**Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi**

(Intervento svolto all’incontro tra le Corti supreme nazionali e la Corte di giustizia UE- sessione presso la Corte costituzionale, Roma 25 maggio 2017)

1. Nello scegliere il titolo del mio intervento, mi sono chiesto se l’aggettivo “supremo” riferito alle Corti di cd. ultima istanza sia ancora pertinente nell’attuale realtà ordinamentale multilivello o se non ci si debba accontentare più semplicemente dell’aggettivo “superiore”, in un’ottica peraltro ancora prevalentemente interna, per sottolineare il carattere dialogico più che gerarchico che informa il dialogo tra Giudici appartenenti a ordinamenti diversi.

E’ infatti oramai condiviso che la tutela dei diritti nello spazio europeo (e non solo) avvenga prevalentemente ad opera delle Corti. Si tratta di un’opera non sempre semplice, perché il ruolo delle Corti “sovranazionali” (CEDU e Corte di giustizia, ma in questa sede si terrà conto in prevalenza della seconda, anche se l’intreccio con la posizione della Corte EDU è per certi versi inestricabile) si muove in una logica e su basi legali spesso diverse tra loro e da quelle dei giudici nazionali. E questi ultimi, ovviamente, sono disciplinati da Carte costituzionali che, per quanto condividano in generale i princìpi portanti della giurisdizione, nondimeno restano distinte tra loro.

Nell’intervento -necessariamente schematico- farò prevalente riferimento, sotto il profilo dell’oggetto, ai diritti fondamentali e, quanto alle fonti, alla Carta UE dei diritti fondamentali (la cd. Carta di Nizza), anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale giurisprudenza, peraltro, sarà richiamata nella misura occorrente per consentire di valutare l’uso e l’applicazione che il giudice nazionale unitariamente considerato, ma in particolare il giudice amministrativo, faccia o possa fare della Carta di Nizza, una volta che a questa è stata riconosciuta il rango di fonte primaria. E si richiameranno alcune sentenze del Consiglio di Stato nonché alcune tematiche connesse.

Il tema ci consente altresì, sullo sfondo, uno spunto di riflessione su due aspetti, per più versi connessi tra loro: il sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa; il concorso dei giudici al processo di integrazione europea. In un momento di crisi delle istituzioni rappresentative europee e, più in generale, della politica, accade –secondo un processo simile a ciò che accade negli ordinamenti nazionali- che le Corti assumano una rilevanza centrale nel sistema delle tutele e, conseguentemente, nel processo di integrazione europea: muovendo dal piano dei diritti, ma finendo per creare un patrimonio di valori e di princìpi che, nella misura in cui siano condivisi, fungono da collante tra istituzioni e, in ultima analisi, tra popolazioni dell’Europa. Del resto è stata sottolineata da più parti (Van Canaeghem, ne *I sistemi giuridici europei*) l’importanza dei giuristi nella costruzione del processo di integrazione europea.

2. Nel diritto europeo e nell’attività della Corte di giustizia –ma direi anche dei giudici nazionali- assumono rilevanza centrale i princìpi generali del diritto.

Essi sono stati utilizzati, innanzi tutto, come strumento di interpretazione della disciplina europea e, attraverso il noto meccanismo cd. di triangolazione, come strumento per creare un diritto europeo di princìpi e valori che, tratti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e fatti propri dalla Corte come princìpi dell’Unione, si riversassero negli Stati membri allo scopo di allargare il comune patrimonio di valori e princìpi.

In tale ottica, è stato addotto a esempio proprio l’articolo 47 della Carta dei diritti, che, sotto la formula del diritto a un “rimedio effettivo”, ha consentito di venire incontro a due visioni diverse dell’accesso al giudice, tanto da essere definita una sintesi appropriata del dialogo tra le due famiglie europee del diritto (Trocker): il diritto di accedere ai tribunali (non scontato negli ordinamenti anglosassoni), che garantisce il principio di azionabilità dei singoli diritti, e il *fair trial*, inteso come giusto processo. Da cui la Corte di giustizia ha elaborato il diritto a strumenti processuali idonei a ottenere una garanzia effettiva dell’ordinamento comunitario e dei “diritti” da esso garantiti.

Ma i princìpi generali del diritto sono stati utilizzati dalla Corte anche per valutare la legittimità dei comportamenti delle istituzioni comunitarie e delle istituzioni degli Stati membri. E tra i princìpi generali è stato inserito dalla Corte il rispetto dei diritti fondamentali, sul rilievo che “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei princìpi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l’osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti la Corte è tenuta d ispirarsi alle tradizioni comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati” (sent.13 dicembre 1979, 44/79, *Hauer*; ma affermazioni simili si rinvengono già in precedenti sentenze). Oltre che nelle Costituzioni nazionali, la Corte ha presto rinvenuto tali diritti, idonei a diventare princìpi generali UE, nella Cedu. Il riferimento a questa, anzi, ha consentito alla Corte di giustizia di spostare il baricentro della sua attenzione “dal commercio ai diritti”, affermando che la tutela dei diritti fondamentali può costituire una legittima attenuazione degli obblighi imposti dall’Unione ancorché derivanti da una libertà fondamentale quale la libera circolazione delle persone e delle merci, pur nel rispetto del canone di proporzionalità. Al tempo stesso, la Corte di giustizia ha operato una “ri-lettura” aggiornata ai tempi nostri dei diritti della Convenzione

Con la Carta dei diritti, l’ordinamento europeo procede a una catalogazione dei diritti fondamentali. Ciò fa sorgere il problema del rapporto tra princìpi e diritti, in quanto i princìpi, sul piano giurisprudenziale, hanno un’efficacia prevalentemente “preclusiva” (nel senso che impediscono una normativa contrastante con essi), mentre i diritti recano in sé un’efficacia pretensiva e, in teoria, una loro azionabilità dinanzi al giudice.

Il catalogo dei diritti si rifà alle tradizioni costituzionali comuni, ai princìpi già elaborati dalla Corte di giustizia, alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo; sotto tale ultimo profilo, come si accennava poc’anzi, il catalogo dei diritti della Carta costituisce un aggiornamento del catalogo convenzionale, aggiornamento al quale attingerà la stessa Corte di Strasburgo per una moderna ri-definizione dei diritti convenzionali (si pensi alla sentenza Corte EDU 11 luglio 2002, *Goodwin v. UK*, sul diritto dei transessuali a sposarsi, motivata con riferimento all’art. 9 della Carta, alla cui luce è ri-letto l’art.12 della Convenzione).

E’ necessario ora sottolineare due aspetti che si rinvengono nelle clausole finali della Carta.

Il primo aspetto –su cui non ci si soffermerà- è che l’Unione garantisce il livello “massimo” di protezione dei diritti fondamentali: ora guardando alla Convenzione europea, ora guardando alle tradizioni costituzionali comuni (art. 52, co. 3), ma sempre salvaguardando livelli di protezione più estesi (art. 52, co. 3, ult. periodo) e posizioni più favorevoli riconosciute da altre fonti internazionali e nazionali (art. 53). Al di là di altre considerazioni, queste norme sembrano consentire alla Corte di perseguire nel processo circolare di scambio tra diritti nazionali, diritto dell’Unione e diritto convenzionale, allo scopo di individuare “nuovi diritti”; compito questo che non appare affatto precluso dalla codificazione effettuata dalla Carta. In linea generale, una codificazione, anche di princìpi giurisprudenziali, non preclude *de futuro* ulteriori arresti e progressi da parte delle Corti; anzi, con specifico riferimento alla Corte di giustizia, questa potrà incrementare quel percorso di ribilanciamento interno all’UE tra diritti sociali e diritti economici, già intrapreso dalla Corte e che sarà oggettivamente favorito dal riconoscimento positivo della categoria dei diritti fondamentali all’interno del sistema dell’Unione.

Il secondo aspetto –ben più rilevante ai nostri fini- è che l’articolo 51 della Carta dei diritti – e prima ancora il Trattato all’articolo 6- delimita rigorosamente l’ambito di applicazione dei diritti ivi elencati nei riguardi degli Stati membri: il riconoscimento dei diritti della Carta non può comportare un allargamento delle competenze dell’Unione. Questa formula sembra testualmente limitare la vigenza e l’efficacia dei diritti della Carta alle materie o settori in cui l’Unione europea abbia una propria competenza; con la conseguente esclusione di operatività della Carta nelle materie in cui non sia rinvenibile una “competenza” dell’Unione (direi una competenza “normativa” o anche attinente alle politiche UE, che pur sempre si basano su una disciplina normativa). La Corte ha infatti chiarito (tra le varie, nella sentenza *Akerberg Fransson* 26 febbraio 2013, C-617/10) che essa non può valutare una normativa nazionale che non si collochi nell’ambito del diritto dell’Unione.

La conseguenza di ciò è che può crearsi una asimmetria, una mancanza di corrispondenza tra alcuni “diritti” riconosciuti dalla Carta e le singole competenze conferite all’Unione; tanto più che la “spiegazione” all’articolo 52, comma 5, sembra porre una distinzione tra norme di principio e norme direttamente attributive di diritti che solo la giurisprudenza della Corte potrà chiarire sul piano dell’applicazione. E’ stato peraltro osservato, con riferimento al meccanismo delineato di limitazioni all’operatività della Carta, che la disposizione finisce con l’escludere “una competenza propria dell’Unione in materia di diritti fondamentali” (Obwexer).

Nondimeno, proprio nella giurisprudenza inaugurata con la Ackeberg Fransson in tema di *ne bis in idem*, a fronte di tale restrittivo orientamento, che ipotizza l’“applicazione” solo in caso di attuazione diretta e necessitata del diritto europeo, è andata affermandosi una più elastica impostazione che ha recepito invece un concetto più generico ed ampio di “attuazione” e ha ritenuto sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel “cono d’ombra”, come si suol dire, del diritto dell’Unione, e, cioè, presenti un collegamento tangibile con quel sistema, anche se indiretto. Anche in tale ipotesi, quindi, il diritto interno può essere considerato “applicativo” di quello sovranazionale e può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta, sebbene esso non appaia immediatamente attuativo di esso. Nella Ackeberg la Corte infatti ha affermato che quando il giudice sia chiamato a verificare la conformità del diritto nazionale in un ambito non del tutto determinato dal diritto dell’Unione, egli può applicare standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, purché non venga compromesso il livello di tutela garantito dalla Carta come interpretata dalla Corte ovvero il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione. Nonostante poi la Corte, nella sentenza 6 marzo 2014, Siragusa, abbia in qualche modo ridimensionato il principio, richiedendo che il collegamento con il diritto dell’Unione abbia una certa “consistenza” che vada al di là dell’affinità di materie e della influenza che indirettamente l’una può esercitare sull’altra, la portata espansiva e promozionale dei principi della Carta emerge in modo specifico nella giurisprudenza di Lussemburgo, che, applicando la Carta, ha avuto un ruolo determinante nell’attrarre alla propria giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell'Unione (più di recente vd. la sentenza della *Grande Chambre* 16 maggio 2017, c-682/15, Berlioz Investment Fund SA.).

Vediamo quali conseguenze pratiche assume la portata da ultimo evidenziata dell’articolo 51 sul ruolo dei giudici nazionali, chiamati a loro volta a dare concretezza e vita all’ordinamento dell’Unione europea.

3. E’ noto che la Corte di giustizia abbia dato grande fiducia ai giudici nazionali comuni nell’interpretazione conforme del diritto comunitario: a essa il giudice è chiamato a far ricorso prima di procedere, in caso di incompatibilità comunitaria, alla disapplicazione del diritto interno. Ed è largamente osservato che tale sistema ha creato difficoltà a quegli ordinamenti, come il nostro, caratterizzati da un controllo di costituzionalità accentrato nella Corte costituzionale, che rischia di essere aggirato a fronte di un sistema diffuso di incompatibilità comunitaria.

Se non che una lettura testuale dell’articolo 51 pone in serio dubbio la possibilità che il giudice nazionale possa far valere la violazione di un diritto riconosciuto dalla Carta in questioni “puramente interne”: se così non fosse, si avrebbe un allargamento delle “competenze (*rectius*: del diritto) dell’Unione” a materie rimesse esclusivamente agli Stati membri.

Naturalmente, ma è tutt’altra questione, molto dipende dal ruolo che intenderà giocare la Corte di giustizia nella definizione dell’ambito comunitario delle materie; l’estensione di quest’ambito, che fosse tendenzialmente diretto a colmare quella asimmetria prima rilevata, cioè la distanza tra catalogo dei diritti e materie di competenza dell’Unione, porterebbe a una significativa estensione dell’ambito di applicazione della Carta attraverso i consueti meccanismo di attuazione del diritto comunitario: disapplicazione e rinvio pregiudiziale.

Alla luce di questa lettura, che appare, oltre che testuale, prevalente nella dottrina e affermata, in linea di principio, dalla stessa Corte di giustizia, vediamo quale influenza sembra avere la Carta dei diritti nelle applicazioni giurisprudenziali nazionali, con specifico riferimento al Consiglio di Stato.

L’impressione generale che si trae è che il riferimento alla Carta sia poco usato, probabilmente perché sembrano più efficaci e meno problematici altri meccanismi per far valere la violazione di un diritto fondamentale: la disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto dell’Unione; la rimessione alla Corte costituzionale della normativa interna contrastante con il diritto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Un primo, cospicuo gruppo di sentenze utilizza le disposizioni della Carta dei diritti quale parametro, forse direi canone interpretativo della normativa nazionale. Naturalmente combinato con altre e più puntuali basi normative di riferimento.

Il richiamo alla Carta si rinviene, ad esempio, per giustificare l’ammissione degli insegnanti di ruolo a partecipare all’idoneità per una diversa materia (VI, n.50/16); in tema di diritto all’insegnamento di sostegno dei disabili (VI, n.704/15); in materia di diniego di visto degli stranieri (IV, n.1027/13).

Il mancato contrasto con la Carta è motivato dalla non riconducibilità della materia controversa alle competenze dell’Unione, in materia di occupazione d’urgenza (IV, n.1107/14, che richiama Cass. n. 9595 del 2012, che esclude da tali competenze l’espropriazione per pubblica utilità).

E’ motivato in maniera analoga il mancato contrasto con la Carta della sufficienza della votazione numerica per valutare le prove dell’esame di abilitazione degli avvocati (IV, 1235/14, che richiama Corte UE, III, 482/11), anche se è discutibile la mancata riconduzione alle competenze dell’Unione non solo della materia degli esami di abilitazione (che è esatto) ma anche dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi: la natura strumentale dell’obbligo di motivazione rispetto al diritto a una buona amministrazione e il suo carattere “trasversale” avrebbero potuto consigliare, pur nella condivisibilità della soluzione finale, un diverso approccio alla definizione di “competenza” dell’Unione.

Una estensione del valore e dell’efficacia della Carta mi sembra possa rinvenirsi in VI, n.3037 del 2014, che tratta il caso di un italiano vissuto in Usa che si vede negare il tesseramento alla Federazione italiana pallacanestro, quale “atleta di formazione italiana” perché la norma regolamentare richiedeva a tal fine che questi si fosse formato in vivai italiani e avesse partecipato a campionati giovanili italiani per almeno quattro stagioni. Il Consiglio di Stato ha ritenuto il regolamento FIP illegittimo per una “discriminazione alla rovescia”. E ha precisato che la materia non poteva essere definita puramente “interna” perché l’istante veniva privato di un diritto che ineriva al suo *status* di cittadino europeo.

Vanno, infine, ricordate le seguenti pronunce:

III, n.4004/16, che vieta il respingimento in Ungheria di profughi, facendo leva sul trattamento inumano o degradante che questi potrebbero subire in quel Paese, ai sensi dell’articolo 4 della Carta;

IV, n.4449/13, che utilizza il parametro di riferimento del diritto alla buona amministrazione per sorreggere il sindacato giurisdizionale su fatti e valutazioni tecniche in termini di “maggiore attendibilità” delle valutazioni tecniche e di “non arbitrarietà” della scelta amministrativa, in materia di paesaggio;

III, n.4899/15, in materia di matrimoni omosessuali, che esclude violazioni della Carta (e della Cedu) per la mancanza di una norma che imponga di riconoscere tali unioni e anzi per il margine di discrezionalità riconosciuto in materia agli Stati nazionali (l’orientamento è stato poi superato dalla stessa Sezione, n.5047/16, ma per ragioni attinenti alla diversa questione concernente la competenza a disporre l’annullamento della trascrizione).

Una riflessione a parte suscita la recente ordinanza (n.2043/17) con cui il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità, ai sensi dell’articolo 117, del divieto per i militari di costituire sindacati, per violazione della Cedu, come interpretata da due recenti sentenze della Corte EDU, e della Carta sociale europea. La questione non è stata invece sollevata con riferimento alla Carta dei diritti (art. 12, co. 1, che sancisce la libertà di “ogni persona” di riunione e associazione), né portata all’attenzione della Corte di giustizia, sul rilievo, peraltro inespresso, che la materia esula dalle competenze dell’Unione.

4. In conclusione i giudici nazionali si trovano, nell’applicazione del diritto della Carta, di fronte a una duplice situazione).

Nel caso in cui un diritto fondamentale rientri nella competenza dell’Unione, il giudice nazionale, qualora sospetti un contrasto della normativa nazionale con un diritto fondamentale, avrà varie possibilità: potrà disapplicare, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la normativa nazionale, se ricorrano le condizioni per la disapplicazione; potrà investire della questione la Corte costituzionale, per violazione delle disposizioni costituzionali ma anche deducendo il contrasto con la Carta dei diritti; potrà investire la Corte costituzionale della questione di incompatibilità convenzionale, ai sensi dell’articolo 117 Costituzione quale norma interposta, anche evidenziando la rilettura dei diritti convenzionali alla luce della declaratoria dei diritti fondamentali contenuta nella Carta.

E gli strumenti non si escludono, ben potendo il giudice nazionale prima dedurre l’incostituzionalità “interna” di una normativa nazionale per violazione di singole disposizioni costituzionale; e in un secondo momento, ove il contrasto venga ritenuto insussistente dalla Corte costituzionale, dedurre la questione di incompatibilità comunitaria dinanzi alla Corte di giustizia, ai fini della successiva disapplicazione della norma interna. Un esempio si ha nel caso sollevato dalla Cassazione sul *bis in idem* tra sanzione penale e sanzione Consob: la Cassazione prima ha dedotto l’illegittimità convenzionale dinanzi alla Corte costituzionale ai sensi dell’articolo 117; avuta risposta negativa dalla Corte costituzionale, la Cassazione si è rivolta alla Corte di giustizia chiedendo se l’applicazione delle due sanzioni per il medesimo fatto vìoli l’articolo 50 della Carta.

Qualora la violazione del diritto fondamentale, pur dichiarato nella Carta, emerga invece in una controversia su materia non di competenza comunitaria, la Corte sembra escludere, pur con le precisazioni dianzi svolte, che si verifichi una incompatilbilità comunitaria. Occorre, a mio avviso, nondimeno capire se, in tali casi, possa essere riconosciuta ai diritti della Carta una efficacia quanto mena *preclusiva* e in via indiretta: nel senso che il contrasto di una normativa nazionale con la Carta possa almeno essere dedotto come vizio di incostituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale, alla luce del combinato disposto dell’articolo 117 –al pari di quanto avviene per il diritto convenzionale- dell’articolo 11 –perché comunque la Carta è un obbligo internazionale- e, soprattutto, 3 della Costituzione, per il deteriore trattamento riservato a un diritto, pur riconosciuto fondamentale dall’ordinamento eurounitario, in materia non di competenza della Corte.

A meno che non sia la Corte di giustizia a colmare quella lacuna tra declaratoria dei diritti e ambito comunitario di competenza; il che potrebbe mettere in crisi il ruolo non solo e non tanto delle Corti costituzionali ma della stessa Corte EDU.

Staremo a vedere se, in questa competizione virtuosa in cui è importante che tutti partecipino perché i diritti vincano, alla maggior tutela perverrà prima la Corte costituzionale o la Corte di giustizia.

**Filippo Patroni Griffi**

Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Pubblicato il 5 giugno 2017