



**IL PROBLEMA DELLE NORME INTERNE CONTRASTANTI CON IL DIRITTO  
DELL'UNIONE NON IMMEDIATAMENTE EFFICACE FRA RIMEDI INTERNI ED  
EUROUNITARI\*.**

di

**Roberto Conti**

*(Giudice del tribunale di Palermo e componente del comitato scientifico del Consiglio  
Superiore della Magistratura)*

19 maggio 2010

1.Premesse. 2.I precedenti della Corte costituzionale in materia.3. I rimedi adottati dall'Unione per i casi di omessa e/o non corretta trasposizione. 4.(Segue).La sentenza *Küçükdevec* del 19 gennaio 2010.5.Ruolo ed efficacia dei *principi generali dell'ordinamento comunitario*, dei *principi generali* e dei *principi* contenuti nella Carta di Nizza.6.Il medesimo problema della non corretta o assente trasposizione del diritto dell'Unione nell'ordinamento interno nella prospettiva del controllo di validità della norma interna:Corte cost.n.28/2010.7.Quali effetti produce il controllo di validità a livello nazionale?Il caso dell'incostituzionalità di norma interna contrastante con una direttiva non autoapplicativa e quello dell'incostituzionalità di norma interna contrastante con direttiva *self executing* non operante nei rapporti interprivati.8.Due rimedi alternativi o concorrenti? 9.I rapporti fra caducazione ed interpretazione conforme. 10....ed i limiti all'interpretazione conforme in caso di mancata attuazione delle norme unioniste. 11.Conclusioni.

### **1.Premesse**

La recente Corte cost. 25 gennaio 2010 n.28 è destinata a lasciare il segno per più ordini di ragioni che si cercherà qui di evidenziare.

Da parte di chi scrive le successive riflessioni si orienteranno sul tema che per la prima volta in modo diretto -e non a mo' di *obiter dictum* o di proposizione funzionale alla ricostruzione sistematica dei rapporti fra fonti interne e diritto dell'Unione europea - la Corte delle leggi, fuori dal diverso ambito dei giudizi in via principale, ha affrontato in modo esplicito, tanto da

giungere ad una pronunzia caducatoria di una disposizione interna ritenuta in palese contrasto con una direttiva comunitaria non dotata di efficacia *self executing*.

L'indagine sarà ampliata alla quasi coeva decisione della Corte di Giustizia che, qualche giorno prima- e precisamente il 19 gennaio 2010 - affrontava anch'essa una vicenda nella quale era in gioco la questione dell'efficacia di una direttiva all'interno di un rapporto interpretato non correttamente trasposta, proprio per evidenziare i tratti – solo in parte comuni- degli orientamenti espressi dal giudice di Lussemburgo e da quello costituzionale-.

## **2.I precedenti della Corte costituzionale in materia.**

Scorrendo a ritroso la giurisprudenza costituzionale, l'affermazione del principio della possibilità- necessità di caducare la norma interna contrastante con il diritto dell'Unione non dotata di efficacia diretta si era colta, di recente, in una proposizione incidentale contenuta in Corte cost.n.284/2007.

In quell'occasione il giudice costituzionale ritenne che il problema di compatibilità delle norme interne con disposizioni comunitarie *non* dotate di efficacia diretta non era soggetto alle regole fissate dalla storica sentenza n.170/1984, dovendosi piuttosto risolvere in via esclusiva dalla Corte costituzionale che è tenuta al “controllo di costituzionalità” della fonte statutale.

Ci capitò di osservare, commentando Corte cost.n.284/2007, che la Consulta si era allineata alla già ricordata impostazione del giudice di legittimità<sup>1</sup> secondo la quale, in caso di diritto comunitario non dotato di efficacia diretta, non si può sostenere – in ossequio al principio della prevalenza del diritto comunitario, sia originario che derivato – che il giudice nazionale debba dare comunque applicazione alla sentenza della Corte di giustizia che ha interpretato una normativa comunitaria, ritenendo incompatibile la norma interna attuata scorrettamente dal singolo Stato.

Orbene, Corte cost.n.284/2007 evocava, a conforto della soluzione prospettata, Corte cost.n.170/1984<sup>2</sup>, n.317/1996 e n.267/1999, ponendosi in sintonia con un'autorevole opinione dottrina<sup>3</sup> e, ancor prima, con quanto lucidamente osservato da Antonio La Pergola<sup>4</sup>.

---

\*Intervento svolto al Workshop in diritto comunitario e internazionale tenutosi a Venezia nei giorni 26-27 marzo 2010 organizzato da Md e Medel.

<sup>1</sup> Cass.13 maggio 2005 n.17836, Maretti.

<sup>2</sup> Lì veniva chiarito, in effetti, che il potere dovere di non applicazione vale «solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno. Fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia; e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità».V. anche La Pergola, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur.cost.*, 2003, 2432, ove si

Occorre a questo punto precisare quali siano le norme non dotate di effetto diretto per le quali non vale il principio di “non applicazione”<sup>5</sup>.

Esse riguardano, almeno così sembra a chi scrive, le fonti comunitarie *self executing* che non operano in via diretta nei rapporti orizzontali e, per altro verso, le altre fonti sfornite di efficacia diretta, quali generalmente risultano le direttive comunitarie non immediatamente efficaci.

Ma il problema, è stato osservato in dottrina, riguarda allo stesso modo sia le disposizioni vincolanti contenute nei Trattati ma non dotate dei requisiti (chiarezza, precisione ed assenza di condizioni) necessari per l’attribuzione ai soggetti interessati di un diritto azionabile in giudizio (Mastroianni), sia i principi generali del diritto comunitario enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

E proprio in quest’ultima prospettiva si offrirà al lettore un paragrafo dedicato alla portata dei principi generali dell’ordinamento comunitario, per essi appunto ponendosi gli stessi problemi correlati alla tematica delle fonti comunitarie non correttamente applicate.

L’indagine, pertanto muoverà dalla risposta che al problema della non corretta applicazione del diritto dell’Unione ha offerto la Corte di Giustizia, per poi passare all’esame di Corte cost. n.28/2010, al fine di comprendere il senso e l’utilità della (concorrente) soluzione apprestata dal giudice costituzionale.

### **3.I rimedi adottati dall’Unione per i casi di omessa e/o non corretta trasposizione di una direttiva comunitaria: la fase dell’incertezza fino alla sentenza *Mangold***

---

chiariva che “la tutela giudiziaria diffusa funziona solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta ed immediatamente applicabile. Altrimenti, le regole nazionali incompatibili con il diritto comunitario soggiacciono al regime previsto per l’atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità”.

<sup>3</sup>In modo estremamente chiaro, v. Mastroianni, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi?* in *Giur. Cost.* 2006, v.51, f.5, p. 3520-3535: “... In altri termini, le leggi interne in contrasto con il diritto comunitario comportano *in ogni caso* una violazione dell’art. 11 Cost. Tuttavia, qualora il conflitto si riferisca a norme comunitarie dotate di efficacia diretta, la questione di legittimità costituzionale non può essere sollevata, a pena di irricevibilità per difetto di rilevanza.... Qualora invece la norma comunitaria in questione *non* sia dotata di efficacia diretta, trattandosi in ogni caso di una situazione normativa non conforme agli obblighi comunitari e dunque riconducibile nell’alveo della disposizione costituzionale prima citata, l’antinomia deve comunque essere risolta e non può che trovare compimento secondo le regole generali dell’ordinamento, dunque con il necessario intervento della Corte costituzionale.” In precedenza, v. pure Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004, 4 ss. e successivamente Pace, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>4</sup>A. La Pergola, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2432: «...la tutela giudiziaria diffusa funziona solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta ed immediatamente applicabile. Altrimenti, le regole nazionali incompatibili con il diritto comunitario soggiacciono al regime previsto per l’atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità spettante alla Consulta...»

<sup>5</sup>V. sulla tematica degli strumenti normativi dell’Unione non dotati di efficacia diretta Tesaro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 162 ss.

In ordine al tema degli effetti che una direttiva comunitaria produce sull'ordinamento nazionale "prima" che sia ancora scaduto il termine fissato ai Paesi membri per la sua trasposizione le risposte fornite nel tempo dalla Corte di giustizia non sono state uniformi, potendo distinguersi due diversi orientamenti. Il più risalente indirizzo è stato espresso a proposito della c.d. seconda direttiva in tema di assicurazione r.c.a. Nella causa *Vaneetveld*-Corte Giust. CE 3 marzo 1994, causa C-316/93 *Vaneetveld* in *Dir. Econ. assicur.* 1995, 340- in cui la parte ricorrente era stata vittima di un incidente stradale il 2 maggio 1988 e invocava la direttiva 84/5/CEE a motivo della richiesta di risarcimento del danno, la Corte precisava che «una direttiva può essere fatta valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali solo *dopo* la scadenza del termine fissato per la sua recezione nell'ordinamento nazionale» e concludeva che gli Stati membri avevano l'obbligo di applicare le disposizioni pertinenti della direttiva «solo per la copertura assicurativa dei sinistri avvenuti a partire dal 31 dicembre 1988» e cioè il giorno di scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 84/5- Sempre a proposito delle dir. 84/5/CEE e 90/232/CE v. Corte Giust. CE 14 settembre 2000, C-348/98, *Vitor Ferriera*, in cui il sinistro era avvenuto il 12 febbraio 1995, prima dello spirare del termine fissato dalla terza direttiva per la trasposizione ad opera della Repubblica portoghese, coincidente con il 31 dicembre 1995-. Anche nella causa *Suffritti*- Corte Giust. CE 3 dicembre 1992, cause riunite C-140/91, C-141/91, C-278/91 e C-279/91, in *Inf. previd.* 1993, 193 - le parti ricorrenti erano ex dipendenti dimessisi per il mancato pagamento delle loro retribuzioni da parte di società italiane in seguito dichiarate fallite e benché il termine per il recepimento della direttiva 80/987/CEE non fosse ancora scaduto al momento dei fatti della controversia avevano invocato tale direttiva al fine di ottenere il risarcimento dall'organismo statale di previdenza sociale. La Corte constatò in quel caso che "il termine per la trasposizione della direttiva 80/987 scadeva solo il 23 dicembre 1983 e che tanto le dichiarazioni di insolvenza quanto la cessazione dei rapporti di lavoro di cui trattasi nelle cause principali si sono verificate in date anteriori alla scadenza del suddetto termine", ritenendo che "di conseguenza, i lavoratori non possono far valere le disposizioni della direttiva per evitare l'applicazione di talune disposizioni della legge nazionale". Secondo questa impostazione la scadenza del termine fissato per la trasposizione costituisce lo spartiacque tra ciò che è giuridicamente irrilevante e ciò che invece vincolante per lo stato membro e per le autorità ivi operanti- compresa quella giurisdizionale-. In epoca più recente si è andato peraltro affermando con sempre maggiore vigore un principio che, pur lasciando immutate le coordinate di base dell'orientamento appena descritto, intende sottolineare l'obbligo di interpretare il diritto interno alla luce della direttiva comunitaria ancor prima della

scadenza del termine di trasposizione. La Corte di Lussemburgo ha riconosciuto che la direttiva comunitaria costituisce comunque, anche nei rapporti interpretati, un tassello ineludibile nel processo ermeneutico che il giudice deve compiere in direzione di una “interpretazione conforme” delle disposizioni dell'ordinamento nazionale.

Con la sentenza *Mangold* - Corte giust. 22 novembre 2005, causa C.144/04- la Corte era tornata sull'argomento.

Si trattava, in quel caso, di capire se una legge tedesca in vigore dall'1 gennaio 2003, prima della scadenza del termine di trasposizione della dir. 2000/78/CE – fissato al 31 dicembre 2003 e però esteso in forza di apposita previsione al 2 dicembre 2006 per la Germania - che vieta le discriminazioni fondate (anche) sull'età potesse legittimamente prevedere la possibilità di concludere contratti a tempo determinato in assenza di ragioni obiettive nel caso del lavoratore che all'inizio del rapporto abbia già compiuto i 52 anni.

Orbene, il giudice remittente, investito di una controversia fra un dipendente di 56 anni ed un avvocato in cui si controverteva della legittimità del contratto a tempo determinato tra gli stessi stipulato, aveva chiesto (fra l'altro) alla Corte di giustizia di sapere se l'art. 6 della citata direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale consenta di concludere contratti a tempo determinato con lavoratori che abbiano compiuto i 52 anni in assenza di una ragione obiettiva, così derogando al principio della necessaria presenza di una ragione obiettiva. Tale quesito era poi collegato all'altro tendente a chiarire se, in caso di contrasto, il giudice nazionale doveva disapplicare la normativa nazionale contrastante con la direttiva comunitaria ancorché non trasposta per essere il termine di recepimento ancora pendente all'atto della conclusione del contratto.

La Corte di giustizia ha riconosciuto che la normativa nazionale tedesca si pone in contrasto con il principio di non discriminazione in base all'età. La circostanza che, alla data della stipula del contratto, il termine di trasposizione della direttiva 2000/78 non era ancora scaduto non è tale, secondo il giudice di Lussemburgo, da rimettere in discussione tale constatazione. In tal senso la corte richiama la sentenza *Inter-Environnement Wallonie*, cit., punto 45. Sicché “poco rileva il fatto che la norma di diritto nazionale controversa, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi, riguardi o no la trasposizione di tale direttiva (v, in questo senso, sentenza 8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL*, Racc. pag. I-4431, punti 58 e 59)”. Era però la stessa Corte a chiarire “in secondo luogo, e soprattutto”, che la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, trovando tale prerogativa fondamento in

vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e costituendo, per di più, un principio generale del diritto comunitario. Sicchè il rispetto del principio generale di parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipendeva dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva.

Era dunque compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, quello di assicurare, nell'ambito della sua competenza la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale.

Tale decisione, fissando il principio della *disapplicazione* del diritto interno in quanto incompatibile *anche* con la direttiva 2000/78, si era dunque discostata dalle conclusioni espresse sul punto dall'Avvocato generale Tizzano in data 30 giugno 2005, alla stregua delle quali non sarebbe stato possibile giungere alla disapplicazione del diritto nazionale, proprio in ragione della natura interpretata del rapporto, dovendosi piuttosto richiamare il principio dell'interpretazione conforme per evitare contrasti fra norma interna e diritto comunitario.

#### **4.(Segue).La sentenza *Küçükdevec* del 19 gennaio 2010**

Sul medesimo tema dell'attuazione del diritto dell'Unione è tornata di recente la Corte di Giustizia e, prima ancora, l'Avvocato Generale Bot, nelle conclusioni rese nella Causa C-555/07, *Küçükdevec* il 7 luglio 2009, osservandosi che il sistema è tutto costruito su tre "palliativi" rivolti ad arginare gli effetti della mancata cooperazione dello Stato nell'attuazione del diritto comunitario.

Il primo è notoriamente rappresentato dall'interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Tale obbligo di interpretazione conforme costituisce, come è stato più volte chiarito-**Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 30 giugno 2005 nella causa 144/04-**, uno degli effetti "strutturali" della norma comunitaria che consente l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario- v. da ultimo Corte giust.5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, in *Corr. giur.*, 2005,2,185 (p.113, 115, 116 e 118)-.Esso ha finito con l'irradiare l'intero diritto di matrice comunitaria, avendone la Corte di giustizia a più riprese riconosciuto la valenza a proposito delle norme primarie- sentenza 4 febbraio 1988, causa 157/86, *Murphy* (Racc. pag. 673, punto 11). - o di diritto derivato - in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall* (Racc. pag. 723, punto 48); 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori* (Racc. pag. I-3325, punto 20); 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells* (non ancora pubblicata in Raccolta, punto 56); e 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi* (non ancora

Tale principio esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (Corte Giust. nel proc. C-378/07, *Angelidaki*).

Il secondo palliativo è rappresentato dalla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione che, come è noto, surroga la pretesa del titolare per come viene riconosciuta a livello comunitario, riconoscendo una tutela sostitutiva e per ciò stesso non completamente soddisfattiva nei casi in cui viene accertato un deficit fra la protezione riconosciuta a livello dell'Unione e tutela apprestata a livello interno dal legislatore, dal giudice e/o dal potere esecutivo.

Maggiore attenzione va qui dedicata al c.d. effetto di esclusione della norma interna in tutto o in parte contrastante con la direttiva che intende non già dare applicazione alla disposizione dell'Unione, ma soltanto espungere dall'ordinamento nazionale la disposizione che appare in contrasto con la normativa dell'Unione.

E proprio su quest'ultimo *palliativo* che occorre soffermarsi, ancora non ben definito dalla Corte di Giustizia.

Ed infatti, riprendendo una distinzione fra *effetto di sostituzione* ed *effetto di esclusione* già focalizzata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Saggio rese il 16 dicembre 1999 nella causa *Oceano Grupo Editorial-Cause riunite da C-240/98 a C-244/98-*, tale ultima soluzione non intende surrogare la direttiva alla condotta assente o non completamente adempiente dello Stato in modo da far nascere dalla stessa direttamente obblighi in capo ai singoli, ma mira a disapplicare il diritto nazionale incompatibile.

Vale la pena di ricordare che l'Avvocato Generale ebbe in quell'occasione a rilevare che «una corretta applicazione del principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno così come l'esigenza di garantire un'uniforme applicazione delle norme comunitarie comportano che le direttive non recepite, una volta scaduto il termine per la loro attuazione nel diritto interno, possano produrre l'effetto di *escludere l'applicazione della regola nazionale difforme*, anche qualora, per mancanza di precisione ovvero perché non direttamente efficaci nei rapporti "orizzontali", non attribuiscano ai singoli diritti invocabili in giudizio». Ciò perché l'obbligo, imposto dal Trattato CE-allora art.5- di adottare tutti i

---

pubblicata in Raccolta, punto 73)- e addirittura per le raccomandazioni – Corte giust. 13 dicembre 1989, causa 322/88, Grimaldi (Racc. pag. 4407, punto 18).

provvedimenti generali o particolari atti a garantire il raggiungimento di detto risultato, non poteva che valere per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali imponendo ai giudici nazionali, come giudice comunitari di diritto comune, di garantire la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno scartando la legge nazionale incompatibile<sup>7</sup>.

E non è senza rilievo che in quello stesso contesto fu chiaramente evidenziato come anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia avesse silenziosamente superato il principio dell'irrelevanza delle direttive nei rapporti interprivati proprio perché la norma comunitaria "opera come "scudo" nei confronti dell'applicazione di una disposizione incompatibile con la direttiva stessa, senza che possa assumere rilevanza la circostanza che a chiedere l'applicazione della legge difforme dinanzi al giudice sia lo Stato ovvero un privato".

In questa prospettiva, la valorizzazione dell'"*effetto di esclusione*" della norma interna difforme dalla direttiva eurounitaria, che derivava direttamente dall'obbligo di collaborazione di cui all'art. 5 del Trattato, avrebbe potuto consentire, secondo l'Avvocato Generale Saggio, il superamento del principio dell'«effetto di sostituzione» - di portata orizzontale- alla stregua del quale viene tradizionalmente affrontato il tema dei rapporti fra direttiva comunitaria non correttamente trasposta e diritto interno, paralizzando la portata precettiva della norma interna in tutti i casi in cui questa viene in rilievo ed anche, quindi, nelle controversie tra privati" in favore del principio di *esclusione*, che impedisce al giudice di applicare la norma interna contrastante col diritto comunitario. Tale principio, rinvenibile in alcune pronunzie della Corte di Lussemburgo<sup>8</sup> era stato del resto ribadito nelle sentenze *Linster*<sup>9</sup> ed *Uniliver*<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> cfr. ancora Conclusioni dell'Avvocato Generale Saggio, rese il 16 dicembre 1999 nella causa *Oceano Grupo Editorial*- Cause riunite da C-240/98 a C-244/98-cit., secondo cui "la necessità di evitare che l'azione di armonizzazione propria delle direttive comunitarie venga compromessa da comportamenti unilaterali degli Stati membri, che si tratti di comportamenti omissivi (mancata attuazione di una direttiva nei termini) ovvero commissivi (adozione di regole nazionali incompatibili), comporta che venga comunque esclusa l'applicazione di disposizioni legislative difformi. Questo effetto di "esclusione", perché possa raggiungere i suoi risultati, deve prodursi ogni qual volta la regola nazionale venga in rilievo per la soluzione di una controversia, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti."

<sup>8</sup> Corte giust. 28 marzo 1996, causa C-129/94, in *Cons.Stato*, 1996, II, 1396- ha interpretato la direttiva 72/166/CEE del Consiglio, del 24 aprile 1972, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità, intervenendo in una controversia fra assicurato- cittadino spagnolo condannato penalmente per guida in stato di ubriachezza tenuto a risarcire i danni causati ad un terzo- e la compagnia di assicurazione che secondo la polizza sottoscritta era sollevata dall'obbligo di versare in solido l'indennizzo alla parte lesa, ha ritenuto che la normativa spagnola che in tema di assicurazioni per danni legati alla circolazione di veicoli non prevedeva un obbligo assicurativo qualora l'assicurato fosse in stato di ebbrezza al momento dell'incidente, ha escluso che siffatta disciplina fosse compatibile con l'art. 3, n. 1, della direttiva chiedendo al giudice nazionale di non applicare la normativa interna, incompatibile con la direttiva, nonostante quest'ultima non fosse stata correttamente recepita e non si vertesse in tema di c.d.rapporti verticali. V. Corte Giust. CE 11 agosto 1995, *Commissione/Germania* in causa C-431/92 (in *Riv. giur. amb.*, 1995, 835) e Corte Giust. CE 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld* (in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1997, 130, punti 59 ss.).

<sup>9</sup> v. Corte Giust. CE 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Linster*, in [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) e Corte Giust. 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Uniliver Italia*, ibidem.

Epperò non può dirsi che l'*effetto di esclusione* sia stato teorizzato in maniera chiara dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, anzi, recentemente come si avrà modo di esaminare nel paragrafo successivo, malgrado le conclusioni dell'avvocato Generale Bot nella causa C-555/07, *Kücükdevec*, apertamente indirizzate ad indurre il giudice di Lussemburgo ad una presa di posizione in materia, ha ommesso di avventurarsi su tale terreno, invece valorizzando l'efficacia immediata del principio generale dell'ordinamento comunitario, capace di prevalere sulla norma interna incompatibile allorchè esso è attuato da una direttiva comunitaria.

### **5. Ruolo ed efficacia dei *principi generali dell'ordinamento comunitario*, dei *principi generali* e dei *principi contenuti nella Carta di Nizza*.**

Il tema che si è cercato di delineare nei suoi termini generali si intreccia, come si è visto, con quello del ruolo dei principi generali dell'ordinamento eurounitario e dell'efficacia ad essi riconosciuta.

E' anzitutto problematico individuare il ruolo dei principi generali dell'ordinamento comunitario ai quali fa riferimento la Corte di Giustizia soprattutto dopo l'entrata in vigore della Carta di Nizza.

Rispetto a questo problema può essere utile chiarire taluni aspetti.

Se infatti non par dubbio che la Carta ha assunto lo stesso rango dei Trattati si impone, prima di ogni altro al giudice nazionale, il tema della eventuale non applicazione della norma interna contrastante con tali *principi generali dell'ordinamento comunitario* che pure prende in considerazione il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, anche se sul punto sembra necessaria quale precisazione di ordine sistematico.

L'art.6 del Trattato sull'Unione europea, nella versione risultante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, chiarisce che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali."

---

<sup>10</sup> Nel caso, *Unilever*, cit., la Corte rileva che " se è vero[...] che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti[...] tale giurisprudenza non si applica in una fattispecie in cui l'inosservanza dell'art.8 o dell'art.9 della direttiva 83/189, che costituisce un vizio procedurale sostanziale, comporta l'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione di uno di tali articoli. In una fattispecie del genere[...] la direttiva 83/189 non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente. Essa non crea né diritti né obblighi" per cui " al giudice nazionale nell'ambito di un procedimento civile relativo ad una controversia tra singoli vertente su diritti ed obblighi di natura contrattuale, compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale[...]"

Nella Carta di Nizza, per contro, viene introdotta, accanto alla categoria dei *diritti* ed a quella delle *libertà*, quella dei *principi*. La distinzione non è puramente formale, se si considera che la Carta medesima appare più nettamente rivolta a riconoscere una valenza *meramente* interpretativa dei Principi.

Ha dunque preso corpo una tripartizione che parrebbe segnare, all'interno del catalogo, una netta scissione fra “*diritti*” e “*libertà*” che *chiunque* può direttamente fare valere nei confronti delle autorità comunitarie ed interne e meri “*principi*” che non varrebbero cioè a tutelare situazioni soggettive preesistenti ma che, piuttosto, si rivolgerebbero direttamente alle autorità dell'Unione e nazionali perché queste vi si conformino nell'esercizio delle rispettive competenze legislative o esecutive. Malgrado tale catalogazione è stato messo per tempo in evidenza dalla dottrina il carattere *unificante* della Carta, realizzato attraverso la sussunzione dei diritti, delle libertà e dei principi nel(l'unico) *genus* dei *diritti fondamentali*. Sicché la precisazione finale per cui “l'Unione, riconosce *i diritti, le libertà e i principi* enunciati in appresso” sembra dimostrare che l'intero contenuto della Carta, anche nella parte in cui si parla di *principi*, va sussunto nella categoria dei diritti fondamentali, intesa in un'accezione diversa da quella classica, basata su valori- dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia- aggiornati alle nuove esigenze della collettività.

Tanto sembra emergere dall'art.51 della Carta-...*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati-* e, soprattutto, dall'art.52 par.5 e par.6- *Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta-* al quale si aggiunge, al par.7, che “*I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta-*”- e dal preambolo alla Carta medesima-*la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium*

*della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea-.*

Orbene, proprio con riferimento a dette Spiegazioni, nella versione allegata al momento del deposito della Carta si specificava, a commento dell'art.52, che lo stesso “mira a fissare la portata dei diritti e dei principi della Carta e a definire norme per la loro interpretazione, poi aggiungendosi che “Il paragrafo 5 chiarisce la distinzione fra «diritti» e «principi» sancita nella Carta. In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia . . . ., sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34.”

Emerge, per l'effetto una netta differenziazione fra il contenuto dei principi generali (dell'ordinamento comunitario) -stando ora alla nozione recepita dal TUE, ed i principi contemplati dalla Carta di Nizza.

Distinguo che, tuttavia, è destinata ad appannarsi quando è la Corte di giustizia ad inquadrare un principi generali dell'ordinamento comunitario ciò che la Carta di Nizza qualifica come mero “principio”.

Fatte queste necessarie premesse e incentrando per ora l'analisi sull'efficacia dei *principi generali*, le difficoltà nascono dall'inquadramento stesso della nozione di principi generali dell'ordinamento dell'Unione, trattandosi di nozione *tutt'oggi controversa*<sup>11</sup>.

Come ha osservato l'Avvocato Generale Trstenjak nelle conclusioni presentate il 30 giugno 2009 nella causa C-101/08, *Audiolux*, “la terminologia non è uniforme né nella dottrina giuridica né nella giurisprudenza. In parte le divergenze riguardano solo le scelte lessicali, come quando la Corte e gli avvocati generali si riferiscono ad una norma giuridica

---

<sup>11</sup>V.in dottrina, Strozzi, *Il sistema normativo*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti e Greco, Milano, 1997, 48 ss..

generalmente ammessa, ad un principio generalmente ammesso, ad un principio giuridico fondamentale, ad un principio fondamentale, ad un mero principio, ad un principio o al principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario.”

Pare del resto che tale incertezza sia ancora una volta correlata a ben precise strategie della Corte di Giustizia che, astenendosi dal procedere ad una vera e propria catalogazione dei principi, si è riservata quel margine di operatività che le consente di modulare volta per volta le espressioni utilizzate in relazione al caso concreto posto al suo vaglio.

Ad ogni modo, suole distinguersi i principi generali del diritto eurounitario in senso stretto, che risultano esclusivamente dallo spirito e dal sistema del Trattato e che riguardano specifici aspetti del diritto dell’Unione, dai principi generali che sono comuni agli ordinamenti giuridici e costituzionali degli Stati membri.

Mentre il primo gruppo di principi generali è direttamente desumibile dal diritto primario dell’Unione, per individuare i principi del secondo gruppo la Corte di Giustizia ricorre sostanzialmente ad una comparazione giuridica critico-valutativa, senza tuttavia dare alcun rilievo in tale sede al metodo del minimo denominatore comune.

Nemmeno si ritiene necessario che i principi in tal modo elaborati siano sempre presenti, con la stessa specifica formulazione assunta a livello eurounitario, anche in tutti gli ordinamenti giuridici oggetto di comparazione<sup>12</sup>.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto che determinate disposizioni di diritto primario, come ad esempio i divieti di discriminazione di cui agli artt. 12 CE(ora art.18 TFUE), 39 CE(art.45 TFUE), 49 CE (art.56 TFUE) e 141 CE(art.157 TFUE), possono produrre effetti orizzontali-Corte giust.12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave, Racc. pag. 1405; Corte giust.8 aprile 1976, causa 43/75, Racc. pag. 455; Bosman;Corte giust.6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 36-.

Come principi generali del diritto dell’Unione sono stati riconosciuti rilevanti principi dello Stato di diritto, come il concetto di proporzionalità – Corte giust. 9 agosto 1994, causa

---

<sup>12</sup>Cfr. Ancora Concl.Avv.Gen. TRSTENJAK presentate il 30 giugno 2009, Causa C-101/08, Audiolux e a., p.70: “... I principi generali si connotano per il fatto di incarnare principi fondamentali della Comunità e dei suoi Stati membri, il che spiega il loro rango di diritto primario all’interno della gerarchia delle fonti dell’ordinamento giuridico comunitario. Di estrema importanza è in particolare la tutela dei diritti fondamentali in senso stretto, elaborata e assicurata sotto questa ampia denominazione dal sistema giurisdizionale comunitario, nonché l’elaborazione di quei diritti processuali equivalenti a diritti fondamentali che, in quanto principi generali dello Stato di diritto, sono stati elevati al rango di diritto costituzionale della Comunità . Fanno pertanto parte dei principi generali anche quei principi che risultano strettamente connessi con i principi su cui si fonda l’Unione europea, quali la libertà, la democrazia, il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e lo Stato di diritto di cui all’art. 6, n. 1, UE, e che da essi derivano. La loro violazione da parte di uno Stato membro può dare avvio al particolare meccanismo sanzionatorio di cui all’art. 7 UE.”

C-359/92, Germania/Consiglio- e quello della chiarezza giuridica-Corte giust.10 giugno 1980, causa 32/79, Commissione/Regno Unito-.

In quest'ambito rientrano anche vari principi generali di corretta amministrazione, come quello della tutela del legittimo affidamento – Corte giust.6 luglio 2000, causa C-402/98, Agricola Tabacchi Bonavicina -, il principio *ne bis in idem*- Corte giust.13 febbraio 1969, causa 14/68, Walt Wilhelm-, il diritto alla difesa – Corte giust. 4 luglio 1963, causa 32/62, Alves -.

Tra i principi non estranei al diritto contrattuale sono stati considerati quello del *pacta sunt servanda*- Tribunale 1^istanza 25 maggio 2004, causa T-154/01, Distilleria Palma/Commissione-.

Sul fondamento dell'art. 10 CE – ora art.4, par.3, TUE- la Corte ha poi elaborato il principio della reciproca lealtà comunitaria – Corte giust.5 maggio 1981, causa 804/79, Commissione/Regno Unito -.

Alla enumerazione appena esposta possono aggiungersi i principi generali di *equivalenza*, di *effettività* e quello di *tutela giurisdizionale effettiva*, quest'ultimo recentemente configurato ora formalmente sancito dall'art.19 TFUE-.

Proprio sul punto da ultimo richiamato la Corte ha chiarito che, “il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU, oltre ad essere stato ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”-cfr.Corte giust. 18 marzo 2010, cause C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, Alassini e altri, Corte giust. 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet* - è discussa la valenza di tali principi.

Fatte queste premesse, si può passare al tema dell'efficacia dei principi nell'ordinamento dell'Unione, in modo da comprenderne le finalità dagli stessi perseguite.

Secondo l'Avvocato Generale Bot- conclusioni Causa C-555/07, *Kücükdvec*, diverse sono le funzioni dei principi generali, non solo consentendo al giudice comunitario di colmare le lacune che potrebbero presentare disposizioni del diritto primario o derivato, ma anche valendo come strumento interpretativo che può chiarire il senso e la portata di disposizioni del diritto comunitario e come strumento di controllo della validità degli atti comunitari.

Orbene, andare a cercare una soluzione all'interno della giurisprudenza comunitaria non è impresa agevole proprio per le considerazioni sopra fatte.

Se infatti non pare discutibile l'utilizzazione dei principi in funzione di canone d'interpretazione del diritto nazionale, appare più delicato individuare linee chiare ed

univoche sulla capacità del principio generale di determinare la (mera) disapplicazione della norma nazionale con esso contrastante e dunque un mero *effetto di esclusione* o, addirittura, di valere come elemento immediatamente vincolante e prevalente – dotato quindi di efficacia diretta- sulla norma nazionale con esso contrastante -e dunque resa inoperante-.

Una prospettiva favorevole alla non applicazione della norma interna contrastante con i principi generali dell'ordinamento comunitario ed immediata vincolatività del principio stesso sembra avere prevalso nelle già evocata sentenza *Mangold* e nella sentenza *Prisco Srl* (causa C-216/99 e C-222/99)- in tema di principio di equivalenza-.

Conferma della valorizzazione del ruolo dei principi generali in materia di tutela giurisdizionale si è avuta, del resto, in Corte giust. *Alassini* del 18 marzo 2010 (causa C-317/08) che, nel riconoscere un ipotetico contrasto fra tale principio e le modalità concrete con le quali poter azionare un obbligatorio tentativo di conciliazione all'interno di materie soggette alla direttiva sui *servizi universali*, sembra anch'essa configurare la capacità di applicazione diretta del principio in caso di difformità dell'ordinamento nazionale.

Tali decisioni non possono considerarsi casuali se si guarda a Corte giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdevec* già evocata.

Si è già accennato che in tale circostanza la Corte, dopo aver ribadito che il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento, ha ritenuto che è compito del giudice nazionale, investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale.

Il giudice europeo ha quindi escluso la compatibilità di una norma nazionale che impone al giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, di chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione prima di poter disapplicare una norma nazionale che ritenga contraria a tale diritto.

Si è quindi ritenuto che la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale investito di una controversia fra privati, in presenza di una norma nazionale, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme

a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.

Quanto appena affermato assume particolare significato se si considera che esso giunge dopo le aspre critiche espresse alla sentenza Mangold dalla dottrina<sup>13</sup> e da alcuni degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia i quali non avevano mancato di evidenziare la situazione peculiare nascente dal riconoscimento ai principi generali di un effetto analogo a quello riconosciuto nella sentenza Mangold<sup>14</sup>.

Operazione che avrebbe, di fatto, *aggirato* la mancanza dell'effetto diretto di una direttiva comunitaria in un rapporto interprivato riconoscendo effetto diretto al principio generale del diritto.

Ed è appena il caso di osservare che il *palliativo* utilizzato dal giudice dell'Unione non è stato, nella specie, quello dell'interpretazione conforme. La Corte di Giustizia, anzi, prende partito circa l'impossibilità di procedere ad un'operazione di conformizzazione della norma nazionale con il principio generale, anzi espressamente affermando l'esistenza di un'incompatibilità lessicale tale da impedire il ricorso al canone ermeneutico.

Il punto è, allora, di capire se la sentenza da ultimo ricordata ha effettivamente riconosciuto l'effetto diretto orizzontale al principio di non discriminazione basato sull'età o si è limitata a produrre un (mero) *effetto di esclusione* della norma nazionale con esso contrastante, come aveva suggerito l'Avvocato Generale Bot<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Conclusioni Avvocato Generale Causa Sharpston C-427/06, Birgit Bartsch, p.31: "... La sentenza Mangold ha attirato una serie di critiche da parte della dottrina. Il punto focale di dette critiche è che la Corte (autonomamente, senza giustificato motivo e contro il volere del legislatore comunitario) avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un'efficacia orizzontale, facendo un richiamo innovativo ad un principio generale di diritto comunitario. Di conseguenza, secondo numerosi autori, la Corte avrebbe indebolito la funzione dell'effetto diretto. La sentenza è stata inoltre criticata per aver indotto una situazione di notevole incertezza giuridica.

<sup>14</sup> Conclusioni Avvocato Generale JÁN MAZÁK presentate il 15 febbraio 2007 nella causa C-411/05, Félix Palacios de la Villa, p.137 ss. Ci si troverebbe in una situazione problematica, tuttavia, qualora tale concetto dovesse essere praticamente rovesciato accordando ad un principio generale di diritto comunitario, il quale, come nel presente caso, si può ritenere espresso in specifiche norme comunitarie, un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme, o indipendentemente da esse. Un simile approccio non solo solleverebbe gravi preoccupazioni in materia di certezza del diritto, ma metterebbe anche in questione la ripartizione dei poteri tra la Comunità e gli Stati membri, nonché l'attribuzione delle competenze ai sensi del Trattato in generale. Si deve in proposito ricordare che l'art. 13 CE ha esplicitamente riservato al Consiglio il potere, agendo ai sensi della procedura prevista in tale articolo, di prendere i provvedimenti opportuni per combattere, tra l'altro, le discriminazioni fondate sull'età – cosa che esso ha ritenuto di fare attraverso una direttiva. A mio avviso, pertanto, i limiti intrinseci a tale specifico atto comunitario, in particolare con riferimento all'effetto diretto orizzontale, non possono essere aggirati ricorrendo ad un principio generale. Sulla base di tutte le considerazioni svolte ritengo che, qualora il divieto di discriminazione per ragioni di età contenuto nella direttiva 2000/78 o, eventualmente, in un corrispondente principio generale del diritto comunitario, sia interpretato nel senso che esso osta ad una norma nazionale come la DTU, il giudice nazionale non sia tenuto a disapplicare detta norma."

<sup>15</sup> Conclusioni Avvocato Generale Bot, cit., p.88: "...Accogliere una tale tesi non porta la Corte a ritornare sulla sua giurisprudenza relativa all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive. Infatti, la presente causa ha come oggetto solo l'esclusione di una disposizione nazionale incompatibile con la direttiva 2000/78, in questo caso l'art. 622, n. 2, ultima frase, del BGB, per consentire al giudice nazionale di applicare le restanti disposizioni di tale articolo, nella fattispecie i termini di preavviso determinati sulla base della durata del rapporto di lavoro. Non si tratta quindi, in questo caso, di applicare direttamente la direttiva 2000/78 ad un comportamento privato autonomo che non segue alcuna particolare normativa statale

La prima soluzione sembra emergere dalla sentenza *Küçükdevec*, allorchè la Corte dichiara icasticamente che “...è compito del giudice nazionale, *investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell’età*, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, assicurare, nell’ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell’Unione attribuisce ai soggetti dell’ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale”-p.51 sent.-.

Il piano prescelto sembra muoversi all’interno del diritto dell’Unione e non in quello nazionale.

E’, in definitiva il principio del *primato* del diritto dell’Unione su quello nazionale – pur sempre esplicitato nel Trattato di Lisbona pur con modalità meno visibili ma sostanzialmente confermate di quanto affermato sul punto dalla giurisprudenza della Corte- che pure compare nelle rime successive della stessa pronunzia, a giocare un ruolo rilevante.

Se invece la sentenza da ultimo evocata dovesse essere letta nel senso che il principio generale dell’ordinamento eurounitario contribuisce a creare un (mero) effetto di esclusione che dà spazio alle altre norme nazionali- sicchè la partita finisce col giocarsi all’interno del Paese che non si è conformato al principio attuato dalla direttiva- forse tale soluzione finirebbe con l’essere rispettosa dal principio, che la Corte di Giustizia continua a propugnare, sfavorevole alla costituzione di diritti nei rapporti interpretati da parte delle direttive comunitarie. E rientrerebbe, così, in campo, il *palliativo* dell’interpretazione conforme del diritto interno, ora resa possibile dal fatto che la norma interna incompatibile col principio generale non può trovare più applicazione.

In definitiva, può dirsi che manca, allo stato, la parola definitiva sulla portata dei principi generali (dell’ordinamento dell’Unione) rispetto a controversie regolate dal diritto unionista relative a rapporti interpretati, per cui non è agevole rispondere alle perplessità, pure ventilata nella dottrina costituzionalistica, in ordine al ruolo svolto dalla Carta di Nizza rispetto ai principi fondamentali ed alla possibilità di attribuire loro la stessa efficacia giuridica dei regolamenti e delle direttive di immediata operatività<sup>16</sup>.

---

come, ad esempio, la decisione che adotti un datore di lavoro di non assumere i lavoratori con più di 45 anni di età o con meno di 35 anni di età. Solo tale situazione porterebbe ad interrogarsi sull’opportunità di riconoscere a tale direttiva un vero effetto diretto orizzontale ”

<sup>16</sup> cfr.A.Barbera, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai vincoli comunitari:una ridefinizione dei confini?*n [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) : “...Attraverso un controllo “diffuso” di “compatibilità comunitaria” o addirittura di “convenzionalità” si sta operando un lento - e fin qui quasi inavvertito - ma progressivo aggiramento della Corte costituzionale , un bypass che non favorisce il retto funzionamento della giustizia costituzionale. Fare riferimento alla

La sentenza del 19 gennaio 2010 non può dirsi avere affrontato in termini generali il problema, tradendo, forse, le aspettative dell'Avvocato generale Bot il quale, nelle Conclusioni rese nella causa *Kücükdevec*, aveva sostenuto che "...se la Corte persiste nella sua intenzione di non riconoscere in modo generale la scissione tra l'effetto diretto cosiddetto «di sostituzione» e l'invocabilità di esclusione, la particolarità delle direttive di combattere la discriminazione le consente, a mio parere, di adottare una soluzione con una portata più ridotta, la quale, allo stesso tempo, ha il merito di essere coerente con la giurisprudenza da essa formulata in merito al principio generale di uguaglianza e di non discriminazione. In tale ottica, è in quanto essa applica tale principio, nella sua dimensione che vieta le discriminazioni in ragione dell'età, che la direttiva 2000/78 si vede attribuire un' invocabilità rafforzata nelle controversie tra singoli."

Il problema dell'efficacia dei principi generali è comunque destinato ad implementarsi per effetto dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, soprattutto se si considera la capacità dei *principi generali* di estrinsecarsi in un compendio di direttive che sono esse stesse *attuative* di principi generali.

Sul punto, si possono ricordare, ancora una volta, le conclusioni rese dall'Avvocato generale Bot del 7 luglio 2009: "*...Per concludere, desidero fare osservare che, riguardo all'intromissione sempre maggiore del diritto comunitario nei rapporti tra privati, la Corte sarà, a mio parere, inevitabilmente confrontata ad altre ipotesi che sollevano il problema dell'invocabilità di direttive che contribuiscono a garantire i diritti fondamentali nell'ambito di controversie tra singoli. Tali ipotesi aumenteranno verosimilmente se la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea acquisirà in futuro una forza giuridica vincolante, poiché tra i diritti fondamentali ripresi in tale Carta, un determinato numero compare nell'esperienza comunitaria sotto forma di direttive. In tale prospettiva, la Corte deve, a mio avviso, riflettere fin da oggi se l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli. La presente causa offre alla Corte l'occasione per precisare la risposta che essa desidera apportare a tale importante questione.*"

In definitiva, la prospettiva che sembra prevalere nella Corte di Giustizia pare sganciarsi da una logica gerarchico-formale- fondata cioè sull'immediata rilevanza di una fonte – anche se non dotata di immediata efficacia-sull'altra, riportandosi a visioni valoriali che molto assomigliano a quelle più volte esposte dalla dottrina nazionale più accreditata sul tema dei

---

Convenzione come parametro o ai principi generali dell'ordinamento comunitario può essere cosa buona e giusta ma è compito che spetta alla Corte costituzionale."

rapporti fra fonti nazionali e sovranazionali<sup>17</sup>. A riprova della contaminazione che il ragionare sui “valori” produce dentro e fuori i confini nazionali, soprattutto dopo l’ europeizzazione dei controlimiti operata dal Trattato di Lisbona<sup>18</sup>.

## **6. Il medesimo problema della non corretta o assente trasposizione del diritto dell’Unione nell’ordinamento interno nella prospettiva del controllo di validità della norma interna: Corte cost. n. 28/2010.**

Occorre a questo punto passare all’esame della sentenza n. 28/2010 con la quale la Corte costituzionale ha coniato il “rimedio” caducatorio per le direttive comunitarie non autoapplicative.

La vicenda scrutinata da Corte cost. n. 28/2010 era già stata rimessa al giudice costituzionale che con l’ordinanza n. 83/2008 l’aveva però restituita al giudice remittente per un nuovo esame<sup>19</sup>.

Ora, con la sentenza n. 28/2010 la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità della legge nazionale rilevando che: a) la norma censurata – in contrasto con la definizione comunitaria sopra richiamata, che qualifica rifiuto ogni sostanza di cui il produttore si disfi – escludeva dalla categoria dei rifiuti le ceneri di pirite, indipendentemente dal fatto che l’impresa produttrice se ne sia disfatta; b) la norma censurata introduceva una presunzione assoluta, in base alla quale le ceneri di pirite, quale che sia la loro provenienza e il trattamento ricevuto da parte del produttore, sono sempre e comunque da qualificare “sottoprodotto”, in palese contrasto con la giurisprudenza comunitaria che invece non si arrestava all’accertamento della natura intrinseca del materiale, piuttosto richiedendo la verifica di fatti

---

<sup>17</sup> cfr. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologia- sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); idem, Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema. Relazione all’incontro di studio su La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); idem, Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); idem, **Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive**, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa 4-5 giugno 2010- in part. par. 3 del dattiloscritto-.*

<sup>18</sup> cfr. Ruggeri, **Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive**, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa 4-5 giugno 2010- in part. pagg. 9 e segg. del dattiloscritto.

<sup>19</sup> in particolare, Cass. Sez. III ord. n. 1414 del 16 gennaio 2006, Rubino in *Ambiente e Sviluppo* n. 8/2006 con nota di Borzi “Il rapporto tra ordinamento interno e comunitario nella vicenda rifiuti: nota a Cass. penale sez. III ord. 1414/2006 pag. 719 e di Paone “La nozione di rifiuto al vaglio della Corte costituzionale: ancora sull’ordinanza Rubino” pag. 729 si veda anche, dello stesso A. “La nozione di rifiuto al vaglio della Corte costituzionale”, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it). Ma Corte cost. 14 luglio 2006 n. 288 e Corte cost. 28 dicembre 2006 n. 458 avevano restituiti gli atti ai giudici remittenti rispetto a questioni di legittimità costituzionale relative all’art. 14 del d.l. n. 138 del 2002 per consentire di valutare la rilevanza delle modifiche medio tempore apportate al t.u. ambientale.

estrinseci e dei comportamenti dei soggetti produttori ed utilizzatori -Corte giust., 18 dicembre 2007, in causa C-194/05, Commissione c. Repubblica italiana-.

Occorre rimarcare come agli occhi della Corte non era nemmeno possibile interpretare la norma in modo da ritenere che la verifica circa il carattere di rifiuto o di sottoprodotto potesse includere l'esame di elementi concreti, a ciò ostando il tenore letterale della norma che con l'uso dell'avverbio "altresì", aveva chiaramente inteso differenziare la nozione delle ceneri di pirite da tutti gli altri sottoprodotti indicati in modo generico, rendendo in tal modo impossibile qualsiasi valutazione concreta ed escludendo che tale nozione fosse meramente esemplificativa di quella generale di sottoprodotto contemplata dalla stessa lettera n).

Avendo così escluso la possibilità di interpretare la norma interna in modo conforme al diritto dell'Unione europea- il che avrebbe determinato l'inammissibilità della questione "per non avere il giudice rimettente valutato la possibilità di una interpretazione della disposizione censurata conforme al parametro di costituzionalità, che, nel caso di specie, è rappresentato dalle direttive in tema di rifiuti, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost."- la Corte costituzionale ha ritenuto *non implausibile* "la motivazione con cui il giudice rimettente esclude di poter fare diretta applicazione delle direttive comunitarie, disapplicando di conseguenza la norma censurata, in quanto ritenuta in conflitto con le prime".

La Corte ha quindi condiviso l'indirizzo espresso dal giudice di legittimità favorevole ad escludere che le direttive sui rifiuti avessero carattere "autoapplicativo" ed efficacia vincolante per il giudice e che da queste potesse derivare una responsabilità penale a carico di soggetti, però ritenendo necessario che la norma interna contrastante con il quadro dell'Unione fosse sottoposta al vaglio di costituzionalità "per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost."

Da qui la declaratoria di incostituzionalità della disposizione interna in quanto palesamente contrastante con il quadro della giurisprudenza comunitaria che sul punto aveva reiteratamente delineato le caratteristiche che consentivano di inquadrare talune materie nella nozione di sottoprodotto piuttosto che in quella dei rifiuti, rendendo in tal modo inutile un rinvio pregiudiziale della questione innanzi alla Corte di Giustizia.

**7. Quali effetti produce il controllo di validità a livello nazionale? Il caso dell'incostituzionalità di norma interna contrastante con una direttiva non autoapplicativa e quello dell'incostituzionalità di norma interna contrastante con direttiva *self executing* non operante nei rapporti interprivati.**

Occorre a questo punto interrogarsi sull'utilità di un siffatto controllo di costituzionalità operato dalla Corte, in nome dell'art.11 Cost. sulla normativa interna contrastante col diritto dell'Unione non immediatamente efficace.

Ci si potrebbe infatti chiedere il perché di una diversità di effetti fra normativa immediatamente efficace per la quale la violazione dell'art.11 Cost.- correlata al mancato rispetto del diritto unionista - si risolve col canone della non applicazione (con applicazione della normativa dell'Unione) e normativa non autoapplicativa per la quale si ricorre al meccanismo del controllo di invalidità.

Par di capire che secondo Corte cost.n.28/2010, nel caso di contrasto tra direttiva non autoapplicativa e norma interna con la stessa contrastante- in tutto o in parte- la declaratoria di incostituzionalità elimina la norma nazionale realizzando, a livello interno, quell'*effetto di esclusione* che si è visto la Corte di Giustizia sembrano, però, posizionare all'interno del diritto dell'Unione.

Occorre tuttavia sottolineare che le considerazioni appena espresse, secondo la Corte, si riferiscono non solo al caso di direttiva non dotata di immediata efficacia, ma in generale alle direttive per le quali “gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale”.

Aggiunge poi la Corte delle leggi il richiamo testuale, fra le altre, all'ordinanza resa dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-233/01 il 24 ottobre 2002, RAS, nella quale la Corte ebbe espressamente ad affermare che “una direttiva non può, di per sé, creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso.”.

Da tale richiamo appare evidente che nelle intenzioni del giudice costituzionale il rimedio che pure viene individuato nel periodo successivo-“... *L'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.*”- si intende applicabile anche nei confronti di quelle direttive che, pur dotate di efficacia diretta, non sono però idonee a creare obblighi nei rapporti interprivati.

Il che lascia ritenere che una direttiva comunitaria dotata di efficacia diretta possa essere azionata “direttamente” nei rapporti verticali- attraverso il meccanismo della non applicazione- ed invece dia luogo al rimedio caducatorio-demolitorio tutte le volte in cui non

la direttiva non può essere applicata nel rapporto interpretato a causa di una norma nazionale che l'ha scorrettamente trasposta.

Il risultato ottenuto dalla Corte costituzionale, incidente pur sempre sulla norma nazionale ma attraverso la valorizzazione della sua contrarietà alla Costituzione- per effetto della violazione degli artt.11 e 117 1^comma Cost.- apre allora le porte all'applicazione del diritto interno, ormai depurato dalla norma in contrasto con il diritto dell'Unione, recuperandosi in tal modo anche la direttiva comunitaria(non auto applicativa nel caso deciso dalla Corte costituzionale), a questo punto utilizzabile per operazioni interpretative di conformizzazione dell'ordinamento interno al diritto dell'Unione.

Se, infatti, l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione non può intervenire quando si risolve in un risultato *contra legem*- ed il giudice remittente, nella vicenda esaminata da Corte cost. n.28/2010 aveva espressamente vagliato tale opzione, escludendo di potervi accedere proprio in ragione del tessuto connettivo della normativa nazionale, apertamente distonico rispetto alla tutela approntata a livello euro unitario, in ciò trovando conforto nella decisione della Corte costituzionale-p.4.: *L'interpretazione conforme proposta (dalla parte privata n.d.r.) non è però plausibile, in quanto contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata*- l'eliminazione del dato interno contrastante con il diritto dell'Unione lascia lo spazio per operazioni ermeneutiche del sistema conformi alla protezione offerta a livello dell'Unione, come ha anche di recente sostenuto Enrico Scoditti<sup>20</sup>.

In questo modo la direttiva viene recuperata indirettamente, essa "facendo sistema" con il diritto interno proprio per effetto della pronuncia di incostituzionalità che ha utilizzato quella stessa disposizione per espungere dall'ordinamento nazionale una norma interna con essa contrastante.

Ed infatti, la norma interna *deve* essere interpretata in maniera conforme al diritto comunitario, come ha chiarito la Grande Sezione della Corte di Giustizia nel già ricordato caso *Pfëiffer*<sup>21</sup> - e nella più recente vicenda *Pupino*<sup>22</sup>.

D'altra parte, è evidente l'effetto benefico prodotto sul sistema che, permanendo la vigenza della norma contrastante, sarebbe *costretto* ad applicarla fino a quando, per l'appunto, la stessa non viene espunta dall'ordinamento, non realizzando in tal modo lo scopo prefissato

---

<sup>20</sup>v.Scoditti, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*-in corso di pubblicazione in Foro it.,2010, parte V.

<sup>21</sup> Corte giust.4 ottobre 2003,*Pfëiffer*, con commento di chi scrive- *Direttive comunitarie dettagliate ed efficacia diretta nei ... il timone passa al giudice nazionale*, in *Corr.giur.*, 2005 p.188-196-

<sup>22</sup> Corte giust.16 giugno 2005, causa C-105/03. *Pupino*.

dal legislatore dell'Unione fatto palese dalle disposizioni chiare e precise espresse dalla direttiva (dotata *ex se* di contenuto immediatamente applicabile).

E' ben evidente, tuttavia, che l'incidenza della direttiva sarà diversa a seconda del grado di precisione della direttiva stessa.

Se, in altri termini, la direttiva non è autoapplicativa perché lascia agli Stati membri un certo margine di apprezzamento nell'attuazione dei principi in essa fissati, il valore dello strumento normativo dell'Unione sarà probabilmente minore, andando via via crescendo, fino a divenire ficcante, quanto più la direttiva è precisa ed incondizionata.

Ed infatti, se il testo dell'Unione non è capace in via autonoma di delineare i contenuti della protezione ma, anzi, abbisogna del contributo del legislatore nazionale, l'assenza di una normativa interna o l'esistenza di una normativa contrastante con il diritto *europolitano* appaiono accomunate da un unico effetto, rappresentato dall'impossibilità di fondare sui testi dell'Unione un diritto del privato, non potendosi tale effetto nemmeno raggiungere attraverso l'interpretazione conforme.

L'eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma interna, anteriore o successiva-contrastante col diritto dell'Unione- sembra meno in grado di produrre effetti benefici nel rapporto interprivato, proprio in ragione dei limiti ontologici rappresentati dall'incapacità della norma interna di integrare il parametro- vago ed indeterminato- del diritto dell'Unione.

Si dirà, allora, che la declaratoria di incostituzionalità è in quest'ultimo caso finalizzata a ricomporre il quadro di legalità, messo a repentaglio dall'attività illecita del legislatore italiano.

Del tutto marginale appare, dunque, la possibilità che la Corte costituzionale, attraverso una pronuncia additiva, possa surrogarsi al legislatore interno dando indicazioni di sistema circa i tratti che potrebbe o dovrebbe avere la normativa nazionale, dovendosi comunque pensare ad un futuro intervento del legislatore<sup>23</sup>.

Sembra allora che in tali casi la declaratoria di incostituzionalità non potrà avere effetti, sul piano interno, diversi da quelli che potrebbero derivare da una sentenza di condanna dello Stato per violazione del diritto dell'Unione acclarata dalla Corte di Giustizia all'interno di un procedimento per infrazione. Il che lascerebbe al rimedio risarcitorio l'unica chance di tutela-surrogatoria-.

---

<sup>23</sup> Diversamente Pace, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) : "...D'altra parte, è di tutta evidenza che, in tale ipotesi, il mancato rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» nei confronti dei terzi, non sarebbe rimediabile, secondo la prevalente giurisprudenza e dottrina, con la disapplicazione della legge viziata da omissione o con un'interpretazione comunitariamente conforme di tale legge, ma solo con una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale, generalmente di tipo additivo, con la quale la Corte rimedi chirurgicamente alle omissioni del legislatore in sede di attuazione della direttiva self executing..."

## 8. Due rimedi alternativi o concorrenti?

I risultati ai quali si è giunti, a ben considerare, pongono ulteriori interrogativi in ordine alla concorrenza o alternatività dei rimedi dovendosi in altri termini comprendere se l'eventuale pronunzia resa in sede di esame della questione pregiudiziale dalla Corte di Giustizia possa raggiungere l'obiettivo che la Corte costituzionale sembra invece riportare all'interno del controllo di costituzionalità.

Ulteriori questioni sembrano sorgere se ci si sofferma sulla possibile incidenza, nel giudizio di costituzionalità promosso a carico di una normativa interna per violazione degli artt.11 e 117 Cost.1^comma, della sentenza della Corte di Giustizia che, non in sede di rinvio pregiudiziale ma esaminando una procedura d'infrazione(ora art.258 TFUE), abbia già acclarato il contrasto fra diritto interno e diritto dell'Unione.

Prendendo ad esempio la vicenda esaminata da Corte cost.n.28/10, si pensi all'ipotesi in cui, in seguito al riconosciuto deficit di conformità fra art.14 d.l.n.138/2002 (sempre in tema di nozione di rifiuto e sottoprodotto) e diritto dell'Unione- scritto e *vivente* (v. Corte. Giust. 18 dicembre 2007 sopra evocata)- fosse rimasto – a livello interno ed anche solo a determinati effetti- in vigore l'art.14 cit.<sup>24</sup>.E' noto, infatti, che un'ipotesi particolare d'infrazione è proprio quella della mancata o non corretta o non tempestiva trasposizione di una direttiva<sup>25</sup>.

Se si addivenisse all'ammissibilità del sindacato di costituzionalità anche in tale ipotesi appare chiara una sostanziale sovrapposibilità dei due rimedi (quello unionista correlato all'accertata infrazione da parte della Corte di Giustizia e quello caducatorio interno da parte del giudice costituzionale- e non del giudice comune) resi da due organi supremi della giurisdizione (nazionale e sovranazionale) che hanno ad oggetto la stessa norma(nazionale), colpita nella sua efficacia *ex tunc*(ove fosse la Corte costituzionale ad operare) ed *ex nunc*(Corte di Giustizia).

Duplicità che, peraltro, è lecito mettere in discussione se si guarda alla posizione espressa dalla Corte di Giustizia, secondo la quale l'accertamento della violazione di un obbligo imposto dal diritto eurounionista comporta per le autorità giurisdizionali ed amministrative dello Stato membro in questione l'obbligo di non applicare la disposizione interna incompatibile-Corte giust. 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia (Racc. pag. 529, punto 7)-.

---

<sup>24</sup> v. Tesauro, Diritto comunitario, Padova, 2003, 269.

<sup>25</sup> v. Tesauro, *Costituzione e norme interne*, in Dir.unione europea, 2009, I, 209

Per tal motivo rimane dubbia la stessa rilevanza della questione di costituzionalità che la Corte Costituzionale ha finora deciso di non affrontare se si considera, appunto, come osservato da Tesaurò, che Corte cost. 17 dicembre 2008, n.413 ha incidentalmente affermato di non volere fin qui “approfondire l’ulteriore profilo concernente l’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, per il contrasto della norma nazionale con le disposizioni di una direttiva, quando la Corte di giustizia, all’esito di procedura d’infrazione contro la Repubblica italiana, precisamente di quella norma abbia dichiarato l’incompatibilità comunitaria.”

### **9.I rapporti fra caducazione ed interpretazione conforme**

Un’ulteriore annotazione va fatta a proposito del *discrimen* fra caducazione della norma interna e sua interpretazione conforme al diritto dell’Unione al quale già si è fatto cenno.

Il rimedio caducatorio, si è visto essere secondo la Corte costituzionale sussidiario, potendo esso intervenire solo quando è impossibile un’“interpretazione conforme”<sup>26</sup>.

Analogamente, nella sentenza del 19 gennaio 2010 sopra ricordata, la Corte di Giustizia ritenne di fare immediata applicazione del principio generale di non discriminazione dopo aver dato atto dell’impossibilità di procedere ad un’interpretazione conforme del dato normativo interno con lo stesso contrastante.

Ancora una volta emerge il ruolo fondamentale dell’interpretazione conforme.

Tale aspetto è stato nitidamente colto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che, chiamata a valutare la possibilità di operare un controllo sul rispetto dei diritti umani fondamentali da parte delle Istituzioni *europolitane*, ha espressamente evocato, accanto agli effetti *diretti* del diritto comunitario sulle legislazioni interne, anche l’effetto *indiretto* – “*interprétation conforme*”- fondato sull’art.5 – ora art.10 – del Trattato che impone alle autorità nazionali – ivi inclusa la giurisdizione- di “to interpret as far as possible national legislation in the light of the wording and purpose of a relevant Directive”<sup>27</sup>.

Si tratta, a ben considerare, di un principio *generale* dell’ordinamento comunitario che la Corte di giustizia ha ripetutamente confermato, non mancando di estenderlo, negli ultimi tempi, fino a confini dapprima inimmaginabili.

---

<sup>26</sup> In dottrina, G. GAJA, *L’esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANUNZIO e E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, Milano, 2002, 133. Per un’ampia rassegna della prassi italiana v. M. RUVOLO, *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua particolare applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Nuove autonomie*, 2006, 221 ss..V., pure, volendo, CONTI, *Direttive comunitarie dettagliate ed efficacia diretta nei rapporti interprivati: il timone passa al giudice nazionale*, cit.

<sup>27</sup> Corte dir.uomo,30 giugno 2005, *Bosphorus.c.Irlanda*- ricorso 45036/98- in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) che richiama a sostegno, la giurisprudenza della Corte di giustizia- casi *Von Colon e Kamman* e *Marleasing SA*-.

Resta dunque da rilevare che *prima* del sindacato di costituzionalità che il giudice dovrà sperimentare in caso di assoluta incompatibilità della norma interna con il diritto unionista non immediatamente operante nel diritto interno (o non dotato di efficacia diretta nei rapporti interprivati) lo stesso giudicante sarà tenuto a compiere una delicata, ma non per questo meno *doverosa*, opera di riconduzione esegetica della norma interna ai canoni dell'Unione.

I limiti dell'interpretazione conforme sono quelli scolpiti dalla stessa giurisprudenza comunitaria nel caso *Angelidaki*, ove è stato recentemente chiarito che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (p.199).

In quella stessa circostanza i giudici dell'Unione hanno chiarito che il principio di interpretazione conforme “esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione *il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo*, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima”-p.200-.

Orbene, risulta evidente la piena sintonia fra la posizione espressa dalla Corte di Giustizia in tema di “limiti” dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione con quella sostenuta dalla Corte costituzionale rispetto al tema dell'interpretazione costituzionalmente orientata, secondo la quale l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (v.a proposito dell'interpretazione conforme a Costituzione Corte cost.n.218/2008 e Corte cost.n.26/2010).

In conclusione, fuori dal caso del contrasto insanabile, la Corte di giustizia conferma *l'obbligo* del giudice interno di *conformarsi* al diritto eurounionista, offrendo della norma interna un'interpretazione *compatibile* col diritto di matrice sopranazionale anche se questo non è dotato di efficacia diretta.

Analogamente fa la Corte Costituzionale nel giustificare il proprio intervento caducatorio rispetto alle norme interne contrastanti con il diritto unionista non dotato di efficacia diretta.

Al di là delle analogie, rimane residuale il sindacato di costituzionalità rispetto ai casi di diritto dell'Unione non *self executing*.

E' infatti ben evidente che tanto più si estende il raggio operativo della tecnica dell'interpretazione c.d.conforme sulla norma interna, quanto più si ridurrà il sindacato di costituzionalità.

Questo, sia chiaro, non intende affatto svalutare il ruolo del giudice delle leggi né la portata dell'art.117 Cost.<sup>28</sup>, ma semmai sottolineare che ove dovesse giungersi ad un'interpretazione del dato interno compatibile con la norma comunitaria, l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale ne uscirebbe comunque implementata<sup>29</sup>.

Del resto, non può sottacersi che proprio un'ulteriore lettura della sentenza Granital dimostra, in modo davvero inequivocabile, che il canone ermeneutico offre all'interprete un *potere dovere* estremamente significativo in materia da sperimentare *prima* dell'eventuale rinvio alla Corte costituzionale<sup>30</sup> da effettuare, sempre seguendo le espressioni di Corte cost. n.170/1984, quando vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria.

### **10....ed i limiti all'interpretazione conforme in caso di mancata attuazione delle norme unioniste.**

Resta soltanto da dire che rimane qualche dubbio sulla possibilità di sperimentare il ricorso all'interpretazione conforme quando vi è una lacuna nell'ordinamento nazionale, non avendo questi dato attuazione alla direttiva non *self executing*, prima o dopo la scadenza del termine fissato per la trasposizione ai Paesi dell'Unione.

Tale ulteriore spunto di riflessione nasce da una recente pronunzia del Tribunale di Palermo<sup>31</sup> che ha "interpretato" le clausole di un contratto di conto corrente bancario vigente in epoca anteriore alla legge che ha reso obbligatoria l'esistenza di un giustificato motivo per l'esercizio dello *ius variandi* alla stregua di una direttiva comunitaria in vigore al momento della conclusione del contratto bancario ma non trasposta, sancendo anche l'abusività di una clausola nell'ipotesi in cui non fosse stato portato a conoscenza del cliente il motivo del beneficiario.

---

<sup>28</sup> sulla quale insiste comunque, opportunamente, Mastroianni, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi?*,cit.

<sup>29</sup> per cui v.volendo, Conti, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur.dir.priv.*, 2007,2,479 ss.

<sup>30</sup> cfr.Corte cost.n.170/1984, cit.: "...L'assetto dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno, oggetto di varie pronunzie rese in precedenza da questo Collegio, é venuto evolvendosi, ed é ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno. Questo risultato viene, peraltro, in considerazione sotto vario riguardo. In primo luogo, sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato (sentenze nn. 176, 177/81)".

<sup>31</sup> Trib.Palermo, 26 marzo 2010, in corso di pubblicazione su *Danno resp.*

Secondo quel decidente il giudice nazionale è tenuto ad interpretare il diritto interno conformemente “*alla lettera ed allo scopo della direttiva al fine di conseguire il risultato perseguito da quest’ultima*”, anche per i contratti stipulati prima delle novità normative introdotte nel 2006 dalla legge n. 248 del 4 agosto 2006, sicchè l’art. 118 vecchia formulazione del T.U. bancario (d.lgs. 395/1993) va interpretato conformemente alla direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole vessatorie ritenendo che, fin dall’emanazione del T.U. bancario, nel caso in cui la controparte negoziale della banca sia un consumatore la previsione negoziale dello *ius variandi* della banca deve anche contenere l’espressa indicazione di un motivo legittimante l’attivazione del potere di modifica unilaterale. Pertanto, nei contratti tra una banca ed un consumatore anteriormente conclusi lo *ius variandi* è legittimamente ed efficacemente previsto solo se collegato ad un motivo espressamente indicato in contratto.

Il percorso ermeneutico seguito dal giudice palermitano sembra trovare un qualche conforto in un recente precedente delle Sezioni Unite civili-sent.n.27310/08- che, sulla base del medesimo approccio, ha espressamente utilizzato una direttiva comunitaria non ancora trasposta per interpretare la legislazione precedente in materia di status di rifugiato, facendo discendere un’interpretazione della normativa pregressa sull’onere della prova in ordine a fatti non incompatibile con quella consentita dal diritto interno.

E si è già evidenziato che il concetto di interpretazione conforme è stato così elasticamente inteso da far pensare alla legittimità di operazioni che, sotto le mentite spoglie dell’interpretazione conforme, mascherano vere e proprie attività di applicazione diretta del diritto dell’Unione.

Epperò, la decisione delle Sezioni Unite ora evocata ha riguardato una vicenda nella quale non vi era alcun obbligo nascente all’interno di un rapporto interprivato, essendo in gioco la ricorrenza o meno dello status di rifugiato.

Il discorso potrebbe- e forse dovrebbe – cambiare se in gioco è una controversia fra privati, rispetto alla quale l’interpretazione conforme al diritto dell’Unione di una normativa interna che non prevede espressamente un certo obbligo finirebbe col determinare retroattivamente il sorgere dell’obbligo a carico del privato.

Tale conclusione, a ben considerare, sembra distonica non soltanto col più volte affermato principio che da una direttiva non correttamente attuata non può derivare un obbligo a carico del privato ma, soprattutto, con l’accento, in verità declinato solo recentemente, in forza di “principio” – a fronte di affermazioni di segno opposto incidentalmente favorevoli alla ricostruzione operata dal Tribunale di Palermo- al divieto di attivare, attraverso l’interpretazione conforme, percorsi contrastanti con i quei principi generali dell’ordinamento

comunitari evocati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Angelidaki*- certezza del diritto, irretroattività-.

## **11. Conclusioni.**

Al termine di queste riflessioni rimane il dubbio circa le conseguenze che deriveranno dalla presa di posizione espressa da Corte Cost.n.28/2010.

L'aver introdotto un meccanismo di controllo (interno) circa la compatibilità della norma nazionale con il quadro unionista è operazione di per sé commendevole, tendendo a rimuovere gli ostacoli ad una piena e corretta applicazione del diritto sovranazionale.

Si annida, tuttavia, in tale soluzione qualche dubbio sulla tenuta complessiva del sistema.

Da quanto si è andato dicendo il sindacato di costituzionalità sulle norme contrastanti con il diritto eurounitario ha avuto un'improvvisa accelerazione, potendosi ora ipotizzare non solo per i casi di direttive non autoapplicative, ma anche per quelle non dotate, in generale, di efficacia diretta.

Ciò che produrrebbe, si è visto, dirette conseguenze sui rapporti interprivati, ora protetti non più solo attraverso il (noto)meccanismo dell'interpretazione conforme- più incisivo, si è detto, per i casi di direttiva dettagliata- ma anche per mezzo della caducazione della norma contrastante da parte del giudice costituzionale che attiva, ancora una volta, il ricorso al canone di interpretazione conforme.

Tanto marginalizza ancora di più il ruolo della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Il cerchio si va chiudendo, ma si è ancora forse in attesa della quadratura del cerchio.

Resta infatti da comprendere se le conclusioni appena rassegnate abbiano in concreto incrementato la tutela delle posizioni giuridiche tutelate dal diritto dell'Unione, ovvero rechino in sé il rischio di inficiare gli equilibri a suo tempo fissati in tema di rapporti fra le fonti.

Se infatti dovesse prevalere la tendenza della Corte di Giustizia fatta palese nella sentenza del 19 gennaio 2010, appare evidente che il "sindacato diffuso di legittimità comunitaria"<sup>32</sup> - ancorchè ancora da chiarire soprattutto in ordine alle modalità con le quali esso dovrebbe operarsi in concreto- finirebbe col risultare più incisivo rispetto a quello "accentrato" affermato dalla Corte costituzionale e, forse, maggiormente *effettivo*.

---

<sup>32</sup>Paterniti, *La Corte di Giustizia apre al "sindacato diffuso di legittimità comunitaria"?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

