», e si distingue dalla responsabilità penale della persona fisica, autrice del reato che ha causato direttamente i danni e a cui può essere chiesto il risarcimento nell'ambito del processo penale.

<sup>18</sup> La norma comunitaria oggetto di interpretazione è l'art. 3 del regolamento (CE) del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346 sulle procedure di insolvenza.

fallimento, manifesta dei dubbi sulla ricostruzione offerta dalla Corte di Cassazione. In particolare, il Tribunale, ritenendo la posizione della Cassazione in contrasto con i criteri enucleati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>19</sup>, decide di sospendere il procedimento e di sottoporre ai giudici di Lussemburgo la seguente questione pregiudiziale: «se nel caso in cui la statuizione sulla giurisdizione resa dalla Corte [suprema] di Cassazione con la richiamata ordinanza (...) si basi su un'interpretazione dell'art. 3 del regolamento (...) difforme da quella della Corte di giustizia della Comunità Europea, osti all'applicazione della disposizione comunitaria, come interpretata dalla Corte di giustizia, l'art. 382 del codice di procedura civile italiano in base al quale la Corte [suprema] di Cassazione statuisce sulla giurisdizione in maniera definitiva e vincolante».

La Corte di Giustizia ribadisce che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione, disapplicando qualsiasi disposizione nazionale contrastante<sup>20</sup>. L'art. 382 del c.p.c. che qualifica come definitiva la statuizione della Cassazione in merito al regolamento preventivo di giurisdizione cede dinanzi alla supremazia del diritto comunitario. Il nostro ordinamento si arricchisce così di un'ulteriore ipotesi di riapertura del giudicato frutto del diritto sovranazionale.

Anche le altre due decisioni, *Currà* e *Cicala*, in cui la Corte di Giustizia non entra nel merito della questione si prestano ad alcune osservazioni critiche. In questi casi, la Corte di Giustizia opera una sorta di *self restraint*, nonostante l'invito ad ampliare il raggio d'azione del diritto europeo. In entrambe le fattispecie, peraltro, appare chiara sia l'incompetenza della Corte, sia la posizione dei giudici italiani che cercano di servirsi del diritto europeo per superare una barriera presente nell'ordinamento nazionale.

Il primo, *Currà*, si inserisce nell'ambito della nota controversia "multilivello" che vede contrapposti alcuni cittadini italiani e la Re-

<sup>19</sup> In particolare, cfr. sentenza 2 maggio 2006, causa C-341/04, *Eurofood IFSC*.

<sup>20</sup> La Corte di Giustizia sottolinea anche che l'esistenza di una norma di procedura nazionale non può ostacolare il potere dei giudici, non di ultima istanza, di investire la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale. In questi termini cfr. anche la sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchimov*, punto 25.

pubblica federale di Germania per il risarcimento dei danni subiti nella Seconda guerra mondiale come conseguenza della deportazione<sup>21</sup>. La causa si iscrive in un filone che prende le mosse dalla sentenza *Ferrini*; in questa pronuncia la Corte di Cassazione ha dichiarato la competenza dei giudici italiani a conoscere delle cause di risarcimento nei confronti della Germania, poichè la gravità dei crimini commessi impediva l'applicazione della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità giurisdizionale degli Stati<sup>22</sup>. Com'è noto, nel 2008 la Germania si è rivolta alla Corte internazionale di giustizia ritenendo che l'Italia avesse violato la norma sull'immunità degli Stati<sup>23</sup>. Nelle more del giudizio, nel nostro ordinamento, veniva adottata la legge 23 giugno 2010, n. 98, con cui si sospendeva l'esecutività delle sentenze di condanna nei confronti della Germania fino alla pubblicazione della decisione della Corte dell'Aia.

Il Tribunale di Brescia chiede alla Corte di Giustizia se il preteso privilegio dell'immunità civile, insieme all'accordo stipulato tra i due Paesi di iniziare una causa dinanzi alla Corte internazionale ed alla normativa italiana che rende ineseguibili le sentenze basate su gravi crimini contro l'umanità, siano in contrasto con l'art. 6 TUE e con gli artt. 17, 47 e 52 della Carta di Nizza. Il Tribunale, cioè, attraverso il riferimento al diritto dell'Unione, ed in partico-

<sup>21</sup> Ordinanza della Corte di Giustizia del 12 luglio 2012.

<sup>22</sup> Cass., sent. 11 marzo 2004, n. 5044. Su cui cfr. P. DE SENA, F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giur. it.*, 2005, 255 ss.; A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 643 ss.

<sup>23</sup> Cfr. G. SERRANÒ, *Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, 617 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di "ius cogens" e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 310 ss.; L. COSENZA, *Immunità dello Stato e "ius cogens" nella sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia*, ivi, 327 ss.; F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, ivi, 350 ss.



lare alla tutela dei diritti fondamentali, non solo vuole giungere alla disapplicazione della normativa interna, ma anche congelare gli effetti di una eventuale futura decisione della Corte internazionale.

I giudici di Lussemburgo rigettano con un'ordinanza di manifesta incompetenza, *ratione materiae* e *ratione temporis*: la causa riguarda fatti avvenuti durante la Seconda Guerra mondiale, cioè prima della creazione delle Comunità europee; inoltre, non si evince in nessun passaggio dell'ordinanza di rimessione che la situazione oggetto del procedimento principale possa rientrare nella sfera di intervento dell'Unione. Di conseguenza, la Corte ritiene di non essere abilitata ad interpretare le norme di diritto internazionale che il giudice del rinvio pensa di dover utilizzare<sup>24</sup>.

Resta comunque un interrogativo collegato alla scelta di rivolgersi alla Corte di Giustizia e non alla nostra Corte Costituzionale, pure competente a conoscere dei limiti agli obblighi internazionali, sia di origine pattizia, sia di origine consuetudinaria, derivanti dalla

<sup>24</sup> Cfr. il par. 19 della decisione. La Corte di Giustizia è successivamente intervenuta in merito al tema dell'immunità giurisdizionale degli Stati in materia di rapporti di lavoro con la sentenza del 19 luglio 2012, *Mahamdia*, relativa alle controversie tra un cittadino algerino e tedesco e l'ambasciata algerina a Berlino sull'interpretazione degli articoli 18, paragrafo 2, e 21 del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La Corte innanzitutto interpreta il regolamento nel senso che un'ambasciata costituisce una «sede d'attività» ai sensi della normativa comunitaria, per cui il regolamento risulta applicabile ai fini della determinazione del giudice competente a conoscere di un ricorso proposto contro uno Stato terzo da un impiegato di un'ambasciata di quest'ultimo situata in uno Stato membro. Successivamente la Corte afferma che: «A tale proposito occorre rilevare che taluni principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti in materia di immunità giurisdizionale escludono che uno Stato possa essere convenuto in giudizio dinanzi ai tribunali di un altro Stato in una controversia come quella principale. Una siffatta immunità dalla giurisdizione degli Stati è sancita nel diritto internazionale e si fonda sul principio *par in parem non habet imperium*, in quanto uno Stato non può essere soggetto alla giurisdizione di un altro Stato. Tuttavia, come rilevato dall'Avvocato Generale [...] nelle sue conclusioni, allo stato attuale della prassi internazionale, tale immunità non ha valore assoluto, ma è generalmente riconosciuta qualora la controversia riguardi atti rientranti nel potere di sovranità, esercitati *iure imperii*. Essa può essere, per contro, esclusa se il ricorso giurisdizionale verte su atti compiuti *iure gestionis*, i quali non rientrano nell'esercizio di pubblici poteri», par. 54 e 55.

tutela delle libertà costituzionali e dell'eventuale bilanciamento tra di essi. Il giudice, in sostanza, avrebbe potuto servirsi della dottrina dei controlimiti all'apertura internazionale dello Stato per verificare la compatibilità della legge n. 98 del 2010 con i diritti di difesa e di proprietà<sup>25</sup>.

Nel caso *Cicala*, invece, il rinvio viene sollevato dalla Corte dei Conti nel corso di un giudizio tra una cittadina italiana e la Regione Sicilia in merito alla decisione dell'amministrazione di ridurre l'importo della pensione ad essa spettante ed il recupero delle somme erogate in passato<sup>26</sup>. La domanda di pronuncia pregiudiziale ha ad oggetto l'interpretazione del principio di motivazione degli atti della pubblica amministrazione, previsto sia dall'art. 296, secondo comma, TFUE, sia dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali. Per la Corte dei Conti l'art. 1, comma uno, della legge n. 241 del 1990, contenendo un rinvio diretto alle norme dell'Unione, comporta la loro immediata applicabilità da parte dell'amministrazione anche nell'esercizio delle competenze che fuoriescono dal raggio di azione del diritto europeo<sup>27</sup>. In particolare, la magistratura conta-

<sup>25</sup> Sui controlimiti, nell'ambito di una vasta letteratura, si rinvia a B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 152 ss.; R. CAPONI, *La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai "controlimiti"?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 915 ss.; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. 1, 14 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 23 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 734 ss.; F. DAL CANTO, *Il Consiglio di Stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 587 ss.; S. GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali: "controlimiti" e "protezione equivalente"*, in *Politica del diritto*, 2006, 411 ss.; G. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 3404 ss.; C. DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei "controlimiti"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 3408 ss.; A. CELOTTO, *I "controlimiti" presi sul serio*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, 892 ss.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2011.

<sup>27</sup> L'art. 1 dispone: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e

bile ritiene di poter utilizzare i principi comunitari, anche se la controversia riguarda una situazione puramente interna, in base ad una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 4035/2009), che attiene ad un caso diverso (la materia degli appalti), oggetto di intervento normativo dell'Unione.

La Corte di Giustizia, viceversa, sottolinea che dalla legislazione italiana non emergono indicazioni sufficientemente precise; non è certo che il legislatore nazionale «richiamandosi, all'art. 1 della legge n. 241/1990, ai principi del diritto dell'Unione, abbia inteso, con riferimento all'obbligo di motivazione, realizzare un rinvio al contenuto delle disposizioni degli artt. 296, secondo comma, TFUE e 41, n. 2, lett. c), della Carta o ancora ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti all'obbligo di motivazione dei provvedimenti» (par. 29).

Nonostante il Trattato all'art. 267 configuri il rinvio pregiudiziale come uno strumento destinato a risolvere i dubbi sulla portata delle norme comunitarie, in queste decisioni appare chiaro come si trasformi in un meccanismo per vagliare la compatibilità della norme interne con quelle europee. Questa natura anfibia non è risolta nemmeno dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha costantemente ribadito due punti fermi: l'impossibilità di pronunciarsi sul contrasto tra le norme nazionali e le disposizioni europee secondo l'art. 267, e la necessità di «fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione propri del diritto comunitario che gli consentano di valutare la compatibilità di norme di diritto interno con la normativa comunitaria»<sup>28</sup>. Recentemente i giudici di

di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Su questa decisione, si veda il commento critico di A. ZUCCARO, *L'obbligo di motivazione tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale: brevi considerazioni a margine di un rinvio pregiudiziale "alternativo"*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2011, 2912 ss.; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, 601 ss.

<sup>28</sup> Così, tra le tante ordinanze, si veda Corte di Giustizia del 10 luglio 2008, C-156/07, *Aiello*, sollevata dal Consiglio di Stato. Sul c.d. uso alternativo del rinvio pregiudiziale, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione euro-*

Lussemburgo hanno pubblicato una nota informativa in cui hanno evidenziato che nell'ambito del procedimento pregiudiziale «la Corte non è competente né a pronunciarsi su questioni di fatto sollevate nell'ambito della causa principale né a risolvere le divergenze di opinione in merito all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto nazionale (corsivo nostro)»<sup>29</sup>.

Nel nostro ordinamento, invece, i contrasti di opinione tra le Corti sono spesso il motore del rinvio. Emblematica in questo senso è la storia della disciplina dei giochi ed alle scommesse, in cui sono intervenuti i giudici di merito, la Cassazione, e le Corti (di Giustizia e Costituzionale)<sup>30</sup>. Questa vicenda mostra come il ricorso alla Corte di Giustizia sia valutato positivamente dalla Consulta anche quando è teso a risolvere le divergenze di opinione in merito all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto nazionale; analogamente, la Corte di Giustizia incoraggia i giudici nazionali ad utilizzare questo meccanismo se divergono dalle statuizioni delle Corti di ultima istanza nell'interpretazione del diritto europeo<sup>31</sup>. Non deve stupire, quindi, se alla base dei rinvii si ritrovi

*pea*, Torino, 2012, 335 ss.; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: un rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, cit., 431 ss.

<sup>29</sup> Nella nota si legge che: «nell'ambito del procedimento pregiudiziale, il ruolo della Corte è quello di fornire un'interpretazione del diritto dell'Unione o di statuire sulla sua validità, e non di applicare tale diritto alla situazione di fatto che è alla base del procedimento dinanzi al giudice nazionale, ruolo che spetta a quest'ultimo. La Corte non è competente né a pronunciarsi su questioni di fatto sollevate nell'ambito della causa principale né a risolvere le divergenze di opinione in merito all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto nazionale (corsivo nostro)», *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali*, in *Gazzetta ufficiale*, n. C 160 del 28/05/2011 pag. 1 ss.

<sup>30</sup> Cfr. R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile*, in *www.penalecontemporaneo*, 51 ss.

<sup>31</sup> Va comunque sottolineato che la Corte di Giustizia, nella sentenza del 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki*, afferma che: «l'esistenza di una norma di diritto interno che vincola i giudici che non giudicano in ultimo grado al rispetto delle valutazioni giuridiche emananti da un giudice di grado superiore non può di per sé privare detti giudici della facoltà di presentare alla Corte, a norma dell'art. 267 TFUE, questioni sull'interpretazione del diritto dell'Unione [...]]. Il giudice che non decide in ultima istanza dev'essere libero, segnatamente se ritiene che la valutazione in di-

spesso la tendenza a superare la posizione espressa dalle giurisdizioni superiori.

Nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale di Macerata<sup>32</sup> veniva valorizzata la presenza di una decisione della Corte di Giustizia che aveva sancito che la disciplina italiana, contenente divieti di carattere penale di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituiva una restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi. La Corte di Giustizia attribuiva al giudice nazionale il compito di verificare la rispondenza della normativa nazionale con le finalità di ordine pubblico poste alla base della sua adozione e la proporzionalità delle restrizioni rispetto a tali obiettivi (sentenza della Corte di giustizia, 6 novembre 2003, in causa C-243/01, *Gambelli*)<sup>33</sup>.

Il rimettente, inoltre, ricordava che successivamente alla decisione dei giudici di Lussemburgo erano intervenute le Sezioni Unite della Cassazione che avevano affermato la compatibilità delle misure restrittive adottate dallo Stato italiano con l'ordinamento comunitario, in particolare con l'art. 46 del Trattato CE, visto che perseguivano lo scopo di canalizzare la domanda e l'offerta del gioco entro confini controllabili, in modo da prevenire la possibile

ritto formulata dall'istanza superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le questioni con cui deve confrontarsi» (punto 42).

<sup>32</sup> Il Tribunale di Macerata dubita della compatibilità dell'art. 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401 (Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive) con gli artt. 3 e 41, 10 ed 11 Cost. In particolare il Tribunale ritiene che la disciplina interna, da un lato, prevede sanzioni eccessive ed introduce limitazioni alla libertà d'impresa, mediante l'istituzione di «un regime di sostanziale monopolio con irragionevole esclusione di altri operatori» (punto 1 del ritenuto in fatto); dall'altro lato, contrasta con il diritto comunitario in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi.

<sup>33</sup> Impostazione confermata, mentre ancora pendeva il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, dalla sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica ed altri*.

degenerazione criminale<sup>34</sup>. Il Tribunale di Macerata non condivide questa interpretazione della Cassazione, che definisce “diritto vivente”, visto che la politica di espansione nel settore dei giochi e delle scommesse, perseguita dallo Stato italiano, contraddice le ragioni di ordine pubblico identificate dalla Suprema Corte. Per il giudice, l’orientamento assunto dalla Corte di Cassazione «pone all’evidenza non soltanto un problema di compatibilità della normativa citata con il Trattato CE, ma anche un problema di legittimità costituzionale della prima, in quanto interpretata nei termini sopra richiamati» (punto 1 del ritenuto in fatto).

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 284 del 2007, risponde, da un lato, che la presenza di un diritto vivente, derivante da un’erronea applicazione di una pronuncia dei giudici di Lussemburgo, non è in grado di convertire una questione di compatibilità tra diritto interno e diritto comunitario, avente effetto diretto, in una questione di costituzionalità; dall’altro lato, che «le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni» (punto 3 del considerato in diritto). La conseguenza che viene tratta dalla Consulta è che i giudici sono tenuti a sollevare un rinvio alla Corte di Giustizia e non alla Corte costituzionale. Il giudice, quindi, non è legato al “diritto vivente” quando vi sono dei dubbi di conformità con le norme comunitarie dotate di effetto diretto, tra cui vanno inserite le decisioni della Corte di Giustizia.

Il rinvio pregiudiziale si configura, quindi, allo stesso tempo, come espressione di una collaborazione attiva tra giudici nazionali e giudici di Lussemburgo, e come possibile strumento di una “polemica” tra giudici interni.

<sup>34</sup> Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 26 aprile 2004, n. 23271.

3. *Un doppio movimento: la Carta dei diritti come strumento di ampliamento del raggio di azione del diritto comunitario e come limite al suo intervento*

Continuando a muoverci dalla “periferia”<sup>35</sup> delle decisioni sui diritti verso il “centro”, incontriamo, a metà strada, un altro gruppo di pronunce in cui si riscontra un duplice movimento: in primo luogo, la tendenza della Corte di Giustizia, già esaminata nel precedente paragrafo, a non servirsi della Carta oltre le sfere comunitarie di competenza, nonostante in questa direzione vadano le richieste dei giudici nazionali; in secondo luogo, l’utilizzo della Carta come argine al tentativo di disapplicazione del diritto nazionale, promosso attraverso il rinvio pregiudiziale.

Emblematico del primo orientamento è il caso *Vino* (C-20/10)<sup>36</sup>, relativo ad una controversia tra un lavoratore a tempo determinato ed il suo datore di lavoro, la società Poste Italiane, in merito alla liceità della clausola che consente a quest’ultima di stipulare un contratto di lavoro a tempo definito. L’art. 2, comma uno *bis*, del d.lgs. n. 368/2001 permette alle imprese concessionarie di

<sup>35</sup> Un altro caso in cui la Carta non è al centro della decisione è quello risolto con la sentenza del 6 settembre 2011, C-163/10, *Patriciello*. La Corte affronta il tema delle immunità dei membri del Parlamento Europeo. Dinanzi al Tribunale di Isernia pende un giudizio a carico di un parlamentare per calunnia nei confronti di un pubblico ufficiale. La questione riguarda il modo in cui devono essere interpretate le norme del Protocollo relativo alle immunità. La Corte di Giustizia sostiene che il fatto che le dichiarazioni contestate siano state espresse fuori dal Parlamento non implica di per sé l’esclusione della garanzia dell’immunità, visto che la sua applicazione deriva dalla natura e dal contenuto della dichiarazione. Per la Corte l’immunità trova il suo fondamento nella tutela della libertà di espressione, garantita dall’art. 11 della Carta e dall’art. 10 CEDU. L’esercizio di tale libertà deve essere collegata all’esercizio delle funzioni parlamentari, deve esserci cioè un nesso funzionale. Tale nesso deve essere “diretto” e deve “imporsi con evidenza” (punto 35). Nel caso di specie per la Corte, visto la situazione in cui furono pronunciate, ossia la contestazione di una multa, tale nesso non sembra evidente. La presenza di una dichiarazione del Parlamento europeo che ravvisa nelle opinioni espresse dal deputato una forma di esercizio dell’attività parlamentare sono solo un parere, che non assume effetto vincolante nel giudizio di merito, nè impone una peculiare motivazione al giudice che intende discostarsene.

<sup>36</sup> Sentenza della Corte di Giustizia dell’11 novembre 2010.

servizi postali di concludere tale tipo di contratti per un periodo massimo di sei mesi, senza dover indicare le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo richieste dalla legge.

Il Tribunale di Trani considera tale previsione in contrasto sia con l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato<sup>37</sup>, sia con il principio di non discriminazione sancito dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte rigetta la questione in base alla considerazione che l'accordo non impone agli Stati membri di giustificare il primo ed unico contratto a tempo determinato con delle ragioni obiettive. La normativa nazionale, inoltre, è stata adottata per attuare la direttiva 97/67/CE sullo sviluppo del mercato interno dei servizi postali e sul miglioramento della qualità del servizio, consentendo alle imprese del settore un certo grado di flessibilità per garantire il funzionamento efficace del sistema<sup>38</sup>.

Per quanto riguarda, poi, la non discriminazione, la Corte ribadisce che l'accordo prevede alcuni principi diretti a stabilire un quadro generale che tuteli la parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato, evitando le discriminazioni derivanti dalla successione di tale tipo di contratti. Il principio di non discriminazione, quindi, è presente con riferimento al rapporto tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato. Il Tribunale di Trani, invece, lo utilizza nella relazione tra lavoratori a tempo determinato, tra quelli dipendenti dalle Poste italiane e gli altri, collocandosi fuori dall'ambito di intervento dell'accordo.

È interessante osservare il "seguito" della questione. La sentenza della Corte di Giustizia è dell'11 novembre del 2010; il Tribunale di Trani il 7 febbraio 2011 solleva nuovamente una questione pregiudiziale, questa volta utilizzando come unico riferimento il principio di non discriminazione «sancito dal diritto dell'Unione» con argomentazioni sostanzialmente identiche al precedente rinvio.

<sup>37</sup> Accordo siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

<sup>38</sup> Ossia l'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001.



L'impressione è che il giudice tenti di superare le affermazioni della Corte di Lussemburgo sulla non applicabilità delle garanzie dell'accordo attraverso il riferimento esclusivo al principio generale di uguaglianza; una sorta di continuazione della dottrina *Mangold-Kucukdeveci* sulla disapplicazione del diritto nazionale per contrarietà ad un principio generale dell'Unione, presente anche nella Carta dei diritti<sup>39</sup>.

Nella sentenza *Kucukdeveci* (C-555/07), i giudici di Lussemburgo hanno affermato che il principio di non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla direttiva 2000/78/CE, consente al giudice di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto europeo<sup>40</sup>. In questa pronuncia il contrasto tra una legge nazionale e un principio/diritto fondamentale, quale quello di non discriminazione, contemplato dal Trattato, dalle tradizioni costituzionali comuni, e dalla Carta, è alla base della

<sup>39</sup> Nella prima decisione, *Mangold* del 22 novembre del 2005, C-144/04, com'è noto, la Corte sottolinea che la direttiva 2000/78 (sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) non sancisce essa stessa il principio di non discriminazione in ragione dell'età. Tale principio, infatti, «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», ragion per cui «deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario». Nella sentenza *Mangold*, il riferimento al principio generale di non discriminazione appare determinate per ottenere conseguenze che non potrebbero essere realizzate attraverso l'applicazione della direttiva, non solo perché non era ancora scaduto il termine per il suo recepimento, ma anche perché la controversia riguarda rapporti tra privati.

<sup>40</sup> F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Kucukdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 1145 ss.; S. LORENZON, *La Corte di Giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kucukdeveci*, in *Quad. cost.*, 2010, 430 ss.; V. SCJARABBA, *La sentenza Kucukdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); M. G. MILITELLO, *Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna la sentenza "Kucukdeveci"*, in *Il Foro italiano*, 2011 fasc. 3, pt. 4, 161 ss.; C. FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di giustizia prende atto della natura giuridica vincolante delle Carta di Nizza. (Nota a CGCE 19 gennaio 2010, seda Kucukdeveci c. Swedex, c- 555/07)*, in *Rivista AIC*, 2011, 26 ss.; N. Lazzerini, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle Direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso Kucukdeveci*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 443 ss.

disapplicazione della disciplina interna, anche in un rapporto tra privati. Il richiamo alla direttiva, tuttavia, appare decisivo per far rientrare la normativa nazionale nel campo di azione sovranazionale. Senza la direttiva sarebbe difficile circoscrivere il raggio di intervento del principio di non discriminazione, che non può operare su qualunque disciplina interna, ma solo su quelle collegate al diritto europeo.

Nella sentenza *Vino II*, non a caso, la Corte, utilizza come precedente proprio il caso *Kukucdeveci* per sottolineare che il principio di non discriminazione trova applicazione nelle fattispecie regolate dal diritto comunitario. Questa limitazione, ribadiscono a Lussemburgo, non viene messa in discussione dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la Carta, infatti, non estende l'ambito di applicazione del diritto comunitario, non introducendo competenze nuove, né modificando quelle definite nei Trattati (par. 24)<sup>41</sup>.

La Corte aggiunge anche un'importante precisazione in merito all'operatività della non discriminazione, fondata sulla distinzione tra *principio* e *regola* di dworkiana memoria: «i principi generali del diritto dell'Unione rivestono rango costituzionale, laddove il principio ipotizzato dal giudice del rinvio è contrassegnato da un grado di specificità che necessita di un'elaborazione legislativa la quale, a livello dell'Unione, viene realizzata mediante un atto di diritto derivato»<sup>42</sup>. La soluzione della questione cioè implica l'adozione di scelte di carattere normativo che operino una ponderazione degli interessi in gioco, e che siano dotate di una specificità non desumibile da un principio generale<sup>43</sup>. I giudici europei, quindi, arginano la por-

<sup>41</sup> La Corte cita come precedenti le seguenti pronunce: sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, punto 51, ordinanze 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*, punto 12; 1 marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, punti 23 e 24, e sentenza 23 maggio 2011, cause riunite C-267/10 e C-268/10, *Rossius e Collard*, punto 16.

<sup>42</sup> La Corte, nella sentenza del 22 giugno 2011, C-161/11 *Vino II*, cita come precedenti le sentenze 15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux e a.*, punti 62 e 63, nonché 29 ottobre 2009, causa C-174/08, *NCC Construction Danmark*, punto 42.

<sup>43</sup> Sembra quasi di leggere R. DWORKIN, *Thaking Rights Seriously*, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, 1982, 94, in cui si afferma che i principi «Anche quelli che

tata della parità di trattamento, facendo un passo indietro a favore degli organi legislativi, comunitari e nazionali, che devono assumersi la responsabilità della disciplina della materia. La Corte di giustizia, ancora una volta<sup>44</sup>, non accoglie l'invito ad un'estensione del principio di non discriminazione oltre l'ambito del diritto europeo<sup>45</sup>.

Le due decisioni *Vino* possono essere lette anche da una diversa

più somigliano alle regole non indicano conseguenze giuridiche, che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste».

<sup>44</sup> Ancora recentemente la Corte di Giustizia è tornata a sanzionare la mancanza di collegamento con il diritto comunitario di questioni provenienti dai giudici italiani che facevano riferimento alla Carta di Nizza, cfr. l'ordinanza del 13 marzo 2013, C-555/12, *Loreti*, in cui il Tribunale di Tivoli chiede alla Corte di Giustizia se l'articolo 103 della Costituzione italiana e l'articolo 7 del codice del processo amministrativo sono compatibili con l'articolo 47, paragrafo 3, della Carta e con l'articolo 6 della CEDU, in combinato disposto con l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta. In particolare, il procedimento principale verte sulla legittimità di un atto amministrativo relativo ad un immobile e sul risarcimento del danno derivante dalla ristrutturazione di tale immobile in base a un atto illegittimo; o ancora l'ordinanza del 7 febbraio 2013, C-499/12, *Gentile*, sul rinvio pregiudiziale sollevato sempre dal Tribunale di Tivoli nel corso di un procedimento avviato dalla sig.ra Gentile, avvocato, avente ad oggetto la liquidazione delle spese, dei diritti e degli onorari relativi alla difesa della sua cliente, ammessa al beneficio del gratuito patrocinio in un procedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

<sup>45</sup> Tra i precedenti della Corte di Giustizia si può ricordare, ad esempio, il caso *Bartsch* (C-427/06), in cui viene in rilievo il rifiuto opposto da un fondo pensionistico austriaco alla concessione di una pensione di reversibilità, a causa della diversità anagrafica dei coniugi. La disciplina statale fissa tra le condizioni di pagamento della pensione un limite: la vedova o il vedovo non devono essere più giovani di 15 anni del lavoratore deceduto. La Corte afferma che, nonostante l'art. 13 TCE preveda esplicitamente tra i divieti di discriminazione l'età, la fattispecie non mostra alcun collegamento con il diritto comunitario. La decisione richiamata è interessante dal momento che la domanda posta nel rinvio pregiudiziale verte proprio sulla possibilità di fondare sul solo art. 13 TCE il nesso tra il diritto nazionale e quello sovranazionale. In sostanza si chiede alla Corte di interpretare il divieto di discriminazione come una norma che i giudici degli Stati membri devono garantire, indipendentemente dal fatto che il suo ambito di applicazione ricada in una materia non comunitaria. In questa prospettiva, la portata dell'art. 13 TCE si avvicinerrebbe a quella del principio di uguaglianza negli ordinamenti interni, assumendo un carattere universale e aperto. Sulla differenza tra principio comunitario e nazionale di uguaglianza F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003; F. SORRENTINO, *Il principio di uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. Dir.*, 2001, 179 ss.

prospettiva: l'intreccio tra giudizio di costituzionalità e giudizio di comunitarietà. La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza n. 214 del 2009 aveva respinto le censure di legittimità della disciplina sancita dal d.lgs. n. 368 del 2001 sui contratti a tempo determinato stipulati dalla società Poste italiane. I dubbi di costituzionalità riguardavano, da un lato, l'irragionevole differenza di trattamento a danno dei lavoratori delle Poste, e, dall'altro lato, l'inserimento nel nostro ordinamento di un'ipotesi "acausale" per le assunzioni a tempo definito, sottraendo al giudice il potere di verificare la presenza di ragioni oggettive alla base di tale tipo di reclutamento<sup>46</sup>. Il

<sup>46</sup> La Corte Costituzionale nella sentenza n. 214 del 2009 ha considerato che «la norma censurata costituisce la tipizzazione legislativa di un'ipotesi di valida opposizione del termine. Il legislatore, in base ad una valutazione – operata una volta per tutte in via generale e astratta – delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali di disporre di una quota (15 per cento) di organico flessibile, ha previsto che tali imprese possano appunto stipulare contratti di lavoro a tempo determinato senza necessità della puntuale indicazione, volta per volta, delle ragioni giustificatrici del termine. Tale valutazione preventiva ed astratta operata dal legislatore non è manifestamente irragionevole» (punto 4.1. del considerato in diritto). Sempre il Tribunale di Trani, con riferimento all'interpretazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, aveva proposto un rinvio pregiudiziale nel corso di una causa tra una lavoratrice e le Poste italiane. Questa questione era stata sollevata il 9 giugno 2008, ossia due mesi dopo l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale oggetto della decisione n. 214 del 2009, ed il riferimento era alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali che viene richiamata dal considerando della direttiva 1999/70 che attua l'accordo quadro. La questione, risolta con la sentenza del 24 giugno del 2010, C-98/09, *Sorge*, si presenta in termini analoghi a quelli della richiamata pronuncia della Corte costituzionale avendo ad oggetto contratti a tempo determinato stipulati dalla Poste per la sostituzione di un altro lavoratore, senza l'indicazione del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione, circostanza valutata dalla nostra Corte costituzionale al punto 3.1. del considerato in diritto. La vicenda, peraltro, non si esaurisce con le due pronunce dei giudici di Lussemburgo, perché il Tribunale di Trani torna a rimettere la questione alla Corte Costituzionale con l'ordinanza del 21 febbraio 2011, iscritta nel registro al n. 173 del 2011. Il Tribunale sostiene che, in base ad un orientamento assunto dalla Corte di Cassazione, considerato "diritto vivente", vengono rilette le affermazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009, in base ad una distinzione tra aziende a struttura elementare ad aziende a struttura complessa, tale da implicare solo per le prime l'obbligo di indicare il nome del lavoratore sostituito e la causa di sostituzione, mentre per le seconde la motivazione potrebbe essere collegata all'assolvimento di una funzione produttiva specifica occasionalmente scoperta (Corte di Cassazione, sentenza del 28 aprile 2010 n. 10175).

primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia del Tribunale di Trani è del 2 dicembre 2009, ossia immediatamente dopo la pronuncia della Consulta, che afferma la non fondatezza della questione (su questi intrecci, *infra* par.5).

Nella seconda tendenza si iscrive il caso *X contro Y*, sull'interpretazione della decisione quadro 2001/2207GAI, relativa alla posizione della vittima nel processo penale<sup>47</sup>. Tale decisione si muove sulla falsa riga della pronuncia *Pupino*<sup>48</sup>; in entrambi i casi, infatti, la questione pregiudiziale è sollevata dall'ufficio del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze in relazione alla normativa sull'incidente probatorio. Nella sentenza *X contro Y*, la domanda verte sull'impossibilità per la vittima vulnerabile di richiedere direttamente al giudice lo svolgimento dell'incidente probatorio, senza dover passare per il filtro del pubblico ministero<sup>49</sup>, e sulla mancanza di un potere d'impugnativa del provvedimento di diniego.

Nel nostro sistema processuale penale, cioè, il G.I.P. non può ordinare l'esecuzione dell'incidente probatorio né *ex officio*, né su istanza di parte. Nel caso in esame, tuttavia, nonostante il pubblico ministero presentasse una nuova richiesta di archiviazione, rifiutandosi di accogliere la domanda presentata dalla parte, il G.I.P. ne disponeva comunque l'esecuzione. Questa scelta veniva successivamente annullata dalla Corte di Cassazione, che non esitava a dichiararla "abnorme"<sup>50</sup>. Il G.I.P., seguendo uno schema già visto, pensa di

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2001, C-507/10.

<sup>48</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 16 giugno 2005, *Pupino*, C-105/03, su cui R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2005, 4030 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di P. CORSO e E. ZANETTI, Piacenza, 2010, 643 ss.

<sup>49</sup> In particolare la questione riguarda la compatibilità degli artt. 392, comma 1 bis, 398, comma 5 bis, e 394 c.p.p. con gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro.

<sup>50</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, n. 23930 del 27/05/2010. La Corte di Cassazione afferma che: «È affetta da abnormità l'ordinanza con cui il Giudice, in esito all'udienza camerale fissata a seguito di opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, nel rigettare quest'ultima, disponga l'assunzione di una testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio su richiesta della persona of-

rivolgersi alla Corte di Giustizia per ottenere un duplice effetto: ordinare l'incidente probatorio vietato dal diritto interno e superare la decisione della Cassazione. Di nuovo, quindi, il rinvio alla Corte di Giustizia viene utilizzato per scavalcare una presa di posizione della giurisdizione superiore.

La Corte di Lussemburgo richiama il precedente *Pupino* per evidenziarne le diversità con il caso in esame: mentre in *Pupino* veniva analizzata l'impossibilità di acquisire la testimonianza dei minori tramite un incidente probatorio, nel giudizio *X contro Y* non esiste questa limitazione, dal momento che l'art. 398, comma 5 *bis*, c.p.p. consente di assumere la deposizione per i delitti sessuali o a sfondo sessuale, oggetto del giudizio principale.

Per i giudici di Lussemburgo, nessuna norma della decisione quadro prevede le modalità concrete di attuazione degli obiettivi della normativa dell'Unione (la garanzia di un trattamento rispettoso della dignità personale e la predisposizione di una procedura adeguata alla situazione delle vittime vulnerabili). Gli organi nazionali godono di un ampio potere discrezionale nella concretizzazione di tali finalità, per cui una legislazione nazionale, che prevede un regime processuale in forza del quale il pubblico ministero decide in merito all'accoglimento della domanda della vittima di ricorrere a una procedura come quella dell'incidente probatorio, non eccede il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri.

In chiusura della sentenza, la Corte sostiene che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali non garantisce alla vittima di un reato il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo, al fine di ottenerne la condanna (punto 43)<sup>51</sup>. Va evidenziato che l'Av-

fesa, spettando solo al P.M. ed all'indagato il potere di proporre la richiesta. (Nella specie, il G.i.p. – all'esito dell'udienza camerale nella quale la persona offesa, anziché osservare il disposto dell'art. 394 cod. proc. pen., si era limitata a sollecitare verbalmente l'assunzione di una testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio – dopo essersi riservato ed aver, in assenza di contraddittorio, richiesto al P.M. di esprimere il suo "assenso", lo aveva disposto d'ufficio, fissando l'udienza camerale in prosecuzione per l'escussione)».

<sup>51</sup> La Corte qui cita anche l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguar-

vocato generale Cruz Villalón nelle sue conclusioni si era soffermato maggiormente sulla Carta, ma la norma presa in considerazione era l'art. 24 sui diritti del bambino, e non l'art. 47 sul diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale.

Complessivamente la Carta è oggetto di una riflessione molto limitata, e si ritrova in un passaggio della pronuncia poco elaborato. La questione, pur coinvolgendo libertà fondamentali e soggetti deboli, non viene esaminata in questa prospettiva; i giudici dell'Unione affrontano il rinvio attraverso una lente sistemica, che coinvolge le specifiche norme procedurali, nazionali e comunitarie, sulla posizione della vittima nel giudizio. Ancora una volta, quindi, manca una riflessione approfondita sulla portata dei diritti che vengono richiamati, e la Corte di Lussemburgo sembra svolgere il ruolo di una Corte "ordinamentale", chiamata cioè a vagliare la corretta ed uniforme applicazione ed interpretazione del diritto comunitario, e non quello di una Corte dei diritti.

La Carta, invece, comincia ad assumere un certo peso nell'argomentazione della Corte di Giustizia, nella sentenza del 28 giugno 2012, C-7/11, *Caronna*. Il rinvio sorge nel corso di un procedimento penale a carico di alcuni farmacisti che svolgevano un'attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali, in assenza dell'autorizzazione prescritta dalla legge. Il Tribunale di Palermo ritiene necessario sollevare la questione pregiudiziale, visto che la presenza o meno dell'obbligo di munirsi di un'autorizzazione deriva dall'interpretazione della direttiva europea.

I giudici di Lussemburgo, dopo aver sottolineato che la normativa comunitaria deve essere interpretata nel senso che il farmacista, autorizzato a svolgere attività di grossista, è tenuto a munirsi di un'autorizzazione per la distribuzione all'ingrosso di medicinali, affrontano il tema del rapporto tra l'interpretazione conforme ed il diritto penale. In particolare, la Corte ribadisce che una direttiva non può, indipendentemente dalla legge interna di uno Stato membro, determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che

di dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e la sentenza del Tribunale di Strasburgo del 29 marzo 2001, *Asociación de Víctimas del Terrorismo c. Spagna*.

la violano. Qualora il giudice del rinvio non ritenga presente nel diritto interno l'obbligo per i farmacisti di munirsi di un'autorizzazione specifica e, di conseguenza, non possa esaminare la presenza di una responsabilità penale in base alla normativa nazionale, il principio di legalità delle pene *ex art. 49* della Carta di Nizza vieta di sanzionare tale comportamento in virtù della sola direttiva.

La tutela dei diritti fondamentali si configura, quindi, come una possibile eccezione al rispetto del diritto comunitario. Un comportamento assunto in violazione di una direttiva, ma la cui sanzione avverrebbe in contrasto con la Carta, implica la prevalenza di quest'ultima sul diritto derivato. La Corte di Giustizia ha spesso affermato che gli Stati membri non possono opporre all'applicazione delle norme comunitarie la presenza di disposizioni di diritto interno, anche di livello costituzionale<sup>52</sup>. In questo caso, il ragionamento è rovesciato: gli Stati non possono invocare l'applicazione di una direttiva per produrre un effetto vietato dalla Carta. Di nuovo, quindi, i diritti sono una barriera all'estensione di operatività del diritto dell'Unione prospettata dal giudice.

In questa stessa linea si iscrive la decisione del 29 marzo 2012, C-500/10, *Belvedere Costruzioni*, in cui viene in gioco il principio di neutralità fiscale. La normativa italiana prevede l'estinzione automatica dei procedimenti pendenti dinanzi al giudice tributario di terzo grado quando il ricorso è stato iniziato in primo grado da più di dieci anni, e nei precedenti gradi di giudizio l'Amministrazione è risultata soccombente. La Corte sottolinea che il diritto comunitario impone agli Stati membri di prendere tutte le misure necessarie a garantire la riscossione dell'IVA e la mancanza di differenze

<sup>52</sup> Già dalla sentenza della Corte di Giustizia del 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* si è affermato che: «il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa comunità».



tra i contribuenti. Tuttavia, l'obbligo di riscossione incontra un argine nella tutela dei diritti, non potendo la sua esecuzione andare in contrasto con la durata ragionevole del processo, sancita dall'art. 47 della Carta e dall'art. 6 CEDU. La normativa italiana, infatti, è stata adottata per rimediare alla violazione della durata ragionevole, come risulta espressamente dalla stessa normativa<sup>53</sup>. Essa, quindi, lungi dal rappresentare una rinuncia alla riscossione dell'IVA in termini generalizzati, si presenta come una misura eccezionale che rende definitive le pronunce di secondo grado per garantire il rispetto delle libertà fondamentali. Il richiamo alla Carta, operato sia dall'Avvocato generale Sharpston, sia dalla Corte, non presente nella legge italiana che faceva esclusivo riferimento alla CEDU<sup>54</sup>, costituisce lo sfondo del ragionamento che limita la portata del dovere di riscossione.

In conclusione, anche in queste pronunce, il rapporto tra i giudici italiani e la Corte di Giustizia, con specifico riferimento all'utilizzo della Carta dei diritti fondamentali, ha mostrato una limitata incidenza di questo strumento. Anzi, la Carta ha spesso rappresentato un limite all'operazione tentata dal giudice, divenendo un meccanismo di contenimento dell'intervento sovranazionale, piuttosto che di espansione.

<sup>53</sup> Decreto legge 40/2010, art. 3, comma due, lettera a).

<sup>54</sup> Sempre in questo periodo, un caso per certi aspetti analogo è quello risolto con l'ordinanza del 29 marzo 2012 C-529/10, *Safilo Spa*, in merito alla disciplina nazionale che prevede in materia di fiscalità diretta, l'estinzione dei procedimenti pendenti dinanzi al giudice di terzo grado, attraverso il pagamento di una somma pari al 5% del valore di una controversia quando il giudizio in primo grado ha avuto inizio almeno più di dieci anni prima e l'amministrazione sia stata soccombenente in entrambi i primi due gradi di giudizio. La normativa italiana è rappresentata sempre dal decreto legge 40/2000, che richiama la CEDU, ma nella pronuncia della Corte e nelle conclusioni dell'Avvocato generale, non c'è traccia del riferimento alla Carta dei diritti.

#### 4. *Un case study: la sentenza Kamberaj, ovvero i diritti presi sul serio*

La Carta assume un ruolo decisivo nella soluzione della questione *Kamberaj* (C-571/10), che rappresenta un buon *case study* per il “contesto” in cui si inserisce, rappresentato dalle decisioni dei giudici comuni, dalla presenza di diverse pronunce della Corte Costituzionale e di alcune questioni ancora pendenti.

La domanda pregiudiziale è sollevata dal Tribunale di Bolzano in merito alla disciplina dei sussidi per l'alloggio che vede contrapposti un cittadino albanese, titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, e la Provincia di Bolzano, a seguito del rigetto della richiesta del sussidio in ragione dell'esaurimento degli stanziamenti previsti per i cittadini dei Paesi terzi. Come risulta dall'ordinanza di rinvio, a partire dall'anno 2009, la determinazione della quota di fondi concessi, a titolo di sussidio per l'alloggio, ai cittadini dell'Unione ed ai cittadini dei Paesi terzi, è stata modificata in base ad un diverso metodo di calcolo, che ha avuto come effetto quello di sfavorire i cittadini extracomunitari, limitando lo stanziamento economico per soddisfare le loro domande<sup>55</sup>.

La Corte di Giustizia affronta, *in primis*, il tema della comunitarizzazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte sfata ogni equivoco, affermando che l'art. 6 TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti nazionali, né individua le conseguenze che un giudice deve trarre dal loro conflitto<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Parità di trattamento e rapporti tra ordinamenti in una decisione della Corte di Giustizia (24 aprile 2012)*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 665 ss.; A. ALLAMPRESE, G. BRONZINI, *Cittadini stranieri e discriminazione nell'accesso a prestazioni sociali a carattere essenziale: la Corte di Giustizia valorizza la Carta di Nizza*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2012.

<sup>56</sup> La Corte di Giustizia sottolinea che: «l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale. Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta conven-

In sostanza, i giudici di Lussemburgo giungono a conclusioni per certi versi simili a quelle della nostra Corte costituzionale, ma in base ad un'argomentazione molto meno articolata<sup>57</sup>.

Una volta chiarito questo punto preliminare, la Corte di Giustizia esamina la portata del principio di parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini dell'Unione sancito dalla direttiva 2003/109. La Corte sottolinea, in via generale, che le difficoltà statistiche o amministrative incontrate dalla Provincia autonoma di Bolzano non spiegano la ragione per la quale i cittadini extracomunitari «si trovino in una situazione che non è comparabile a quella di un cittadino dell'Unione avente il medesimo bisogno economico» (par. 75). La categoria del bisogno economico, come cardine del giudizio di ragionevolezza, la ritroveremo anche nella giurisprudenza costituzionale su fattispecie che presentano alcune analogie<sup>58</sup>. Il caso *Kam-*

zione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa», par. 62 e 63. Recentemente la Corte di Giustizia è tornata sul tema con la sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren*, in cui ha ribadito che: «Per quanto riguarda, anzitutto, le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra il diritto nazionale e la CEDU, occorre ricordare che, anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, punto 62)» punto 44.

<sup>57</sup> Cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2011, su cui A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, ivi.

<sup>58</sup> In questa prospettiva, è opportuno ricordare che la Consulta recentemente, con la sentenza n. 2 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge n. 12 del 28.10.2011 della Provincia Autonoma di Bolzano nella parte in cui prevede che, per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale aventi natura economica, è richiesto ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea «un periodo minimo di cinque anni di ininterrotta residenza e dimora stabile in Provincia di Bol-

beraj, infatti, anticipa la descrizione delle sovrapposizioni tra questioni comunitarie e costituzionali (*infra* par. 5).

L'art. 11, commi 1 e 4, della direttiva 2003/109/CE sullo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo dispone il principio della parità di trattamento per quanto riguarda le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale. Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia alle sole prestazioni essenziali. Il nostro ordinamento ha recepito tale direttiva con il d.lgs. 3/2007 che ha sostituito l'art 9 del T.U. sull'immigrazione<sup>59</sup>, stabilendo che il titolare del permesso di soggiorno CE di lungo periodo può: «usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, [...] salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale».

Il punto centrale della decisione è rappresentato dalla lettura della normativa, comunitaria e nazionale, sotto la lente della Carta dei diritti<sup>60</sup>. Gli Stati membri, infatti, nell'attuare la direttiva, de-

zano». La Corte ritiene tale requisito in contrasto con l'art. 3 Cost., dal momento che viola il principio di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto «introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze in questione (sentenza n. 40 del 2011)». La Corte sottolinea che «non è evidentemente possibile presumere, in termini assoluti, che gli stranieri immigrati nella Provincia da meno di cinque anni, ma pur sempre ivi stabilmente residenti o dimoranti, versino in stato di bisogno minore rispetto a chi vi risiede o dimora da più anni». Va ricordato che tra le considerazioni di illegittimità sollevate dal Governo vi era anche il contrasto con l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), che, ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, equiparano ai cittadini italiani gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno. Ma la dichiarazione di illegittimità si basa solo sull'art. 3 Cost.

<sup>59</sup> D.lgs. del 25/7/1988 n. 286.

<sup>60</sup> La Corte afferma che: «Risulta dal terzo considerando della direttiva 2003/109 che quest'ultima rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi che sono riconosciuti, segnatamente, dalla Carta, la quale ha, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, TUE, lo stesso valore giuridico dei trattati. In forza del-

vono rispettare i diritti ed osservare i principi previsti dalla Carta, segnatamente quelli enunciati all'articolo 34<sup>61</sup>. La Corte sottolinea che spetta al giudice del rinvio, tenendo conto dell'obiettivo di integrazione perseguito dalla direttiva, valutare se un sussidio per l'alloggio, come quello previsto dalla legge provinciale, rientri in una prestazione essenziale. La Corte offre comunque alcune indicazioni, ribadendo che la regola è la parità di trattamento e l'integrazione dei cittadini extracomunitari di lungo periodo, mentre l'eccezione è la differenziazione, che deve essere interpretata restrittivamente<sup>62</sup>. La Corte chiude la decisione stabilendo che: «conformemente all'articolo 34 della Carta, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti. Ne consegue che, nei limiti in cui il sussidio di cui trattasi nel procedimento principale risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non può essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, della direttiva 2003/109».

La Corte di Giustizia, nel caso *Kamberaj*, offre delle linee guida al giudice, in aderenza ad un modello, quale quello ricordato da Ferreres, che vuole la magistratura nazionale in una posizione più

l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, le sue disposizioni si rivolgono agli Stati membri allorquando essi attuano il diritto dell'Unione».

<sup>61</sup> L'art. 34 della Carta dispone che: «1. L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali. 2. Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. 3. Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali».

<sup>62</sup> Inoltre, la Corte sottolinea che l'Italia non ha espresso alcuna riserva al momento di adozione della direttiva.

adeguata per valutare la concreta soluzione della questione proposta<sup>63</sup>.

È interessante soffermarsi anche su di una vicenda “parallela” a quella *Kamberaj*, ossia sul riconoscimento, operato dalla l. n. 448/1998, del beneficio economico denominato assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori, in favore delle famiglie composte da cittadini italiani residenti, con tre o più figli, tutti con età inferiore ai 18 anni, che risultino in possesso di scarse risorse economiche<sup>64</sup>. Successivamente l’art. 80 della legge n. 388/2000 ha esteso tale beneficio anche ai nuclei familiari in cui il soggetto richiedente sia un cittadino comunitario<sup>65</sup>. Nel nostro ordinamento si è sviluppato, infatti, un nutrito contenzioso sull’attribuzione di tale beneficio agli stranieri extracomunitari. Questa giurisprudenza appare interessante perché è collegata all’applicazione delle stesse norme oggetto della decisione *Kamberaj* (la direttiva 2003/109/CE ed il d.lgs. 3/2007)<sup>66</sup>. Nel caso *Kamberaj*, però, vi era l’interposi-

<sup>63</sup> In questa direzione anche la recente decisione del 26 febbraio 2013, C-617/10, che richiama l’applicazione della Carta di Nizza. Su cui cfr. R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren* (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), in *www.diritticomparati.it*.

<sup>64</sup> Disciplina prevista dall’art. 65 della legge n. 448 del 23.12.1998 (“Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo”).

<sup>65</sup> L’assegno viene concesso dai Comuni, ma viene erogato dall’INPS sulla base dei dati forniti dai Comuni stessi. Va ricordato che con una circolare (n. 9 dd. 22/01/2010), l’INPS ha riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi titolari dello *status* di rifugiato politico il diritto di accedere al suddetto assegno in base all’art. 27 del d. lgs. 251/07, che attua la direttiva CE 2004 /83, che ha riconosciuto ai rifugiati, o alle persone bisognose della protezione internazionale, il diritto di godere del medesimo trattamento giuridico riconosciuto al cittadino italiano in tema di assistenza sociale e sanitaria.

<sup>66</sup> Su questa giurisprudenza cfr. I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in questo volume, in particolare al paragrafo 4.b) Si deve ricordare, inoltre, che è stata sollevata una denuncia alla Commissione europea da parte dell’ASGI (associazione studi giuridici sull’immigrazione) per violazione del diritto dell’Unione europea in relazione al principio di parità di trattamento in materia di accesso dei cittadini di Paesi terzi, titolari del permesso di soggiorno CE per lungo soggiornanti, alle prestazioni sociali, all’assistenza sociale e alla protezione sociale,

zione della normativa provinciale e della delibera della Giunta, che consentivano un meccanismo di riduzione dei fondi, mentre in queste ipotesi il ragionamento dei giudici è tutto incentrato sulla legislazione nazionale e europea<sup>67</sup>.

Uno dei punti maggiormente controversi è l'interpretazione della formula "salvo sia diversamente disposto" contenuta nella legge di attuazione della direttiva. In particolare ci si domanda se tale clausola possa essere riferita ad una normativa precedente la direttiva, come quella che escludeva tutti gli stranieri dall'accesso a determinate prestazioni sociali. L'Italia, come sottolineato anche nella sentenza *Kamberaj*, non ha esercitato nessuna deroga al momento di ricezione della normativa europea, per cui l'unica limitazione alla parità di trattamento deriverebbe da una legislazione precedente.

Il Tribunale di Genova, ad esempio, intervenendo successivamente alla pronuncia della Corte di Giustizia, applica lo stesso ragionamento giuridico, sostenendo, da un lato, che l'Italia non ha manifestato la volontà di avvalersi della deroga alla parità di tratta-

denuncia leggibile in <http://www.asgi.it>. La denuncia appare interessante anche sotto un diverso profilo rappresentato dall'utilizzo della procedura di infrazione come strumento per modificare la legislazione presente in un determinato Paese. In questo senso si veda la sentenza della Corte di Giustizia (Seconda Sezione), del 4 ottobre 2012, causa C-75/11, *Commissione c. Austria*. La questione ha ad oggetto il ricorso per inadempimento, sollevato dalla Commissione nei confronti dell'Austria, a causa della limitazione del beneficio delle tariffe di trasporto ridotte ai soli studenti i cui genitori percepiscono assegni familiari austriaci. La Commissione veniva informata, attraverso una denuncia depositata da una persona che agiva in nome del partito politico «i Verdi» («*die Grünen*»).

<sup>67</sup> Peraltro, una questione che vede implicata la direttiva n. 109/2003, il principio di parità di trattamento, e la disciplina nazionale è attualmente oggetto di un rinvio alla Corte Costituzionale, Ordinanza del 9 marzo 2011 (reg. ord. n. 241 del 2011). Il Tribunale di Monza solleva una questione di legittimità della disciplina sul riconoscimento dell'assegno per le famiglie numerose. Il ragionamento molto articolato del Tribunale si conclude con la considerazione che: «il giudice che ritenga di non poter applicare una norma interna incompatibile con la direttiva, non potendo procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante, rimedio consentito esclusivamente laddove il conflitto coinvolga una norma dell'Unione europea dotata di efficacia diretta non può che rimettere al giudice delle leggi la soluzione della questione».

mento, e, dall'altro, che l'assegno è una prestazione essenziale, che persegue le finalità sancite dall'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali. Il giudice propone un'interpretazione comunitariamente conforme nel senso di ritenere che il d.lgs. n. 3 del 2007, successivo sia all'art. 65 della legge n. 448/1998, sia all'art. 80 della legge n. 388/2000, ha esteso la platea dei beneficiari della prestazione sociale<sup>68</sup>. In questa sentenza, peraltro, il cittadino extracomunitario era di origini marocchine e questa circostanza aveva indotto, prima della decisione della Corte di Giustizia sul caso *Kamberaj*, altri giudici a seguire una strada diversa per riconoscere la parità di trattamento. Il Tribunale di Tivoli<sup>69</sup>, sezione lavoro, ad esempio, aveva attribuito l'assegno di maternità ad una cittadina marocchina, non in possesso della Carta di soggiorno, in base all'applicabilità diretta della clausola di non discriminazione contenuta nell'art. 41 dell'accordo firmato tra la Comunità europea e lo Stato del Marocco, in aderenza all'interpretazione di esso fornita dalla Corte di Giustizia<sup>70</sup>. Nello stesso senso si erano pronunciati sia la Corte di Cassazione che aveva ritenuto direttamente applicabile l'art. 41 dell'ac-

<sup>68</sup> Tribunale di Genova, sentenza del 24.9.2012, che afferma che: «Il principio dell'interpretazione conforme richiede che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi interpretativi riconosciuti da quest'ultimo. [...] A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva [...] Nel caso in esame, la trasposizione della direttiva 109, avvenuta col d. lgs 3/2007, è successiva alla disciplina di legge sull'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli. È così possibile ritenere che il legislatore nazionale abbia inteso allargarne ulteriormente l'area dei beneficiari, estendendola, dopo i cittadini dell'Unione, anche ai titolari di permesso di lungo soggiorno. Questa soluzione ermeneutica è del tutto aderente ai canoni interpretativi del nostro ordinamento e rende il combinato disposto degli artt. 65 l. 448/98 ed 80, quinto comma, l. 388/2000 compatibile con la disciplina di carattere antidiscriminatorio, eliminandone il contrasto».

<sup>69</sup> Tribunale di Tivoli, sentenza del 15.11. 2011.

<sup>70</sup> Sentenza della Corte di Giustizia *Kziber*, del 31 gennaio 1991, C-18/90.



cordo CEE-Marocco<sup>71</sup>, sia il Tribunale di Perugia, in merito al riconoscimento della pensione di invalidità civile<sup>72</sup>.

Non si ritrova, invece, nessun riferimento al caso *Kamberaj* nella decisione il Tribunale di Gorizia, che pure si pronuncia dopo la Corte di Giustizia. I giudici seguono un ragionamento incentrato sull'assenza di una deroga esplicita al principio della parità di trattamento al momento dell'attuazione della direttiva<sup>73</sup>. Analogamente il Tribunale di Milano sottolinea che il legislatore italiano né al momento di ricezione della normativa europea, né con legislazione successiva ha inserito un'eccezione a tale principio<sup>74</sup>. Per il Tribunale, quindi, non solo la successione delle leggi nel tempo, ma anche l'art. 14 della CEDU e la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo depongono nel senso della «pervasività del principio della parità di trattamento», per cui deve essere disapplicata la norma interna per contrarietà al diritto comunitario<sup>75</sup>.

La decisione *Kamberaj*, quindi, non viene sempre utilizzata dai giudici come precedente per fondare una certa lettura della disciplina nazionale, in particolare per inserire l'assegno tra le presta-

<sup>71</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 18 maggio 2011, n. 17966/11. La Cassazione condivideva la posizione della Corte di Appello di Torino che aveva disapplicato l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 in contrasto con la norma europea.

<sup>72</sup> Tribunale di Perugia, sezione lavoro, sentenza del 27.11.2011. In questa decisione il giudice non solo richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 11 del 2009, sull'erogazione di tale beneficio indipendentemente dal possesso della Carta di soggiorno, ma ricorda che, allo stesso risultato, erano già pervenuti sia i giudici comuni, sia la Corte di Giustizia, in base all'applicazione diretta dell'art. 41 dell'Accordo CEE-Marocco.

<sup>73</sup> Tribunale di Gorizia, sentenza del 3.5.2012.

<sup>74</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 18.6.2012. Il Tribunale di Venezia si rifà esplicitamente alle conclusioni del Tribunale di Milano nella decisione del 21.1.2013, sempre in tema di riconoscimento dell'assegno per le famiglie numerose.

<sup>75</sup> Altri Tribunali, precedentemente alla decisione dei giudici di Lussemburgo, erano stati aditi in base all'art. 44 del d. lgs. n. 286/1998 per far dichiarare il carattere discriminatorio della condotta dei Comuni che non riconoscevano l'assegno. Anche in questi casi il ragionamento si basa sull'assenza di una deroga espressa al principio di parità di trattamento, per cui la scelta restrittiva del Comune viene considerata discriminatoria (Tribunale di Padova, il 5.12.2011).

zioni essenziali collegate alla tutela dei diritti sanciti nell'art. 34 della Carta<sup>76</sup>.

Un seguito senz'altro maggiore ha vuto la giurisprudenza della Corte Costituzionale sull'art. 80 della legge 388/2000. La Consulta, infatti, è intervenuta su questa disciplina per dichiararne l'incostituzionalità, nella parte in cui prevedeva che l'erogazione dell'indennità di accompagnamento per gli invalidi civili totalmente inabili (n. 306 del 2008)<sup>77</sup> e la pensione di inabilità (n. 11 del 2009) fosse subordinate al possesso della Carta di soggiorno<sup>78</sup>. In entrambi i casi, anche se la questione è stata sollevata richiamando diversi parametri, quali gli artt. 2 e 117 Cost., primo comma, la dichiarazione di incostituzionalità in base all'art. 3 ha assorbito gli altri profili di illegittimità. Recentemente, con la pronuncia n. 187 del 2010, sull'erogazione dell'assegno di invalidità ai soli stranieri extracomunitari in possesso della Carta di soggiorno, la Corte ha accolto la questione, dichiarando l'incostituzionalità della normativa per contrasto con l'art. 14 della CEDU, ossia con il principio di non discriminazione.

Se seguiamo l'evoluzione delle questioni di legittimità sull'art. 80 della l. 388/2000 si manifesta la progressiva emersione della

<sup>76</sup> Il richiamo alla decisione *Kamberaj* ed all'art. 34 della Carta si ritrova, invece, nella sentenza del Tribunale di Tortona del 22 settembre 2012.

<sup>77</sup> La Corte rileva la manifesta irragionevolezza di tale requisito, dal momento che tale prestazione assistenziale presuppone la totale inabilità al lavoro, ossia l'impossibilità di essere titolari un reddito, necessario, invece, per il rilascio della Carta.

<sup>78</sup> Anche in questa ipotesi la Corte fonda il suo ragionamento sull'art. 3, ossia sull'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo, che, da un lato, attribuisce la pensione a coloro che non superano un certo reddito, e, dall'altro, la esclude per gli extracomunitari che, proprio in mancanza di un reddito sufficiente, non possono essere titolari della Carta di soggiorno. Sempre nel 2009, con l'ordinanza n. 285 di restituzione degli atti, la Corte torna sul tema della Carta di soggiorno per quanto concerne il riconoscimento dell'indennità di frequenza per i minori invalidi e dell'indennità di accompagnamento per gli inabili civili. I giudici della Consulta ribadiscono che, per quanto riguarda l'indennità di accompagnamento, era già intervenuta la pronuncia n. 306 del 2008; l'indennità di frequenza, invece, deve essere valutata in base alla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che si riflette «sul piano ermeneutico e di sistema sulla specifica disciplina», ragion per cui la Corte chiede al giudice un nuovo esame della rilevanza del caso.

CEDU come parametro di giudizio; partendo dalla prima pronuncia del 2008, in cui mancava ogni accenno alla dimensione internazionale della tutela dei diritti, passando poi nel 2009 per il riferimento all'art. 117, primo comma, unitamente alle altre norme costituzionali, si giunge nel 2010 ad una pronuncia basata esclusivamente sul rapporto tra legge nazionale e CEDU. Stupisce questa marginalizzazione dell'art. 3 della nostra Carta Costituzionale da parte dei giudici *a quibus*, soprattutto perché la Corte aveva basato proprio su tale norma le sue precedenti sentenze di accoglimento.

In conclusione, a dimostrazione della connessione tra le decisioni su questo tema, cercheremo di verificare in che modo le pronunce della Consulta abbiano avuto un seguito presso i giudici comuni, al fine di evidenziare come viene elaborata la relazione tra giurisprudenza costituzionale e Carta dei diritti<sup>79</sup>. Il giudice per il lavoro presso il Tribunale di Pisa, ad esempio, risolve la causa tra una cittadina extracomunitaria e l'I.N.P.S. in merito al rifiuto di concedere l'indennità di accompagnamento in ragione della mancanza della titolarità della Carta di soggiorno<sup>80</sup>. Il Tribunale ripercorre la giurisprudenza costituzionale sull'art. 80 della legge 338/2000, con particolare riferimento alla sentenza n. 187 del 2010 sull'assegno mensile di invalidità, per sostenere che anche l'indennità di accompagnamento rientra nelle prestazioni essenziali dirette a soddisfare bisogni primari della persona. Se nella pronuncia costituzionale, però, il parametro di riferimento è rappresentato dall'art. 14 della CEDU, nella decisione del Tribunale, invece, è l'art. 21 della Carta di Nizza sulla non discriminazione ad essere alla base della disapplicazione della norma interna. Il Tribunale, infatti, ritiene la materia oggetto di intervento comunitario, in base al rego-

<sup>79</sup> Tuttavia, prima ancora che intervenisse la Corte Costituzionale con la sentenza n. 187 del 2010 sull'assegno di invalidità, il Tribunale di Genova aveva concesso tale prestazione ad un cittadino extracomunitario, non in possesso della Carta, sulla base di un ragionamento che, al fine di escludere la "palese incostituzionalità" della disciplina vigente, disapplicava la normativa prevista dalla legge 388 del 2000, considerando necessario solo il possesso di un regolare permesso di soggiorno, cfr. Tribunale di Genova, Sez. Lavoro, sentenza del 17 aprile 2009.

<sup>80</sup> Sentenza del 27 settembre 2010.

lamento CEE 1408/1971 (sull'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità). Nel contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria, in questo caso l'art. 21 della Carta, il giudice, seguendo la dottrina *Simmenthal*, giunge alla disapplicazione della disciplina interna.

Il Tribunale di Montepulciano, invece, affronta il tema dell'indennità di frequenza richiesta dai genitori di una minore affetta da autismo, negata dal Comune in base alla mancata esibizione della Carta di soggiorno<sup>81</sup>. In questa decisione, il giudice, in virtù delle precedenti pronunce della Corte Costituzionale, ritiene di poter estendere il ragionamento della Consulta anche alla prestazione oggetto del suo giudizio. In particolare, il Tribunale prende in considerazione l'ordinanza n. 285 del 2009, sull'indennità di frequenza, con cui la Corte invita il giudice, restituendogli gli atti, a valutare la rilevanza della questione. A seguito di questa decisione, infatti, il giudice che aveva sollevato l'incidente di costituzionalità aveva provveduto a riconoscere la prestazione richiesta (Corte di appello di Torino, sezione lavoro, del 27.9.2009). Analogamente si pronunciano i giudici toscani, che finiscono per disapplicare l'art. 80 della legge n. 388/2000, senza alcun riferimento al diritto comunitario ed alla Carta dei diritti. Nell'ambito di questa giurisprudenza appare necessario segnalare anche la scelta di alcuni giudici di rivolgersi alla Corte Costituzionale<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Sentenza del 17 febbraio 2011.

<sup>82</sup> Il Tribunale di Urbino del 31 maggio 2011 (reg. Ord. N. 213 del 2011), ad esempio, solleva una questione di legittimità in relazione alla disciplina del riconoscimento dell'indennità di accompagnamento di un minore extracomunitario. Il Tribunale sottolinea che la Corte Costituzionale ha già affermato l'incostituzionalità della norma, ma solo in relazione al requisito collegato al reddito, mentre non si è pronunciata sugli ulteriori elementi richiesti per ottenere il permesso di soggiorno, tra cui la durata del soggiorno stesso. Per il Tribunale, il chiaro ed inequivocabile tenore letterale dell'art. 80, comma 19, legge 388/00, non consente una interpretazione costituzionalmente orientata della norma. Va ricordato anche il ragionamento sviluppato dal giudice sul rapporto tra diritto comunitario e CEDU: «Non si reputa peraltro possibile procedere alla disapplicazione della norma interna in contrasto con la disciplina comunitaria, senza ricorrere all'intervento del Giudice delle leggi, anche a seguito della entrata in vigore del Trattato di Lisbona

In definitiva, l'intreccio tra normativa e giurisprudenza costituzionale e comunitaria appare poco valorizzata dai giudici, mentre potrebbe risultare determinante: se la Corte costituzionale ha considerato, nella sentenza n. 187 del 2010, che l'assegno di invalidità è un beneficio che attiene al soddisfacimento dei bisogni primari, «inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana», allora la disciplina interna è di per sè in contrasto con quella europea che esclude le prestazioni essenziali dalla possibilità di differenziare cittadini italiani e stranieri extracomunitari<sup>83</sup>. Nella sentenza *Kamberaj*, non a caso, la Corte di Giustizia ha affermato che la deroga alla parità di trattamento non puoi mai riguardare le prestazioni che «contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute» (punto 91).

In questa vicenda in cui vengono in questione diritti e bisogni collegati all'applicazione del principio di uguaglianza, quindi, si

che ha riconosciuto i principi fondamentali di cui alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, come principi interni al diritto dell'Unione. Infatti, le disposizioni della CEDU hanno natura di norme di principio, con la conseguenza che non possono considerarsi direttamente applicabili negli Stati membri. Tale conclusione deve rimanere invariata anche a seguito della entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e la stessa Corte Costituzionale ha ribadito, anche con sentenza n. 93 del 2010, i principi in proposito enucleati sin dalle sentenze n.ri 348/349 del 2007». La questione è stata di recente risolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 40 del 2013 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della Carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della indennità di accompagnamento e della pensione di inabilità.

<sup>83</sup> Anche la Corte di Giustizia, nel caso *Kamberaj*, aveva sottolineato che l'Unione «riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (par. 92). Inoltre, la dizione presente nella direttiva «salvo che sia diversamente stabilito», in assenza di una chiara presa di posizione dello Stato al momento di ricezione della stessa, non può consentire l'applicazione di una normativa precedente contraria al principio della parità di trattamento. Nella sentenza *Kamberaj*, la Corte di Giustizia ha sottolineato che un'autorità pubblica, sia essa di livello nazionale, regionale o locale, può invocare la deroga prevista all'articolo 11 della direttiva unicamente qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l'attuazione della direttiva abbiano chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi della deroga suddetta (cosa l'Italia non ha fatto).

manifesta una maggiore incidenza della CEDU rispetto al diritto comunitario, scarsamente invocato dai giudici nella risoluzione dei casi e nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale. L'art. 34 della Carta, infatti, non viene utilizzato con frequenza per orientare la lettura della disciplina nazionale, collegata alla trasposizione delle direttive sulla condizione dei cittadini dei paesi terzi.

### 5. *Incroci pericolosi, due casi emblematici: mediazione civile ed El Dridi*

In conclusione, affrontiamo la relazione tra giudici, Corte Costituzionale e Corte di Giustizia attraverso due casi emblematici di intreccio tra questioni pregiudiziali: mediazione civile ed *El Dridi*. Non ci soffermeremo, se non brevemente, sulla sentenza *Scattolon*, che scaturisce dal contenzioso relativo all'applicazione della legge di interpretazione autentica sul trattamento economico del personale ATA<sup>84</sup>. La vicenda, infatti, è già molto nota ed ampiamente commentata dalla dottrina italiana<sup>85</sup>. Segneremo solo alcuni aspetti della pronuncia, cominciando dalla scelta di non affrontare la domanda pregiudiziale sotto la lente della tutela dei diritti.

La Corte di Giustizia, nonostante il giudice del rinvio utilizzi la CEDU e la Carta di Nizza come parametri di giudizio<sup>86</sup>, decide di

<sup>84</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 6 settembre 2011, C-108/2010.

<sup>85</sup> M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).; S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).; A. RUGGERI, *Il caso Agrati: ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica e domani?*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 709 ss.; C. DI SERI, *Trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo Stato: interpretazione autentica "conforme" a Cedu*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 2011 ss.; M. MASSA, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 4679 ss.

<sup>86</sup> La quarta questione pregiudiziale, sollevata dal Tribunale di Venezia, infatti, era la seguente: «Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, ad un tribunale indipendente e,

prendere un'altra strada, non seguendo nè la Corte di Strasburgo, nè la Corte Costituzionale<sup>87</sup>. La sentenza si concentra sull'interpretazione della direttiva sulla tutela dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa, senza confrontarsi con le censure relative al rispetto delle libertà fondamentali, che rimangono assorbite dalla dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale con quella europea.

La Corte di Giustizia, quindi, arretra rispetto ad un possibile confronto con le altre Corti, limitandosi a svolgere il proprio compito di interprete privilegiato del diritto comunitario. Se le Corti EDU e Costituzionale ragionano sui massimi sistemi (portata del margine di apprezzamento nazionale, tutela del diritto di difesa, principio di uguaglianza), i giudici di Lussemburgo si limitano a ricostruire le nozioni di impresa, trasferimento di impresa e tutela dei lavoratori trasferiti.

In questa fase caratterizzata dalla incorporazione della Carta nei Trattati, ma non ancora dalla adesione dell'Unione alla CEDU, la Corte di Giustizia non svolge nè un ruolo di supplenza nella tutela dei diritti, nè di sovrapposizione e conflitto in merito alla loro interpretazione. Come abbiamo visto, almeno fino ad ora, i casi analizzati mostrano per lo più uno scarso peso della Carta nelle motivazioni, mentre prevalente appare la ricostruzione della normativa sovranazionale, delle sue finalità, e delle implicazioni connesse con il processo di integrazione, secondo i consueti canoni interpretativi sviluppati in oltre cinquant'anni dai giudici di Lussemburgo.

più in generale, ad un equo processo, garantiti dall'art.6, n. 2, [TUE] in combinato disposto con l'art. 6 della [CEDU] e con gli artt. 6, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona, debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (5 anni), di una norma di interpretazione autentica difforme rispetto al dettato da interpretare e contrastante con l'interpretazione costante e consolidata dell'organo titolare della funzione nomofilattica, norma oltretutto rilevante per la decisione di controversie in cui lo stesso Stato italiano è coinvolto come parte».

<sup>87</sup> La Corte di Giustizia (sentenza 6 settembre 2011, C-108/10), interviene, quindi per ultima, dopo le due sentenze della Corte Costituzionale (n. 212 del 2008 e 311 del 2009) e dopo la pronuncia di Strasburgo (*Agrati*).

Il seguito del caso ATA, tuttavia, appare emblematico della capacità della Corte di Giustizia di fare, allo stesso tempo, un passo indietro rispetto ad uno scontro frontale con le due Corti, e due passi in avanti quando si tratta di imporre la sua interpretazione del diritto comunitario. Mentre, infatti, il contenzioso sulla portata ed i limiti delle leggi di interpretazione autentica vede la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Straburgo confrontarsi in un serrato gioco di botta e risposta<sup>88</sup>, la Corte di Giustizia con la sentenza *Scattolon* si è tenuta al margine di questa polemica, ottenendo, però, i migliori effetti sistemici. Il seguito della decisione, infatti, mostra come la strada della disapplicazione sia stata già intrapresa da alcuni giudici a scapito della normativa interna<sup>89</sup>.

Un ulteriore elemento degno di nota è rappresentato dal fatto che il giudice *a quo*, il Tribunale di Venezia, ha sollevato una doppia questione pregiudiziale, alla Corte Costituzionale (nell'aprile del 2006), ed alla Corte di Giustizia (nel febbraio 2010). Il caso di doppia pregiudiziale, com'è noto, si verifica quando nel giudizio di costituzionalità di una legge si inserisce un dubbio interpretativo che riguarda il diritto comunitario. In questa ipotesi il giudice deve prima rivolgersi alla Corte di Giustizia, e successivamente alla Corte Costituzionale, pena l'inammissibilità della questione proposta<sup>90</sup>. Nel caso che stiamo esaminando, invece, il Tribunale di Venezia, in-

<sup>88</sup> Recentissimo è il caso Maggio, su cui cfr. sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 31 maggio 2011 – Ricorso n. 46286/09 – *Maggio e altri c. Italia*, e sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2012 su cui A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale* ("a prima lettura" di *Corte cost. n. 24 del 2012*), in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>89</sup> Su questa giurisprudenza si rinvia a T. GUARNIER, *I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, in questo volume, in particolare par. 3.1.

<sup>90</sup> Cfr F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente della Corte di Giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2000, 1193 ss.; M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, 222 ss.



vertendo l'ordine, si rivolge prima alla Corte Costituzionale<sup>91</sup>, e, poi, alla Corte di Giustizia<sup>92</sup>.

Una “doppia pregiudiziale” la ritroviamo anche nella recente vicenda della mediazione civile, a dimostrazione delle continue contaminazioni tra giudizi di compatibilità comunitaria e costituzionale. Nonostante fossero pendenti alcune questioni pregiudiziali dinanzi ai giudici dell'Unione, sollevate dal Tribunale di Palermo e dal giudice di pace di Mercato San Severino<sup>93</sup>, che sono un sintomo della mancanza di chiarezza della disciplina europea, la Corte costituzionale non ha aspettato l'intervento di Lussemburgo, ma ha deciso di decidere. Questa scelta si pone in controtendenza rispetto ai precedenti orientamenti della Consulta. Quest'ultima, infatti, nei giudizi in via incidentale, quando è venuta a conoscenza

<sup>91</sup> La Consulta, con l'ordinanza n. 212 del 2008, respinge la questione di legittimità della legge di interpretazione autentica, riprendendo le affermazioni, già contenute nella sentenza n. 234 del 2007 (per intenderci, le stesse che saranno poi alla base della sentenza n. 311 del 2009). La Corte, in sostanza, ribadisce la sua giurisprudenza in tema di leggi di interpretazione autentica in base alla quale «non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Infatti, il divieto di retroattività della legge – pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore ordinario deve in principio attenersi – non è stato elevato a dignità costituzionale, salva per la materia penale la previsione dell'art. 25 della Costituzione» (sentenza n. 234 del 2007 punto 9 del cinsiderato in diritto). Nell'ordinanza di rimessione, peraltro, il giudice *a quo* utilizza come parametri gli artt. 24, 101, 102, 103, 104 e 113 della Costituzione, senza fare riferimento alle norme sovranazionali.

<sup>92</sup> Per altri casi di doppia pregiudiziale cfr. la fattispecie esaminata da Corte Cost. n. 85 del 2002, nella quale il giudice *a quo* compie un'operazione simile a quella svolta dal Tribunale di Venezia perché opera due rinvii, alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia, ma ne da conto nell'ordinanza, consentendo così alla Consulta di dichiarare l'inammissibilità per difetto di rilevanza della questione, ed aspettare la pronuncia della Corte di Giustizia. Anche la sentenza n. 86 del 2009 della Corte Costituzionale nasce a seguito di un doppio rinvio effettuato dal Tribunale di Milano, che si conclude con l'ordinanza della Corte di Giustizia, (C-217/08), del 17 marzo 2009 e con la decisione della Corte Costituzionale dell'11 marzo 2009.

<sup>93</sup> Ordinanza del Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, del 16 agosto del 2011, ordinanza del giudice di pace di Mercato San Severino del 21 settembre 2011.

della concomitante presenza di un rinvio presso la Corte di Lussemburgo, ha sancito l'inammissibilità della questione sollevata. Tale impostazione si ritrova, per esempio, nell'ordinanza n. 244 del 1994 in cui, seppur il parametro di legittimità costituzionale era rappresentato dall'art. 3 Cost., e cioè da un vizio di legittimità indipendente dal profilo comunitario, la Consulta ha stabilito che l'inizio di un procedimento per infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia, che metteva in discussione la conformità della normativa interna con quella europea, comportava l'inammissibilità della questione<sup>94</sup>. Nelle successive decisioni, i giudici costituzionali tornano a sottolineare che il dubbio interpretativo sul rapporto tra il diritto interno ed il diritto comunitario deve essere risolto dal giudice attraverso il meccanismo previsto dall'art. 267 TFUE<sup>95</sup>.

La posizione della Corte costituzionale nella sentenza 272 del 2012 sulla mediazione civile appare chiaramente in contrasto con questi precedenti e le ragioni di tale cambiamento non sono facilmente identificabili. La dottrina ha già segnalato che l'atteggiamento della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale non esprime una chiusura, configurandosi piuttosto come una sorta di dialogo indiretto, o per interposta persona, a cui sono chiamati i giudici<sup>96</sup>. L'influenza delle decisioni di Lussemburgo, infatti, viene assicurata dalla precedenza della pronuncia degli organi comunitari

<sup>94</sup> Ordinanza della Corte Costituzionale n. 244 del 1994.

<sup>95</sup> Cfr. le decisioni n. 319 del 1996, e n. 108 e del 1998. Si può ricordare anche un altro orientamento della Corte Costituzionale consistente nel dichiarare lo *ius superveniens* nei casi in cui nelle more del giudizio è intervenuta una pronuncia della Corte di Giustizia, cfr. ordinanza n. 62 del 2003 e 124 del 2004. Sul tema cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 99 ss. Si può ricordare anche la scelta della Corte di rinviare a nuovo ruolo la decisione di un caso, quando pendeva dinanzi ai giudici di Lussemburgo un rinvio pregiudiziale sulle stesse norme (ordinanza n. 165 del 2004, sul falso in bilancio). Su questa vicenda cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale*, cit., 110 ss.; L. MEZZETTI, *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>96</sup> Per questa ricostruzione si veda M. CARTABIA, *La Corte costituzionale*, cit., 110 ss.

rispetto a quelli interni sulla stessa questione<sup>97</sup>. La vicenda in esame esprime un cambio di rotta di cui deve essere verificata la tenuta nel corso del tempo.

La questione di legittimità, com'è noto, riguarda la compatibilità con gli artt. 24, 76 e 77 Cost. della disciplina della mediazione civile, che prevede, a carico di coloro che intendono esercitare un'azione giudiziaria, l'obbligo di esperire un tentativo di composizione. Tale obbligo si configura come una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La Corte affronta preliminarmente le censure collegate all'eccesso di delega, in base ad una priorità logica, che finirà per assorbire gli ulteriori profili di illegittimità. In questo giudizio, in particolare, al fine di individuare le norme che conformano il parametro di costituzionalità, la Corte deve ricostruire la portata della disciplina dell'Unione. Il diritto comunitario rappresenta un passaggio fondamentale della decisione, dal momento che ad esso si richiama sia la legge di delega sia il decreto legislativo delegato, che affermano il rispetto e la necessaria coerenza della normativa nazionale con quella europea. La Corte procede alla ricostruzione degli atti comunitari rilevanti<sup>98</sup>, unitamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>99</sup>. In base all'interpretazione di questi elementi,

<sup>97</sup> La Corte è passata da una posizione di netta chiusura ad una di parziale apertura per il giudizio in via principale (con la ordinanza n. 103 del 2008); cfr. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss.; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 1288 ss.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, e L. ANTONINI, *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, ivi, 1312 ss e 2646 ss.; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *RDI*, 2008, 7689 ss.; A. CELOTTO, *Crolla un altro baluardo*, in *www.Giustamm.it*.

<sup>98</sup> Direttiva 2008/52/CE, e risoluzioni del Parlamento europeo del 25.10.2011 e del 13.09.2011.

<sup>99</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 18 marzo 2010, C-317/08, *Alassini*, in cui la Corte di Giustizia richiama la Carta dei diritti fondamentali per valutare la compatibilità della disciplina della conciliazione obbligatoria con l'art. 47 della Carta. La Corte sostiene che «è pacifico nelle fattispecie principali che, subordinando la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali proposti in materia di servizi di comunicazioni elettroniche all'esperimento di un tentativo obbligatorio di concilia-

la Corte costituzionale asserisce che il diritto comunitario si presenta come neutro rispetto alla scelta del sistema di mediazione: il diritto dell'Unione «non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio» (punto 12.2. del considerato in diritto).

Nel ragionamento della Consulta, tuttavia, il riferimento alla pronuncia della Corte di Giustizia, sulla previsione del necessario tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di servizi di comunicazione elettronica tra utenti e fornitori, si presta ad alcune osservazioni critiche. I giudici di Lussemburgo, infatti, salvano la scelta della perentorietà della mediazione, sostenendo, da un lato, che la risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace; dall'altro lato, che l'obbligatorietà non realizza una sproporzione tra gli obiettivi perseguiti e gli eventuali inconvenienti ad essa collegati. La Corte Costituzio-

zione, la normativa nazionale di cui trattasi ha introdotto una tappa supplementare per l'accesso al giudice. Tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva». Tuttavia, «secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti [...]. Orbene, come rilevato in udienza dal governo italiano, si deve anzitutto constatare che le disposizioni nazionali di cui trattasi hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali, e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale. Risulta poi che l'imposizione di una procedura di risoluzione extragiudiziale come quella prevista dalla normativa nazionale di cui trattasi nelle cause principali, considerate le specifiche modalità di funzionamento di detta procedura, menzionate ai punti 54-57 della presente sentenza, non è sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti. Infatti, da un lato, come ha constatato l'avvocato generale al paragrafo 47 delle sue conclusioni, non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi. Dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale» (punti 62, 63, 64, 65).

nale sminuisce questo precedente, ritenendo imparagonabili le due procedure, conciliativa e di mediazione. Tuttavia, nella ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale, si manifesta un'incertezza sulla portata del diritto comunitario applicabile. Allo stesso tempo, infatti, si ravvisa un *favor* verso l'istituto della mediazione obbligatoria; una presunta neutralità verso la sua scelta; un orientamento che la ritiene non solo compatibile con il diritto europeo, ma anche efficace<sup>100</sup>.

La decisione della Consulta di procedere in autonomia, allora, potrebbe essere letta come la rivendicazione, anche in ambito comunitario, di uno «spazio di autonomo intervento», spazio a cui la Corte ci ha già abituato con riferimento alla CEDU<sup>101</sup>. La Corte costituzionale, d'altronde, ha già esercitato una notevole indipendenza nell'interpretazione del diritto dell'Unione nell'ambito del giudizio in via principale. Nonostante il diritto europeo venga spesso in gioco nei giudizi in via d'azione, richiedendo un'attività di ricostruzione della normativa e della giurisprudenza sovranazionale<sup>102</sup>, la Corte ha fatto un parco (potremmo dire fino ad ora iso-

<sup>100</sup> Va segnalato che la Corte di Giustizia con l'ordinanza dell'8 febbraio 2013 dispone la cancellazione dal ruolo del rinvio operato dal Tribunale di Palermo in tema di mediazione civile, dal momento che con lettera del 23 gennaio 2013, pervenuta in cancelleria il 4 febbraio 2013, lo stesso Tribunale ha informato la Corte di voler ritirare la sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

<sup>101</sup> Questa espressione è del Presidente della Corte Costituzionale Alfonso Quaranta, pronunciata in occasione dell'incontro con la stampa tenutosi a Roma, Palazzo della Consulta, giovedì 23 febbraio 2012, per la presentazione della relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale del 2011: «Vorrei, al riguardo, rimarcare in modo particolare il fatto che la Corte costituzionale italiana ha costantemente rivendicato, rispetto alle interpretazioni giurisprudenziali delle due Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo, uno spazio di autonomo intervento soprattutto per quanto attiene all'area della tutela dei diritti fondamentali, che essa stessa ha più volte qualificato come «diritti inalienabili dell'uomo», in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p.4 del *paper*.

<sup>102</sup> Si pensi, ad esempio, alla decisione n. 190 del 2011 in cui si dichiara l'illegittimità della normativa regionale toscana e lombarda in tema di cattura dei richiami vivi per contrarietà alla normativa comunitaria ed alla sua interpretazione proposta dalla Corte di Giustizia, C-118/94; alla decisione n. 209 del 2011, in cui la Corte costituzionale affronta la giurisprudenza comunitaria in tema di VIA (valutazione ambientale strategica e valutazione di impatto ambientale) e afferma il dovere di ga-

lato) uso della possibilità di dialogo con la Corte di Giustizia. La Corte Costituzionale cioè utilizza il diritto comunitario, e l'interpretazione offerta dai giudici di Lussemburgo, come un'ulteriore tassello che compone il *puzzle* normativo alla base della soluzione proposta. La Corte, in sostanza, si serve dei consueti canoni interpretativi (letterali, storici, logico-sistematici) anche per analizzare la parte comunitaria delle questioni sollevate, senza sentire il bisogno di ricorrere agli organi dell'Unione, procedendo con una certa indipendenza.

Del tutto opposto, come esempio di intreccio tra questioni di costituzionalità e comunitarie, si presenta il caso *El Dridi*<sup>103</sup>. La questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE è sollevata dalla Corte d'Appello di Trento in un procedimento riguardante un cittadino extracomunitario, entrato illegalmente nel nostro Paese e privo del permesso di soggiorno, condannato in primo grado a un anno di reclusione per il delitto di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. 286/1998, per non avere ottemperato all'ordine di allontanamento<sup>104</sup>. La Cor-

ranziare l'effetto utile della normativa europea; alla sentenza 185 del 2011 sulla normativa del Friuli-Venezia Giulia in tema di norme per il sostegno all'acquisto di carburanti; alla sentenza n. 151 del 2011 con riferimento alla legislazione della Provincia autonoma di Bolzano per quanto riguarda la tutela della natura; cfr. F. GHERA, "Retromarcia" della Corte sul rinvio pregiudiziale? (commento a Corte cost. sentt. nn. 86 e 191/2012), in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

<sup>103</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, su cui cfr. DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 927 ss.; A. LIGUORI, *Testo unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 640 ss.; S. LORENZON, *Tanto va la gatto al lardo ... Il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 699 ss.; C. CARUSO, *La decisione El Dridi della Corte di Giustizia secondo il Consiglio di Stato: dall'interpretazione pregiudiziale al sindacato di "legittimità comunitaria"?*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 702 ss.; F. DEANA, *Sanzioni penali a carico degli stranieri irregolari e politica europea di rimpatri. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso El Dridi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1230 ss.

<sup>104</sup> L'articolo prevede che: «Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione è stata disposta per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'art.

te d'Appello di Trento si interroga sulla compatibilità della normativa italiana con gli articoli 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE che sanciscono come regola la procedura di rimpatrio su base volontaria. Lo Stato membro può procedere all'allontanamento, servendosi anche di misure coercitive, solo se tale ordine non viene rispettato. La Corte di Giustizia, prima, afferma l'effetto diretto delle norme comunitarie che lo Stato italiano non ha recepito e, successivamente, ribadisce il principio in base al quale le misure nazionali non devono «compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva» e «privare così quest'ultima del suo effetto utile» (par. 55). Entrando nel merito della questione si afferma che gli Stati membri non possono introdurre una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, in base alla sola circostanza che un cittadino extracomunitario, a cui è stato notificato l'ordine di lasciare il Paese, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Questo tipo di disciplina ritarda l'esecuzione del rimpatrio, a cui lo Stato è tenuto in forza della direttiva medesima. Il giudice, quindi, deve disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter.

La portata della decisione può essere valutata attraverso il “seguito” ottenuto presso i giudici e nei confronti delle questioni pendenti dinanzi alla Consulta. La Cassazione Penale, ad esempio, ha disapplicando sia l'art. 14, comma 5 ter<sup>105</sup>, sia un'altra norma del t.u. sull'immigrazione, l'art. 14, comma 5 quater<sup>106</sup>, che prevede una

13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo. In ogni caso si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica».

<sup>105</sup> Sentenze emesse il 28 aprile 2011, n. 22105 (Turchi), e n. 24009 (Trajkovic).

<sup>106</sup> L'art. 14, comma 5 quater stabilisce che: «Lo straniero già espulso ai sensi del comma 5-ter, primo periodo, che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se l'ipotesi riguarda lo straniero espulso ai sensi del comma 5-ter, secondo periodo, la pena è la reclusione da uno a quattro anni».

pena detentiva, da uno a cinque anni, in caso di inottemperanza ad un ordine di allontanamento, emesso dopo che è stata constatata la precedente violazione di un analogo ordine. La Cassazione non ritiene necessario sollevare un ulteriore rinvio sul punto, e procede direttamente sulla base della sentenza *El Dridi*. Si è mosso lungo la stessa linea il Tribunale di Bologna che applica la *ratio* della decisione *El Dridi* ad una fattispecie diversa, ossia quella prevista dall'art. 13, comma 13<sup>107</sup>. Il Tribunale afferma il proscioglimento dell'imputato, perché il fatto non sussiste, in quanto il decreto di espulsione ed il divieto di reingresso risultano difformi rispetto alle norme direttamente applicabili della direttiva rimpatri (cioè gli artt. 7 e 11). Successivamente, anche la Cassazione è intervenuta su questo specifico aspetto del t.u. sull'immigrazione, sancendo che, in base a quanto contenuto in *El Dridi*, «è di tutta evidenza come si ponga in insanabile contrasto, con la vincolante Direttiva Europea, la normativa italiana di cui all'art. 13 D. L.vo 286/98, che pone il divieto di reingresso per dieci anni e, comunque, per un tempo non inferiore ai cinque anni»<sup>108</sup>.

La Corte Costituzionale, infine, quando si è trovata a decidere una questione di legittimità dell'art. 13, comma 13 *ter*, ha rimesso gli atti al giudice *a quo* perchè era mutato il quadro normativo<sup>109</sup>. Tra gli aspetti sottolineati viene inserita la direttiva rimpatri, che, scaduto il termine per il suo recepimento, assume “diretta efficacia nell'ordinamento nazionale”, e la pronuncia *El Dridi*<sup>110</sup>. Va ricor-

<sup>107</sup> L'art. 13, comma 13 prevede che «lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera». La decisione del Tribunale è del del 9.6.2011.

<sup>108</sup> Sentenza del 6.4.2012, n. 12220/2012. In particolare il contrasto è individuato con l'art. 11, paragrafo 2, della direttiva secondo cui «la durata del divieto di ingresso è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera i cinque anni».

<sup>109</sup> Ordinanza del 19.3. 2011 pubblicata in G.U. nn. 38 e 49 del 2001, prima serie speciale.

<sup>110</sup> Ordinanza della Corte costituzionale n. 124 del 2012, in cui si fa riferimento anche all'emanazione del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89.



dato che, in precedenza, la Corte era stata investita di un questione di legittimità dell'art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quinqüies*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 nella parte in cui disponeva, nei confronti dello straniero accusato del reato di cui al citato comma 5-*ter*, l'arresto obbligatorio e la celebrazione del giudizio con rito direttissimo. Il Tribunale di Rovereto<sup>111</sup> aveva deliberato le ordinanze nel 2004, ma queste erano pervenute alla Corte solo nel 2010, ragione per cui i giudici costituzionali ordinano la restituzione degli atti viste le modifiche intervenute nella disciplina dell'arresto obbligatorio, frutto della giurisprudenza costituzionale, del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, e della pronuncia della Corte di Giustizia<sup>112</sup>.

In sostanza, quindi, mentre alcuni giudici, come il Tribunale di Bologna, disapplicavano l'art. 13, comma 13 *ter*, per contrarietà alla decisione *El Dridi*, altri sollevavano la questione di legittimità alla Corte Costituzionale. Quest'ultima, in linea con la Cassazione, ritiene che la disciplina europea abbia inciso in maniera determinante sulla materia per cui spetta al giudice trarne le dovute conseguenze. L'effetto raggiunto dalla pronuncia della Corte di Giustizia, sia presso l'autorità giudiziaria, sia nei confronti delle questioni rimesse alla Consulta, è massima, riuscendo a bloccare l'applicazione della legge nazionale ed a produrre effetti a cascata sulla disciplina ad essa collegata.

Un altro caso recente di intreccio tra questioni di comunitarietà e di costituzionalità è rappresentato dalle decisioni su un'altra norma del t.u. sull'immigrazione, ossia l'art. 10-*bis*, introdotto dalla l. n. 94/2009<sup>113</sup>. Contemporaneamente, infatti, mentre il giudice di

<sup>111</sup> Ordinanze del 9 aprile 2004, del 14 maggio 2004 e del 27 gennaio 2003, pubblicate in G. U n. 44, del 2010, prima serie speciale.

<sup>112</sup> Ordinanza della Corte Costituzionale n. 179 del 2011

<sup>113</sup> Art. 10 *bis*, come uno, sancisce che: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale».

pace di Rovigo sollevava la pregiudiziale comunitaria (ordinanza del 15.7.2011)<sup>114</sup>, altri giudici disapplicavano l'art. 10 *bis* sul presupposto della contrarietà alla direttiva (G.d.P. Roma, 16.6.2011 e G.d.P. di Torino, 22.2.2011), altri ancora avevano già rimesso la questione alla Corte costituzionale, che aveva sempre respinto le censure di illegittimità<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Il Tribunale di Rovigo solleva un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in ordine alla compatibilità con la direttiva rimpatri della normativa che sancisce, da un lato, la conversione della pena pecuniaria nell'obbligo di permanenza domiciliare; dall'altro lato, la sostituibilità della pena pecuniaria con la misura dell'espulsione dello straniero per un periodo non inferiore a cinque anni. La Corte di Giustizia, dopo circa un anno e mezzo dalla decisione *El Dridi*, torna a ritenere la disciplina italiana non in linea con quella europea. La Corte di Giustizia, con la sentenza del 7 dicembre 2012, C-430/11, *Sagor*, afferma che la previsione della sostituibilità della pena pecuniaria con la permanenza domiciliare non è conforme al diritto comunitario nella misura in cui tale misura non viene meno quando è possibile procedere all'allontanamento dello straniero. La verifica in concreto di tale possibilità è rimessa al giudice nazionale, che, in caso contrario, deve disapplicare la normativa nazionale.

<sup>115</sup> La Corte nella sentenza n. 250 del 2010, ad esempio, aveva escluso la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., prospettata dal Giudice di pace di Lecco, per la contrarietà alla direttiva 2008/115/CE, nella parte in cui configura come reato l'ingresso ed il soggiorno illegale nello Stato. La direttiva, invece, stabilisce come modalità ordinaria di esecuzione del rimpatrio la fissazione di un termine per la partenza volontaria. La Corte afferma che «è sufficiente osservare che il termine di adeguamento dell'ordinamento nazionale alla direttiva non è ancora scaduto, risultando fissato al 24 dicembre 2010: circostanza che rende, allo stato, comunque non significativo, ai fini della configurabilità della lesione costituzionale denunciata, l'ipotizzato contrasto con la disciplina comunitaria». Inoltre prosegue sostenendo che: «Peraltro, detto contrasto non deriverebbe comunque dall'introduzione del reato oggetto di scrutinio, quanto piuttosto – in ipotesi – dal mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (in particolare, art. 13, comma 4, del d.lgs. n. 286 del 1998): norme diverse, dunque, da quella impugnata», punto 9 del Considerato in diritto. Successivamente nella decisione n. 32 del 2011 dichiara manifestamente inammissibili per le carenze sia in punto di descrizione della fattispecie concreta sia nella motivazione della rilevanza, le ordinanze di rimessione del giudice di pace di Alessandria, di Città della Pieve, di Casal Monferrato, e di Ivrea. L'ordinanza del Giudice di pace di Fabriano, invece, è dichiarata manifestamente infondata. In nessuna di queste ordinanze, tuttavia, si ritrova il riferimento alla direttiva rimpatri, ma, in alcuni casi, all'art. 117, primo comma, in relazione ad altre convenzioni internazionali (come il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico illecito di migranti, adottato il 15 no-

In definitiva, per quanto le conclusioni non possano che essere parziali e necessariamente transitorie, in questo primo triennio successivo all'approvazione del Trattato di Lisbona, le decisioni della Corte di Giustizia, frutto di un rinvio pregiudiziale proveniente dai giudici italiani, in cui viene in rilievo la Carta di Nizza, non mostrano uno spostamento dei giudizi sulle libertà fondamentali dalla Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia. Il modello accentratocollaborativo tra giudici nazionali e giudici di Lussemburgo sembra muoversi ancora lungo i consueti binari, senza scossoni o marginalizzazioni eclatanti della nostra Corte Costituzionale, che viene coinvolta quando vengono in gioco i diritti dell'uomo. In particolare, l'intreccio tra rinvii mostra come i giudici, pur valorizzando gli effetti delle pronunce di Lussemburgo attraverso la disapplicazione della normativa collegata a quella oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia, non escludono la Corte Costituzionale, chiamandola a pronunciarsi sulla medesima disciplina. Nei giudizi sulla mediazione civile, sul t.u. sull'immigrazione, i giudici si sono rivolti ad entrambe le Corti, anche se con risultati differenti.

Di notevole interesse risulta, per i successivi sviluppi, la decisione del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren*, in cui la Corte di Giustizia afferma che i magistrati devono disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la Carta (par. 45, 46). Appare significativo che la Corte di Lussemburgo richiami come precedenti le decisioni in cui si fa riferimento al dovere dei giudici di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione, ossia le pronunce *Simmen-*

vembre 2000, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e la Convenzione OIL n. 143 del 1975 sui lavoratori migranti, ratificata con legge n. 158 del 1981), ritenute dalla Corte estranee rispetto alla materia oggetto della questione. Ancora nell'ordinanza n. 84 del 2011 la Corte torna a dichiarare sia l'inammissibilità per la mancanza del requisito della rilevanza, sia la manifesta infondatezza delle questioni proposte in base alla sua pregressa giurisprudenza (in particolare in base alla sentenza n. 250 del 2010). Va segnalato che anche in questa circostanza l'art. 117 primo comma è riferito al Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti e non al diritto comunitario. Su questa giurisprudenza A.COSSIRI, *La repressione degli stranieri irregolari nella legislazione italiana all'esame delle Corti costituzionale e di giustizia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011.

*thal* (C-106/77), *Filipiak* (C-314/08), *Melki* (C-188/10), assimilando, in sostanza, la Carta alle altre norme europee. Questa affermazione, non a caso, si ritrova all'interno di un rinvio pregiudiziale diretto a verificare la compatibilità con il diritto comunitario di una prassi giudiziaria nazionale tesa a limitare il potere/dovere di disapplicazione alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della Carta o dalla relativa giurisprudenza. La Corte di Giustizia ribadisce che il giudice nazionale è competente a verificare il rapporto tra le norme interne e quelle comunitarie con l'ausilio delle istituzioni comunitarie, senza che si possano apporre validamente ulteriori limitazioni. La pronuncia, quindi, utilizza tali precedenti perché iscrive la domanda nel solco di un'altra questione: i possibili ostacoli che l'ordinamento interno può costruire rispetto alla disapplicazione immediata da parte dei giudici ed al rapporto tra questi e la Corte di Giustizia. L'affermazione, comunque, potrebbe essere foriera di notevoli conseguenze sul piano applicativo che andranno valutate nel corso del tempo, con specifico riferimento alla posizione che decideranno di assumere i giudici nazionali.