

## DISAPPLICAZIONE DI LEGGI INTERNE CONTRASTANTI CON LA CEDU? IL PUNTO DI VISTA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. *Introduzione al problema ed esposizione del caso di specie.* – 2. *La CEDU nell'ordinamento italiano.* – 3. *La CEDU e l'ordinamento dell'Unione europea.* – 4. *La tesi della disapplicazione delle leggi interne per contrasto con la CEDU «comunitarizzata».* – 5. *La “replica” della Corte costituzionale: la sentenza n. 80 del 2011.* – 6. *Una lettura della sentenza Kamberaj alla luce del quesito e dei precedenti.* – 7. *Una conclusione inevitabilmente “aperta”: le questioni ancora irrisolte.*

### 1. Introduzione al problema ed esposizione del caso di specie.

Al problema delle antinomie tra la Convenzione europea per i diritti dell'uomo e le leggi interne sono state date soluzioni differenti: la Corte costituzionale, a partire dal 2007, ha ribadito più volte che tale contrasto dà luogo a un vizio di costituzionalità, e di conseguenza è necessario sollevare la relativa questione; un orientamento diffuso tra i giudici di merito, minoritario ma resistente, sostiene invece che occorra disapplicare direttamente la legge.<sup>1</sup>

La seconda tesi, a differenza della prima, assimila la CEDU al diritto dell'Unione europea e fonda su questa premessa la possibilità di avvalersi del rimedio, elaborato dal giudice costituzionale nella sentenza n. 170 del 1984, utilizzato per risolvere le antinomie tra leggi interne e norme comunitarie dotate di effetto diretto.

Sul tema si è pronunciata, con la sentenza in commento, anche la Corte di giustizia, affermando che il Trattato sull'Unione europea (TUE) «non impone» al giudice della controversia, in caso di conflitto tra una norma nazionale e la CEDU, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la prima.<sup>2</sup>

Il dispositivo della sentenza *Kamberaj* è inequivocabile ma, purtroppo, non approfondisce i motivi che lo sorreggono, i quali devono essere ricostruiti sulla base dei precedenti e del quesito posto con il rinvio pregiudiziale.

Il processo nazionale era stato instaurato da un cittadino albanese, titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e residente nella Provincia di Bolzano.

Per un decennio, il ricorrente aveva beneficiato di un sussidio per l'alloggio previsto dalla legge provinciale n. 13 del 1998 ma, nel 2010, la sua richiesta per ottenere il contributo anche per l'anno 2009 era

<sup>1</sup> A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 3, ipotizza, inoltre, che nel caso in cui la legge di esecuzione della CEDU sia posteriore rispetto alla legge con essa incompatibile «non si vede perché mai debba restare assiomaticamente esclusa la eventualità che la prima prenda subito il posto della seconda». Per un'applicazione, si v. la decisione della sezione disciplinare del C.S.M. riportata da B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, p. 259.

<sup>2</sup> Corte giust., sent. 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

stata rigettata, a causa dell'esaurimento dello stanziamento destinato ai cittadini dei Paesi terzi, determinato ogni anno con delibera della Giunta provinciale.

Il ricorrente, quindi, aveva presentato un ricorso sulla base dell'art. 44 del d.l.gs. n. 286 del 1998 (T.U. Immigrazione), sostenendo che la normativa risultante dal combinato disposto tra la legge provinciale e la delibera della Giunta n. 1885 del 2009 determinava, per i cittadini dei Paesi terzi, un trattamento sfavorevole rispetto ai cittadini dell'Unione, ponendosi così in contrasto, tra gli altri parametri, con le direttive n. 2000/43/CE (che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e n. 2003/109/CE (relativa allo *status* dei cittadini dei Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo), nonché con l'art. 14 della CEDU e l'art. 1 del Protocollo n. 12 annesso alla CEDU (quest'ultimo non ratificato dall'Italia), che sanciscono il divieto di discriminazione.

Infatti, il sistema di calcolo dell'entità dei fondi da stanziare sarebbe stato diverso a seconda che si fosse trattato di quelli destinati ai cittadini dell'Unione europea o a quelli extracomunitari.<sup>3</sup>

Giudicando sussistente una discriminazione e ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione del diritto dell'Unione europea, il Tribunale di Bolzano aveva sottoposto alla Corte di Lussemburgo sette questioni pregiudiziali.<sup>4</sup>

Di queste, la prima, la quarta, la quinta, la sesta e la settima non avevano un rapporto con l'oggetto della controversia e miravano piuttosto a ottenere dalla Corte di giustizia una valutazione generale di conformità tra la legge provinciale e il diritto comunitario e, per questo motivo, sono state dichiarate irricevibili.<sup>5</sup>

Hanno invece ricevuto una risposta nel merito il secondo e il terzo quesito, con i quali rispettivamente si domandava se, in caso di conflitto fra norma interna e CEDU, il giudice nazionale dovesse disapplicare la prima «senza dovere previamente sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale nazionale» e se il diritto dell'Unione precludesse agli Stati di riservare agli extracomunitari soggiornanti di lungo periodo un trattamento peggiore rispetto ai cittadini comunitari nell'accesso al sussidio per l'alloggio sulla base della nazionalità.

La Corte di Lussemburgo ha avuto così la possibilità di pronunciarsi a favore di una delle due tesi volte a risolvere l'antinomia tra CEDU e legge interna (questione di costituzionalità o disapplicazione), mostrando di condividere la prima (o, meglio, di non aderire alla seconda).

Per comprendere l'importanza della decisione e le motivazioni che la sorreggono, appare opportuno ricostruire il contesto normativo e giurisprudenziale nel quale essa è maturata, richiamando le norme che regolano l'efficacia della CEDU nell'ordinamento italiano e il rilievo che essa riveste in quello comunitario, nonché il dibattito giurisprudenziale che ne è derivato.

## **2. La CEDU nell'ordinamento italiano.**

È noto che, sino al 2001, si riteneva che le norme della CEDU avessero nell'ordinamento interno il rango della fonte che le aveva recepite, vale a dire quello della legge ordinaria, e che il contrasto tra queste e le

<sup>3</sup> In particolare, l'art. 5 della legge provinciale prevede che, nel caso dei cittadini dell'Unione europea, l'accesso al sussidio è subordinato alla dichiarazione di appartenenza a uno dei tre gruppi linguistici (italiano, tedesco e ladino) residenti nella Provincia. I fondi per gli interventi devono essere ripartiti tra i tre gruppi «in proporzione alla media ponderata tra la loro consistenza, quale risulta dall'ultimo censimento generale della popolazione, ed il fabbisogno di ciascun gruppo», determinato annualmente sulla base delle domande presentate nei dieci anni precedenti. Anche i fondi da destinare agli extracomunitari sono determinati «in proporzione alla media ponderata tra la loro consistenza numerica e il loro fabbisogno», ma la legge non specifica le modalità per definire in concreto i due criteri. Su queste basi, la Giunta con la delibera n. 1885 del 2009, ha attribuito un coefficiente di 1 a consistenza e fabbisogno, per i cittadini dell'Unione, e coefficienti di 5 (consistenza) e 1 (fabbisogno), per gli extracomunitari, determinando così stanziamenti diversi.

<sup>4</sup> Trib. Bolzano, ord. 24 novembre 2010, in [www.humanrightsinternational.org](http://www.humanrightsinternational.org).

<sup>5</sup> Tra l'altro, la Corte di Lussemburgo ha escluso l'applicabilità della direttiva n. 2000/43/CE perché, come afferma lo stesso art. 3 della direttiva, «non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità».

leggi interne non dovesse risolversi sulla base del criterio gerarchico, ma dando prevalenza alla norma più recente.<sup>6</sup>

Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentt. n. 348 e 349 del 2007,<sup>7</sup> la riforma del 2001 ha garantito a livello costituzionale l'osservanza del diritto internazionale pattizio,<sup>8</sup> attraendo la valutazione di conformità a tale diritto nella sfera di competenza del giudice delle leggi.<sup>9</sup>

Le norme CEDU, in particolare, stabilendo degli «obblighi internazionali» cui il legislatore è tenuto a conformarsi, integrano l'art. 117, co. 1, Cost. quale parametro interposto nel giudizio di costituzionalità:<sup>10</sup> in caso di contrasto fra una legge e una norma della Convenzione, il giudice comune, se non vi sono margini per un'interpretazione della prima in conformità alla seconda, «non potendo disapplicare la norma interna né farne applicazione [...] deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo una questione di legittimità costituzionale».<sup>11</sup>

È importante precisare che questo sistema è finalizzato alla soluzione delle antinomie, mentre al di fuori da quest'ipotesi la CEDU, una volta recepita nel nostro ordinamento per mezzo della legge di esecuzione, è immediatamente invocabile innanzi ai giudici per la risoluzione delle controversie.<sup>12</sup>

Si tratta, comunque, di un meccanismo diverso rispetto a quello concepito dai giudici di Palazzo della Consulta per sanare il contrasto tra legge nazionale e diritto dell'Unione europea. Se, in forza del primato di

<sup>6</sup> Tra le altre, si v. Corte cost., sentt. n. 188 del 1980, n. 315 del 1990, n. 73 del 2001. Corte cost., sent. n. 10 del 1993, ha però precisato che le norme della CEDU derivavano «da una fonte riconducibile a una competenza atipica» e, per questo, avevano una natura rinforzata che le sottraeva agli interventi del legislatore ordinario (sul punto si v. anche Cass., sent. n. 6672 del 1998). In letteratura, si v. D. TEGA, *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Bologna 2007, pp. 67 e ss..

<sup>7</sup> La letteratura a commento di queste pronunce è ormai copiosa. Tra i primi commenti, con specifico riferimento alla sent. n. 348, si v. C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti* e A. MOSCARDINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, entrambi in «Giur. cost.», 2007, rispettivamente pp. 3518 e ss. e 3525 e ss.; nella stessa rivista, con riguardo alla sent. n. 349, si v. M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, pp. 3564 e ss., A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, pp. 3574 e ss., V. SCARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, pp. 3579 e ss.. Tra gli altri, si v. F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); nonché, in «Quad. cost.», n. 1/2008, C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, pp. 137 e ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, pp. 140 e ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, pp. 133 e ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>8</sup> Così Corte cost., sent. n. 311 del 2009.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007, pt. 4.3.

<sup>10</sup> Corte cost., sentt. n. 348 del 2007, pt. 4.5; n. 349 del 2007, pt. 6.2; nn. 311 e 317 del 2009; n. 93 del 2010; nn. 1, 113, 236 e 303 del 2011; nn. 15 e 78 del 2012.

<sup>11</sup> Così Corte cost., sent. n. 236 del 2011, la quale ricostruisce in maniera sintetica e chiara la giurisprudenza costituzionale sul tema. Questa sentenza, inoltre, ammette la possibilità d'invocare come parametro costituzionale non solo l'art. 117, co. 1, Cost., ma anche l'art. 10, co. 1, Cost. «ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta», ponendo così le basi per il superamento dell'orientamento contrario espresso in Corte cost. sent. n. 32 del 104 del 1969.

<sup>12</sup> Osserva B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, p. 255, che «il problema, talora posto, della applicabilità diretta, o meno, delle norme della Convenzione (così come si pone quello della applicabilità diretta delle norme del diritto comunitario) è, a ben guardare, un falso problema. Le norme della Convenzione sono tutte applicabili, nel senso di imporre ai soggetti, alle autorità e ai giudici nazionali l'obbligo di non dar luogo con i loro atti a violazioni dei diritti in essa statuiti. Quale sia il contenuto concreto di tale obbligo, è questione che si risolve caso per caso». Di questo non sembrano del tutto consapevoli quelle sentenze dei giudici amministrativi (si v. *infra* 4) che ricavano dal Trattato di Lisbona una immediata applicabilità delle norme CEDU le quali, come si è visto, erano in realtà già applicabili. In letteratura, l'ipotesi di «applicazione diretta propria» è menzionata anche da A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU*, p. 4. Per un esempio, si v. Cass. S.U., sent. n. 28507 del 2005, secondo cui la fonte del riconoscimento a un'equa riparaazione per l'eccessiva durata del processo non fosse da rinvenire solo nella normativa nazionale, ma anche nell'art. 6 CEDU «di immediata rilevanza nel diritto interno». In questo modo la Corte di cassazione ha applicato direttamente la norma CEDU, senza però disapplicare alcuna legge interna. Si v. anche Cass. S.U., sent. 8 maggio 1989.

cui godono,<sup>13</sup> sono le norme comunitarie a prevalere, le modalità con cui ciò avviene sono diverse a seconda che queste siano dotate o meno di effetto diretto:<sup>14</sup> nel primo caso, il giudice comune, ravvisato che la fattispecie rientra nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ha il potere-dovere di applicare direttamente la disposizione europea, disapplicando quella interna; nella seconda ipotesi, il controllo di conformità alla norma comunitaria – che, per le sue caratteristiche, non può spiegare efficacia diretta ai fini della soluzione della controversia – spetta alla Corte costituzionale, innanzi alla quale il giudice deve sollevare questione invocando come parametro gli artt. 11 e 117, co. 1, Cost..<sup>15</sup>

Al contrario, per quanto riguarda la Convenzione europea per i diritti dell'uomo (e, in generale, i trattati da cui derivano obblighi internazionali), la Corte costituzionale ha escluso il potere di disapplicare le leggi interne contrastanti, smentendo un orientamento che si era diffuso tra i giudici comuni.

Infatti, in alcune sentenze, sia di merito, sia di legittimità, era stata sostenuta la possibilità di disapplicare le leggi interne contrastanti con la CEDU, ritenendo che ci si dovesse avvalere dello stesso metodo di soluzione delle antinomie con il diritto comunitario.<sup>16</sup>

La tesi è stata confutata nella sentenza n. 349 del 2007: in primo luogo, infatti, Consiglio d'Europa (cui afferisce la CEDU) e Unione europea sono due realtà giuridiche distinte; in secondo luogo, anche se i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, tali principi rilevano esclusivamente quando tale diritto sia applicabile; inoltre, il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti nazionali è «variamente ma saldamente disciplinato» da questi ultimi, non essendovi in materia alcuna competenza attribuita

<sup>13</sup> Sul principio del primato si v., tra le altre, Corte giust., sent. 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa*; Corte giust., sent. 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*. Anche Corte cost., sent. n. 28 del 2010, ha riconosciuto espressamente che le norme comunitarie «sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.», passaggio sottolineato da A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate"*, in "Giur. cost.", n. 1/2010, pp. 382 e ss..

<sup>14</sup> Il principio dell'effetto diretto del diritto comunitario è stato esposto per la prima volta in Corte giust., sent. 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, nella quale si osservò che il divieto d'introduzione di dazi o tasse di effetto equivalente o l'aumento di quelli esistenti, previsto dall'allora art. 12 TCE, poneva «un divieto chiaro e incondizionato» a fronte del quale non sussisteva «alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno» e che, per questo, era «per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministratori».

<sup>15</sup> Si v., tra le altre, Corte cost. sentt. n. 170 del 1984, n. 284 del 2007, n. 102 del 2008, nn. 28 e 227 del 2010. Ancora diversa è l'ipotesi nella quale la contrarietà al diritto dell'Unione europea di una legge statale o regionale è rilevata davanti alla Corte costituzionale nell'ambito del giudizio in via diretta: in questo caso, le norme del diritto comunitario integrano sempre (a prescindere dalla loro diretta applicabilità) i parametri di cui agli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., determinando l'illegittimità costituzionale delle leggi contrastanti con esse. Sul punto si v., tra le altre, Corte cost., sentt. n. 94 del 1995, n. 166 del 2004, n. 406 del 2005, n. 129 del 2006. Per completare il quadro, occorre ricordare la facoltà del giudice comune di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e il riconoscimento, da parte di Corte cost. n. 113 del 1985, che anche «le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia» godono di diretta applicabilità. Infine, con la sent. n. 102 del 2008 e la successiva ord. n. 103, la Corte costituzionale, superando il precedente orientamento contrario, ha ammesso la propria legittimazione a effettuare rinvii alla Corte di Lussemburgo.

<sup>16</sup> Per esempio, assume questa analogia alla base della sua argomentazione Trib. Genova, sent. 4 luglio 2001; Cass., sent. 29 maggio 1993, si richiama invece alla «particolare forza di resistenza», riconosciuta alla CEDU da Corte cost., sent. n. 10 del 1993; Cass. sent. n. 10542 del 2002, sostiene la possibilità di disapplicare la norma interna contrastante con la CEDU, pur escludendo che questa sia parte integrante del diritto comunitario. Si v., infine, Cass., sent. n. 32678 del 2006, che ha ritenuto che il diritto alla restituzione nei termini per appellare del condannato contumace, il cui ricorso fosse stato accolto dalla Corte europea, non poteva essere negato «invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale in base alla normativa del codice di procedura penale», perché il giudice nazionale «è tenuto a conformarsi alla decisione di detta Corte». Su questi casi, si v. le critiche di B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, pp. 252 e ss.; si v. anche M. PACINI, *Verso la disapplicazione delle disposizioni legislative contrarie alla CEDU?*, in "Giorn. dir. amm.", n. 4/2005, pp. 386 e ss., il quale mette in luce come un'eventuale potestà di disapplicazione delle leggi contrastanti con la Convenzione sarebbe difficilmente assimilabile a quella esperita per contrarietà a diritto comunitario, perché, tra l'altro, la prima «presuppone la contrarietà rispetto non tanto a norme scritte, quanto prevalentemente a standard giurisprudenziali»; A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in "Quad. cost." n. 1/2003, pp. 25 e ss.; si v. anche i contributi, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, di A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, pp. 89 e ss., e di V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, pp. 99 e ss.. Sulla disapplicazione si v. C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008.

all'Unione europea; infine, la struttura e gli obiettivi delle norme della CEDU non consentono di ritenerle applicabili «indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo» dei vari Stati.

### 3. La CEDU e l'ordinamento dell'Unione europea.

L'Unione europea non è parte della CEDU, ma i diritti garantiti da quest'ultima hanno comunque grande incidenza nel suo ordinamento, soprattutto grazie all'opera della Corte di giustizia.<sup>17</sup>

Sin dalla sentenza *Stauder*, infatti, il giudice comunitario ha affermato che i diritti fondamentali «fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza»,<sup>18</sup> costituiscono «un presupposto della legittimità degli atti comunitari»<sup>19</sup> e vincolano anche gli Stati membri quando danno esecuzione al diritto dell'Unione europea.<sup>20</sup>

In assenza di un *Bill of Rights* comunitario – la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sarà proclamata solamente nel 2000 – la Corte di Lussemburgo, nel ricostruire tali diritti, si è fondata sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e sui Trattati internazionali sottoscritti da questi in materia,<sup>21</sup> tra i quali la CEDU riveste un particolare significato.<sup>22</sup>

Questa giurisprudenza è stata codificata con il Trattato di Maastricht, il cui art. F, co. 2, (divenuto poi art. 6, in forza della numerazione introdotta dal Trattato di Amsterdam) stabiliva che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

Con la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, inoltre, si è posto il problema di coordinare la garanzia offerta dal nuovo strumento con quella riconducibile alla CEDU e lo si è risolto sulla base del criterio della massima espansione delle tutele: laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», anche se nulla preclude al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa (c.d. «clausola di equivalenza», art. 52 della Carta dei diritti) e, in ogni caso, nessuna disposizione della Carta può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti garantiti dalla CEDU (art. 53 della Carta dei diritti).<sup>23</sup>

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, ha comportato diverse novità per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea, attribuendo alla Carta «lo stesso valore giuridico dei trattati» e autorizzando le istituzioni comunitarie ad aderire alla CEDU.<sup>24</sup>

Inoltre, l'art. 6, co. 3, TUE stabilisce ora che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», una formulazione più chiara rispetto al testo previgente, ma che non sembra possa comportare una modifica dell'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte di giustizia.

I giudici di Lussemburgo, infatti, avevano già chiarito i limiti dell'applicazione di questi diritti nell'ordinamento dell'Unione.

<sup>17</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione di questa giurisprudenza si v., tra gli altri, V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti*, Padova 2008, pp. 83 e ss. e M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID, *I diritti in azione*, Bologna 2007, pp. 13 e ss. e, nello stesso volume, M.E. GENNUSA, *La CEDU e l'Unione Europea*, pp. 91 e ss.. Pone a confronto i primi passi dell'esperienza comunitaria e di quella legata alla CEDU O. POLLICINO, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>18</sup> Corte giust., sent. 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*.

<sup>19</sup> Corte giust., sent. 17 febbraio 1998, C-249/96, *Grant*.

<sup>20</sup> Corte giust., sent. 13 luglio 1989, C-5/88, *Wachauf*.

<sup>21</sup> Corte giust., sent. 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*.

<sup>22</sup> Corte giust., sent. 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnson*.

<sup>23</sup> Sull'argomento, tra gli altri, si v. V. SCARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, pp. 423 e ss..

<sup>24</sup> Un primo tentativo di adesione si era arrestato innanzi al parere n. 2 del 1994 della Corte di giustizia, che aveva osservato come nessuna disposizione del Trattato attribuisse alle istituzioni comunitarie il potere di concludere convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo.

Da un lato, avevano osservato che il loro compito di garantirne il rispetto nell'ambito del diritto comunitario non poteva giungere sino a esaminare la compatibilità, rispetto alla CEDU, di una legge nazionale emanata in una materia non attribuita alla competenza dell'Unione.<sup>25</sup>

Dall'altro, avevano ritenuto che se, invece, una normativa nazionale rientrava nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, doveva «fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di detta normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto, tali quali risultano, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».<sup>26</sup>

Da quest'orientamento la Corte di giustizia non si è discostata, confermando sia la propria incompetenza nei confronti di normative nazionali che esulano dall'ambito del diritto comunitario,<sup>27</sup> sia il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali – quali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali o ricavabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri – nei confronti tanto delle istituzioni comunitarie,<sup>28</sup> quanto degli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.<sup>29</sup>

Il parametro, comunque, quando non è rinvenuto nella Carta, che viene richiamata con frequenza sempre maggiore, non è costituito direttamente dalle disposizioni della CEDU, che «non rientrano in quanto tali nel diritto comunitario»,<sup>30</sup> ma dai principi generali di quest'ultimo, tra cui sono compresi i diritti fondamentali ricavabili dalla Convenzione (e dalle tradizioni costituzionali comuni).<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Corte giust., sent. 11 luglio 1985, C-60/84 e C-61/84, *Cinéthèque*. Si v. anche Corte giust. 29 maggio 1997, C-299/95, *Kremzow*: nel caso di specie, il giudice nazionale chiedeva sostanzialmente di valutare la legittimità comunitaria della legislazione nazionale che, a suo giudizio, non consentiva al ricorrente, condannato in un processo penale che era stato giudicato in violazione dell'art. 6 CEDU dalla Corte europea (Corte EDU, sent. 21 settembre 1993, *Kremzow c. Austria*) di ottenere un pieno risarcimento per l'ingiusta detenzione.

<sup>26</sup> Corte giust., sent. 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*. Tra i vari quesiti posti alla Corte di giustizia, si domandava se la concessione mediante legge a un unico operatore del monopolio della televisione nell'intero territorio di uno Stato membro fosse compatibile con l'art. 10 CEDU, che protegge la libertà d'espressione, e se questa norma imponesse «automaticamente agli Stati membri degli obblighi e quali, indipendentemente dal fatto che siano in vigore norme scritte di diritto comunitario». Lo Stato greco, al fine di giustificare la propria legislazione, la quale effettivamente poneva ostacoli all'esercizio della libera prestazione dei servizi, sosteneva che questa rientrasse tra le deroghe contemplate dagli art. 56 e 66 del Trattato CE (per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica). I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che, per verificare se potesse fruire di quelle eccezioni, la normativa nazionale doveva essere vagliata «con riguardo a tutte le norme di diritto comunitario, ivi compresa la libertà di espressione, sancita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto principio generale del diritto di cui la Corte garantisce il rispetto» (corsivo mio), rinviando peraltro al giudice nazionale il compito di svolgere quella valutazione nel merito.

<sup>27</sup> Si v. Corte giust., ord. 12 novembre 2010, C-339/10, *Estov* e Corte giust., ord. 1 marzo 2011, C.457/09, *Chartry*, che esplicitamente afferma che il Trattato di Lisbona non ha eliminato la limitazione secondo cui la Corte di giustizia assicura la garanzia dei diritti riconosciuti dalla CEDU e dalla c.d. Carta di Nizza esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Si v. anche Corte giust., ord. 14 dicembre 2011, C-462/11, *Cozman*.

<sup>28</sup> Si v. Corte giust., sent. 1 marzo 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, che ha giudicato invalido l'art. 5, n. 2, della direttiva n. 2004/113/CE che consentiva agli Stati membri di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni unisex, in violazione del principio di parità di trattamento tra donne e uomini stabilito dagli artt. 21 (Non discriminazione) e 23 (Parità tra donne e uomini) della Carta dei diritti fondamentali.

<sup>29</sup> Si v. Corte giust., ord. 29 marzo 2012, C-529/10, *Safilo*, che ha escluso che «il diritto dell'Unione, in particolare il principio del divieto dell'abuso di diritto, l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, le libertà garantite dal Trattato FUE, il principio di non discriminazione, le norme in materia di aiuti di Stato nonché l'obbligo di garantire l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione» ostino a una normativa, come quella del d.l. n. 40 del 2010, che prevede l'estinzione dei procedimenti pendenti dinanzi al giudice che si pronuncia in ultimo grado in materia tributaria, mediante pagamento di un importo pari al 5% del valore della controversia, qualora tali procedimenti traggano origine da ricorsi proposti in primo grado più di dieci anni prima della data di entrata in vigore di tale disposizione e l'amministrazione finanziaria sia rimasta soccombente nei primi due gradi di giudizio.

<sup>30</sup> Così Trib. UE, sent. 20 febbraio 2001, T-112/98, *Mannesmannröhren*. Nel merito, peraltro, il Tribunale ha parzialmente annullato una decisione della Commissione di richiesta d'informazioni, sostenuta dalla minaccia di sanzioni in caso di mancata, incompleta o falsa risposta, in quanto avrebbe violato i diritti di difesa dell'impresa ricorrente, diritti che risultano, tra le altre fonti, anche dalla CEDU. Esclude categoricamente che la CEDU costituisca «di per sé» diritto europeo anche A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002, pp. 19 e ss. (con riferimento all'art. 6 TUE nella sua formulazione originaria); la stessa conclusione, successivamente al Trattato di Lisbona, è raggiunta da S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in "Riv. int. dir. pubbl. com.", n. 5/2010, pp. 1354 e ss., la quale aggiunge che «sono, quindi, i contenuti di tale trattato internazionale ad essere assunti nel diritto UE, in qualità di principi generali, non le sue disposizioni, che restano fonte esterna che l'Unione sarà

Una precisazione inevitabile, dato che la CEDU non è stata né ratificata né recepita dall'Unione europea e che comporta – si è notato – «un notevole margine di manovra» del giudice comunitario rispetto alla giurisprudenza della Corte europea nella definizione del contenuto e dei confini dei singoli diritti fondamentali.<sup>32</sup>

#### **4. La tesi della disapplicazione delle leggi interne per contrasto con la CEDU «comunitarizzata».**

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, diversi giudici comuni hanno nuovamente difeso la tesi della disapplicazione delle leggi interne contrastanti con la CEDU.

In particolare, il Consiglio di Stato ha sostenuto che gli articoli della CEDU sarebbero «divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato [UE], disposta dal Trattato di Lisbona».<sup>33</sup>

L'affermazione del Consiglio di Stato è ripresa e ulteriormente argomentata dal TAR del Lazio, secondo cui il nuovo testo dell'art. 6 TUE conterrebbe non più un riferimento solamente «mediato» alla CEDU, ma il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione «come principi interni al diritto dell'Unione», comportando «immediate conseguenze di assoluto rilievo».<sup>34</sup> Le norme della CEDU, infatti, sarebbero divenute «immediatamente operanti» nell'ordinamento italiano in forza del diritto comunitario, con conseguente obbligo, per il giudice nazionale, in caso di contrasto di leggi interne con essa, «di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno».<sup>35</sup>

Adirittura, secondo il giudice romano, la disapplicazione sarebbe esperibile «per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo».<sup>36</sup>

Insomma, la CEDU sarebbe divenuta vero e proprio diritto comunitario e questo comporterebbe l'obbligo di disapplicare *sempre* le leggi interne contrastanti con essa.

A quest'orientamento hanno aderito anche altri giudici, senza però procedere effettivamente alla disapplicazione di una legge per contrasto con la CEDU, la quale è stata richiamata semplicemente come

---

obbligatoriamente chiamata a rispettare secondo l'accordo di adesione»; anche V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma 2011, pp. 19 e ss., sostiene che, nonostante le innovazioni del Trattato di Lisbona, «non può dirsi che la CEDU sia divenuta diritto comunitario».

<sup>31</sup> Così Corte giust., sent. 16 luglio 2009, C-385/07, *Der Grüne Punkt*. In questo caso, la Corte di giustizia ha ravvisato una violazione della durata ragionevole del processo, principio derivante dall'art. 6, n. 1, CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti, che, in quanto principio generale del diritto UE (affidente al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva), si applica anche nei ricorsi avverso le decisioni della Commissione. Tuttavia, la Corte non ha accolto la tesi del ricorrente, secondo cui tale violazione comportava anche l'illegittimità della sentenza del Tribunale.

<sup>32</sup> V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti*, p. 92, che sottolinea come, comunque, la Corte di giustizia garantisca i diritti fondamentali «nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità», bilanciandoli spesso con la tutela della concorrenza e delle libertà comunitarie di circolazione di lavoratori e merci.

<sup>33</sup> Cons. St., sent. n. 1220 del 2010, in cui peraltro il giudice amministrativo afferma anche che il suo dovere di prevenire una violazione della CEDU derivasse da «un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona». Critica questa pronuncia A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Si v. anche la nota di G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in «Rivista AIC», n. 0/2010.

<sup>34</sup> TAR Lazio (Roma), sent. n. 11984 del 2010.

<sup>35</sup> *Ivi*.

<sup>36</sup> *Ivi*.

parametro cui conformare l'interpretazione delle norme interne<sup>37</sup> o a sostegno di un percorso argomentativo che su queste s'incantava.<sup>38</sup>

Solo il TAR del Lazio aveva avanzato l'ipotesi di disapplicare l'art. 57 del DPR n. 327 del 2001 qualora esso avesse impedito l'applicazione, al caso di specie, dell'art. 43 del medesimo decreto, che riconosce il diritto al risarcimento dei danni al proprietario di un immobile irreversibilmente trasformato dalla PA e acquisito al patrimonio di questa pur in assenza di un valido provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità. Il TAR, peraltro, aveva rinviato a una successiva fase del giudizio la valutazione sulla necessità in concreto di disapplicare la norma indicata.

In ogni caso, queste decisioni – emesse, si noti, in controversie che esulavano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea – si discostavano in maniera evidente dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale, generando nuovamente una forte esigenza di chiarezza.<sup>39</sup>

### **5. La “replica” della Corte costituzionale: la sentenza n. 80 del 2011.**

La Corte costituzionale ha avuto la possibilità d'intervenire nuovamente sul tema con la sentenza n. 80 del 2011.<sup>40</sup>

In quel caso, sostenendo l'illegittimità dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 nella parte in cui non consentono che il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica, la parte privata, intervenuta in giudizio, proponeva la tesi secondo cui, in forza del Trattato di Lisbona, le norme della CEDU sarebbero divenute «parte integrante del diritto dell'Unione» e, per questo, dovessero ricevere diretta applicazione da parte del giudice comune, chiamato a disapplicare le leggi interne con esse incompatibili.

Confrontando il vecchio e il nuovo testo dell'art. 6 TUE, il giudice delle leggi ha osservato che, se nel sistema previgente la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea derivava da un'unica fonte, i principi generali del diritto comunitario (individuati sulla base della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni, che svolgevano quindi un ruolo «strumentale»), alla luce della norma attualmente vigente essa deriva da più fonti: la Carta dei diritti fondamentali e i già esaminati principi fondamentali, ai quali si aggiungerà in futuro la CEDU, ma solamente «come conseguenza dell'adesione a essa dell'Unione», che non è ancora avvenuta.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Così Cons. St., sent. n. 1220 del 2010 che, interpretando l'art. 389 c.p.c. alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale, derivante dall'art. 6 CEDU, ha emesso una sentenza di condanna alla restituzione di somme pagate in esecuzione di una sentenza poi cassata.

<sup>38</sup> Così TAR Lombardia (Brescia), sent. n. 2070 del 2010, che ha annullato gli impugnati atti della procedura espropriativa delle aree interessate dal percorso di un raccordo autostradale sulla base dell'art. 13 del DPR n. 327 del 2001, in quanto non era stato rispettato il termine per l'espropriazione da esso disposto, traendo dall'art. 1, Prot. 1, CEDU «un ulteriore argomento»; TAR Liguria, sent. n. 10405 del 2010, che ha rigettato il richiamo della difesa del Comune resistente alla occupazione acquisitiva dei terreni espropriati in quanto l'istituto non era stato in concreto invocato, né nell'ambito del provvedimento impugnato, né nel corso del giudizio, e solo *obiter dictum* ha rammentato che, comunque, tale istituto era stato più volte giudicato in contrasto con la CEDU; TAR Sicilia (Palermo), sent. n. 175 del 2011, che ha rigettato l'eccezione di avvenuta prescrizione del diritto al risarcimento danno causato dall'occupazione illegittima e dell'irreversibile trasformazione, da parte della PA, delle proprietà dei ricorrenti sulla base di una consolidata giurisprudenza pregressa, ritenuta «ulteriormente avvalorata dalla rinnovata e diretta incidenza sul piano interno delle disposizioni della CEDU»; su una fattispecie simile e nello stesso senso è anche TAR Veneto, sent. n. 400 del 2011.

<sup>39</sup> Una simile necessità si avverte soprattutto leggendo Cons. St., sentt. n. 3760 del 2010 e n. 7200 del 2010, che da un lato hanno attribuito alla CEDU «diretta rilevanza» nell'ordinamento interno per il tramite dell'art. 6 TUE, dall'altro hanno ritenuto di aderire alla giurisprudenza dei giudici di Palazzo della Consulta secondo cui il contrasto con la CEDU costituisce un vizio di costituzionalità della norma interna.

<sup>40</sup> Su questa sentenza si v. la nota di A. GUZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in «Rivista AIC», n. 3/2011,

<sup>41</sup> Con questa precisazione, la Corte ha replicato indirettamente al TAR del Lazio che, nella citata sent. n. 11984 del 2010 aveva ritenuto che, tra le novità più rilevanti correlate all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vi fosse «l'adesione dell'Unione alla CEDU», quasi che questa fosse avvenuta automaticamente. Sulle presumibili conseguenze dell'adesione si v. V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); S. CATALANO, *Trattato di*

Da questo punto di vista, il richiamo alla CEDU contenuto nel nuovo art. 6 TUE non risulta realmente innovativo rispetto a quanto già ricavabile dalla precedente formulazione e dalla giurisprudenza comunitaria: alla CEDU, «nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione», non è quindi riferibile il meccanismo incentrato sull'art. 11 Cost. e i principi generali ricavabili da questa «rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile».

Anche l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, che come si è visto pone la c.d. «clausola di equivalenza», non ha comportato «una "trattatizzazione" indiretta della CEDU», o almeno di tutti i diritti convenzionali che trovano un «corrispondente» all'interno della Carta di Nizza, come sosteneva la parte privata.

Tanto l'art. 6 TUE, quanto l'art. 51 della Carta dei diritti, escludono recisamente che la Carta stessa, o l'attribuzione a essa dello stesso valore giuridico dei Trattati, estendano l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o comunque modifichino il riparto di competenze con gli Stati membri.

Quando una controversia non presenta alcun collegamento con l'ordinamento comunitario, quindi, restano «pienamente attuali» i principi affermati dalla giurisprudenza inaugurata con le «sentenze gemelle» ed è esclusa una disapplicazione della legge per contrasto con la CEDU.

## **6. Una lettura della sentenza *Kamberaj* alla luce del quesito e dei precedenti.**

Nel contesto normativo e giurisprudenziale descritto s'inserisce la sentenza *Kamberaj* della Corte di giustizia, la quale risalta soprattutto perché, questa volta, la fattispecie rientrava nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (tant'è che la Corte di giustizia ha fornito una risposta al terzo quesito pregiudiziale).<sup>42</sup>

Nell'ordinanza di rinvio – emessa prima della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale – il Tribunale di Bolzano muoveva dal presupposto che il nuovo testo dell'art. 6 TUE avesse comportato «l'incorporazione nell'ordinamento dell'Unione» della Convenzione europea «sebbene in difetto di adesione» e che, di conseguenza, questa avesse acquisito efficacia diretta.<sup>43</sup>

Al contrario, la Corte di Lussemburgo ha affermato che l'art. 6 TUE «consacra» la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali, ma «non disciplina» il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, né fornisce i criteri per risolvere le antinomie tra di essi. Di conseguenza, il rinvio operato da questa disposizione «non impone» al giudice nazionale di disapplicare le norme nazionali contrastanti con la CEDU.

La decisione della Corte di Lussemburgo non appare del tutto esauriente.

La Corte di giustizia, infatti, non spiega perché quella disposizione, che pure afferma in maniera chiara che i diritti garantiti dalla CEDU «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», non determini

---

*Lisbona e adesione alla CEDU. Brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, pp. 233 e ss..

<sup>42</sup> In particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile la direttiva 2003/109/CE, il cui articolo 11 «osta ad una normativa nazionale o regionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, per quanto riguarda la concessione di un sussidio per l'alloggio, riservi ad un cittadino di un paese terzo, beneficiario dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati al sussidio summenzionato». La Corte di Lussemburgo ha quindi invitato il giudice nazionale a verificare se tale sussidio rientrava in una delle tre categorie (previdenza, assistenza e protezione sociale) contemplate dalla direttiva e se non fosse invocabile la deroga, prevista dal paragrafo 4 del medesimo articolo 11, secondo cui gli Stati membri «possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali».

<sup>43</sup> Trib. Bolzano, ord. 24 novembre 2010. L'ordinanza, comunque, non cita sentenze relative all'art. 14 CEDU e richiama questa disposizione come parametro autonomo, nonostante la giurisprudenza della Corte europea lo ritenga invocabile solo in combinato disposto con una delle altre norme che tutelano i diritti convenzionali (tra le tante, si v. Corte EDU, sent. 21 febbraio 1997, *Van Raalte c. Paesi Bassi*; in letteratura, si v. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, pp. 518 e ss.). Inoltre, viene evocato il Protocollo 12 che, però, non è stato ratificato dall'Italia. Sulla differenza tra l'art. 14 e il Protocollo 12 e sulle prospettive derivanti dalla ratifica di quest'ultimo si v. O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), pp. 28 e ss..

«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».

La chiave di lettura della risposta della Corte risiede presumibilmente nella formulazione del quesito, che mirava a verificare se, in caso di conflitto tra una legge interna e *la CEDU*, il giudice nazionale potesse disapplicare la prima «senza dovere previamente sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale nazionale».<sup>44</sup>

Se si ricorda che sono i diritti fondamentali (come garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni) e non la CEDU stessa a «far parte» del diritto comunitario, la risposta della Corte di giustizia a un simile interrogativo non poteva che essere negativa.

Confortano questa tesi le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot il quale, muovendo dal rilievo secondo cui «la competenza della Corte è limitata unicamente al vaglio delle disposizioni del diritto dell'Unione», ne trae la conseguenza che essa non è competente a pronunciarsi sulle modalità con le quali il giudice nazionale deve risolvere il contrasto tra una norma di diritto interno e la CEDU.

Leggendo questo passaggio, si può ipotizzare che il motivo per cui il diritto comunitario non fonda il potere-dovere del giudice di disapplicare le leggi interne contrastanti con la CEDU è che quest'ultima, nonostante la nuova formulazione dell'art. 6 TUE, non è diritto dell'Unione e quindi non può vantare le qualità del primato e dell'effetto diretto che lo caratterizzano.

È lecito domandarsi, tuttavia, se la conclusione sarebbe stata diversa, qualora fosse stato chiesto se l'art. 6 TUE possa fondare il potere-dovere del giudice nazionale di dare diretta applicazione *al divieto di discriminazione*, che «fa parte» del diritto dell'Unione come suo principio generale, disapplicando una legge interna incompatibile.<sup>45</sup>

### **7. Una conclusione inevitabilmente “aperta”: le questioni ancora irrisolte.**

La giurisprudenza della Corte di giustizia è consolidata nel ritenere invocabili direttamente innanzi al giudice comune le norme – dei Trattati, dei regolamenti, delle decisioni e delle direttive – che pongono doveri in capo allo Stato (e corrispettivi diritti a favore dei singoli) in modo assoluto, sufficientemente preciso e non condizionato ad alcun provvedimento di attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri.<sup>46</sup>

Se le qualità del primato e dell'effetto diretto possano essere riconosciute anche alla Carta dei diritti e ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea (tra cui, in forza dell'art. 6, rientrano i diritti fondamentali),<sup>47</sup> è un tema dibattuto tra i giuristi del Vecchio Continente.<sup>48</sup>

Sulla questione, inoltre, non vi sono ancora state pronunce risolutive da parte delle Corti.

<sup>44</sup>

<sup>45</sup> La Corte di Lussemburgo, in questo caso, non ha ritenuto opportuno riformulare il quesito, come invece avvenuto in altre occasioni (si v., per esempio, Corte giust., sent. 18 giugno 1991, C-369/89, *Piageme*).

<sup>46</sup> Tra le tante, si v. Corte giust., sent. 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn* e Corte giust., sent. 5 ottobre 2004, C-379/01 e C/403/01, *Pfeiffer*. Al contrario, quando la norma non è incondizionata, essa non può attribuire diritti ai singoli, come affermato, tra le altre, in Corte giust., sent. 14 luglio 1971, C-10/71, *Muller*. In quel caso, il giudice nazionale mirava a verificare se alcune leggi lussemburghesi, che attribuivano determinati privilegi a una società incaricata della gestione di un porto fluviale, erano conformi alle norme del Trattato sulla concorrenza. La Corte di giustizia, rilevando che l'impresa in questione gestiva un servizio d'interesse economico generale, osservava che, sulla base dell'art. 90, n. 2, TCE (oggi art. 106 TFUE), le norme di concorrenza le si applicavano solo nei limiti in cui non ostacolavano l'adempimento dei compiti a essa affidati. Considerato che l'art. 90, n. 2, TCE implicava «la valutazione delle esigenze inerenti sia all'adempimento dello specifico compito affidato alle imprese di cui trattasi, sia alla tutela dell'interesse della comunità» e un simile apprezzamento dipendeva «dagli obiettivi di politica economica generale perseguiti dagli Stati sotto il controllo della Commissione», aveva escluso che potesse attribuire diritti ai singoli.

<sup>47</sup> Sul punto si v. anche M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2010, pp. 111 e ss.; M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impiegato nella tutela dei diritti fondamentali*, in “Rivista AIC”, n. 1/2011, pp. 21 e ss..

<sup>48</sup> Offrono una sintesi del dibattito K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in “Common Market Law Review”, 2010, pp. 1629 e ss..

La Corte costituzionale, di recente, ha ritenuto che non si può assumere «che tutti i principi del Trattato [...] siano per loro natura non auto-applicativi», anzi il giudice comune, prima di sollevare questione di costituzionalità, deve essere sicuro che vi siano «motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea», motivando espressamente sul punto.<sup>49</sup>

Anche nella sentenza n. 80 del 2011, il giudice delle leggi pare non aver escluso *in assoluto* la possibilità di disapplicare una legge interna per contrasto con i diritti fondamentali, ma si è limitata ad affermare che essi «rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale».

Problema specifico è se possa essere disapplicata una legge interna contrastante con il principio di non discriminazione, il quale «impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato»<sup>50</sup> e che fa parte del «diritto primario» dell'Unione.<sup>51</sup>

Sul punto, la Corte costituzionale ha ritenuto che questo, pur godendo «in linea di principio» di diretta applicabilità, «non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti».<sup>52</sup> Il margine lasciato al legislatore statale per prevedere trattamenti diversi tra i propri cittadini e quelli provenienti da altri Stati membri, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza al legittimo scopo perseguito, indurrebbe a escludere che il divieto di discriminazione sia «sempre di per sé sufficiente» a fondare la disapplicazione della norma interna incompatibile.

La Corte di giustizia, tuttavia, in alcune sentenze ha affermato che il giudice comune ha il dovere di garantire la piena efficacia del principio di non discriminazione, in ragione della nazionalità<sup>53</sup> o in ragione dell'età, «disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale».<sup>54</sup>

Il problema è sdrammatizzato dalla circostanza che spesso possono essere assunti come parametro degli atti normativi derivati contenenti specifici divieti di discriminazione.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> Corte cost., ord. 298 del 2011. La Corte ha rammentato la possibilità, per i giudici comuni «chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne», di avvalersi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Inoltre, Corte cost., sent. n. 288 del 2010 ha dichiarato inammissibile una censura proposta avverso la legge lombarda sulle vendite straordinarie e in materia di orari degli esercizi commerciali, che introduceva una disciplina differenziata collegata alla diversa superficie di vendita, per un presunto contrasto con il principio «comunitario» di proporzionalità. In quel caso, la Corte ha osservato che il mittente non aveva indicato «i motivi che osterebbero alla disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione». Inoltre, Corte cost., sent. n. 111 del 2012 ha dichiarato inammissibile una censura formulata evocando l'art. 47 della Carta dei diritti «per carenza di ogni motivazione sulla non diretta applicabilità della norma europea». La stessa pronuncia ha dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità dell'art. 145 del d.lgs. n. 209 del 2005 per contrasto con i canoni dell'equo processo e della effettività della tutela giurisdizionale, in relazione agli artt. 6, par. 1, e 13 CEDU, evocati insieme all'art. 47 della Carta dei diritti.

<sup>50</sup> Corte giust., sent. 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*. Si noti che nell'ordinamento comunitario tale principio gode di autonomia applicativa, distinguendosi così dall'art. 14 CEDU. Per un confronto tra gli orientamenti della Corte europea, della Corte di giustizia e della Corte costituzionale su quest'argomento, si v. V. ONIDA, *L'eguaglianza e il principio di non discriminazione*, resoconto della relazione introduttiva all'incontro del 12 dicembre 2004 del seminario LUISS su «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», in [www.luiss.it/semcost](http://www.luiss.it/semcost).

<sup>51</sup> Corte giust., sent. 16 settembre 2010, C-149/10, *Chatzi*.

<sup>52</sup> Corte cost., sent. n. 227 del 2010.

<sup>53</sup> Corte giust., sent. 2 febbraio 1989, C-186/87, *Cowan*, ha affermato che non è compatibile con il principio di non discriminazione, sancito «in particolare» dall'art. 7 TCE, una normativa che subordini la concessione di un indennizzo statale, inteso a risarcire il danno subito in detto Stato dalla vittima di un'aggressione che le abbia provocato una lesione personale, al requisito della titolarità di una tessera di residente od al requisito della cittadinanza di un paese che ha concluso con lo Stato membro stesso un accordo di reciprocità, «per quanto riguarda soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario».

<sup>54</sup> Corte giust., sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, che, in un altro passaggio, ha precisato che «in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata». Il caso è significativo perché il rinvio era stato effettuato da un giudice tedesco, il quale rilevava come il proprio diritto nazionale gli impedisse di disapplicare una legge che non fosse stata dichiarata incostituzionale dal Bundesverfassungsgericht (si v. anche Corte giust., sent. 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*). Prima di questa, Corte giust., sent. 22 novembre 2005, C-144/05, *Mangold*.

Tuttavia, soprattutto se si considerano altri principi generali, permane comunque un'incertezza sui casi in cui il giudice possa disapplicare la legge interna quando la fattispecie rientra nell'ambito del diritto dell'Unione, perché vengono in rilievo atti comunitari, atti nazionali di attuazione o deroghe nazionali a norme comunitarie che si assume siano giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali.<sup>56</sup>

In un simile contesto, si aggrava il rischio di un'emarginazione della Corte costituzionale<sup>57</sup> – che può derivare sia da una preferenza dei giudici comuni per la strada della pregiudiziale comunitaria,<sup>58</sup> sia da una tendenza di questi a fare da sé.<sup>59</sup>

Ne verrebbero frustrate, almeno in parte, le esigenze – prima fra tutte, quella della certezza del diritto e dell'eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali – che avevano spinto i costituenti a optare per l'istituzione di quest'organo.<sup>60</sup>

Soddisfare quelle esigenze – qualora, naturalmente, siano ritenute ancora attuali e condivisibili<sup>61</sup> – è un ulteriore motivo che dovrebbe indurre a riflettere sull'ipotesi di istituire una via di accesso diretto dei singoli alla Corte costituzionale, che la riporti al centro del sistema di tutela dei diritti fondamentali.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> In entrambi i casi richiamati, il principio veniva in rilievo come espresso, in concreto, dalla direttiva n. 2000/78/CE (non a caso, V. ONIDA, *L'eguaglianza e il principio di non discriminazione*, osserva che «la Corte di Giustizia è più preoccupata di far valere singoli divieti di discriminazione contenuti in atti normativi derivati, che non di applicare un principio di uguaglianza a sé stante»). Anche nella sentenza *Kamberaj*, la Corte di Lussemburgo ha potuto applicare il principio di parità di trattamento nel godimento dell'assistenza sociale posto dalla direttiva n. 2003/109/CE. Nel caso *Mangold*, invece, la direttiva in questione non era direttamente applicabile perché il termine per la sua trasposizione non era ancora scaduto e il potere di disapplicazione della legge interna si basava dunque sul contrasto con il principio generale, più che con la direttiva.

<sup>56</sup> È sintomo di quest'incertezza il fatto che lo stesso Tribunale di Bolzano, ord. 16 dicembre 2010, in un caso analogo deciso da un magistrato diverso, abbia invece ritenuto superfluo investire della questione la Corte costituzionale o la Corte di giustizia, argomentando che non vi era «alcuna discriminazione al livello normativo», in quanto le risorse venivano ripartite «in base alla media ponderata degli stessi fattori (consistenza numerica e fabbisogno)». La discriminazione era rinvenibile nella delibera di Giunta che applicava quei criteri, la quale era dunque in contrasto con diversi parametri interni (il d.lgs. n. 286 del 1998) e internazionali (tra cui l'art. 14 CEDU e l'art. 1, Prot. 12, CEDU, anche in questo caso richiamati autonomamente).

<sup>57</sup> Profetizzato da M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in "Giur. cost.", 2002, pp. 4477. Offre uno sguardo sulla situazione di altri Paesi V. FERRES COMELLA, *The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?*, in "International Journal of Constitutional Law", vol. 2, n. 3/2004, pp. 461 e ss..

<sup>58</sup> Lo stesso giudice delle leggi ha stabilito una sorta di priorità della pregiudiziale comunitaria rispetto a quella di costituzionalità (tra le tante si v. Corte cost., ord. n. 536 del 1995 e n. 109 del 1998).

<sup>59</sup> B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, pp. 295 e ss., ritiene che il giudice non potrebbe disapplicare la legge contrastante con quei principi del diritto comunitario che si ricavano dalla CEDU, ma dovrebbe «semmai rivolgersi alla Corte di giustizia». Eppure, come sottolineato anche da Corte cost., sent. n. 28 del 2010, il rinvio pregiudiziale «non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo» (si v. anche Corte giust., sent. 27 marzo 1963, C-28-29-30/62, *Da Costa*). Inoltre, soltanto per le Corti di ultima istanza sussiste l'obbligo, stabilito dall'art. 267, co. 3, TFUE, di effettuare il rinvio alla Corte di giustizia, che rimane una mera facoltà per gli altri giudici.

<sup>60</sup> All'Assemblea costituente era stata prospettata l'ipotesi di un controllo di costituzionalità affidato ai giudici ordinari, sul modello statunitense, con la Corte di cassazione a garantire l'uniformità delle decisioni (si v. l'emendamento presentato da Luigi Einaudi il 1 febbraio 1947, nella seduta pomeridiana della Commissione per la Costituzione), ma la proposta era stata abbandonata a favore di un «buon compromesso»: l'istituzione di un organo che – per la sua composizione – rappresentasse tutti i tre tradizionali poteri dello Stato, e non solo il giudiziario e che fosse legittimato a dichiarare erga omnes l'incostituzionalità delle leggi (si v. gli interventi all'Assemblea generale di Ottavio Mastroianni, il 1 febbraio 1947, di Meuccio Ruini, il 12 marzo 1947, e di Giovanni Battista Adonnino, il 20 novembre 1947).

<sup>61</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>62</sup> V. ONIDA, *La Corte e i diritti*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova 1998, pp. 177 e ss.; più di recente, B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in "Rivista AIC", n. 4/2011, pp. 38 e ss. e in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011, pp. 1545 e ss.. Sul tema si v. anche P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, pp. 679 e ss.; si v. altresì il dibattito raccolto in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000.