



SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE” – 29 SETTEMBRE 2021

GIUDICE COMUNE E CARTA DEI DIRITTI: QUALE SPAZIO PER LA DISAPPLICAZIONE? *

ANTONINO AMATO **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disapplicazione giudiziale della legge. – 3. La disapplicazione “europea”, tra separazione ed integrazione ordinamentale. – 4. La recente applicazione orizzontale della Carta dei diritti. – 5. Considerazioni conclusive: quale spazio per la disapplicazione?

1. Premessa

Studiare il potere del giudice comune di disapplicare la legge contrastante con la Carta di Nizza implica una preliminare disamina circa gli aspetti caratterizzanti del fenomeno della disapplicazione giudiziale della legge, da un punto di vista generale. Il tema ha infatti un’autonoma rilevanza concettuale; a ciò si aggiunga che un’aggiornata e compiuta ricostruzione dell’istituto dal punto di vista del diritto costituzionale si rende necessaria alla luce della miriade di atti giudiziali disapplicativi di fonti interne contrastanti con il diritto europeo; un numero, quest’ultimo, difficile da quantificare.

Da diversi anni si discute inoltre della disapplicazione che si effettua in relazione alle norme contrastanti con la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea: in questi casi le ricadute “costituzionali” del fenomeno assumono caratteristiche peculiari,

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottore di ricerca in Scienze giuridiche presso l’Università degli studi di Messina.

specie se viste alla luce della sentenza n. 269 del 2017¹ e del suo seguito giurisprudenziale.

Indipendentemente dalla sentenza n. 269 del 2017, il rilievo della Carta nella giurisprudenza costituzionale ha assunto anche un significativo dato numerico: al 31 maggio 2021, infatti, sono 196 le pronunce che menzionano espressamente la Carta. Si legge inoltre nell'ultima ricerca effettuata dal Servizio studi della Corte costituzionale che «la gran parte di tali decisioni, 180, è stata assunta in sede di giudizio incidentale; 11 sono state adottate nel giudizio in via principale (sentenze nn. 49 e 307 del 2003, 438 del 2008, 4 del 2010, 199 del 2012, 168 del 2014, 251 del 2015, 63 e 262 del 2016, 5 del 2018 e 88 del 2020), 4 in sede di giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (sentenza n. 82 del 2011 e ordinanza n. 185 del 2014 nella fase di merito; ordinanze nn. 334 del 2008 e 164 del 2018 nella fase di ammissibilità) e 1 nel giudizio di ammissibilità di referendum abrogativo (sentenza n. 45 del 2005)»².

Inoltre, è interessante notare come, in un range di soli quattro anni, vi sia stato un vistoso incremento (+84%) dei "richiami" della Carta: al 31 maggio 2017, infatti, erano 106 le pronunzie in parola.

Dati numerici a parte, occorre esaminare congiuntamente gli aspetti tradizionali del fenomeno oggetto del presente lavoro e quelli imposti dall'entrata in vigore e dalla progressiva applicazione della Carta dell'Unione europea da parte dei giudici comuni e Corti in genere, in virtù dell'incidenza che la presenza di tali fattori ha sul terreno del diritto costituzionale.

2. La disapplicazione giudiziale della legge

Anzitutto, è necessario scegliere di *quale* disapplicazione discorrere, circoscrivendo l'analisi alla sola disapplicazione *giudiziale* della *legge*. Ciò si rende necessario, ora

¹ La pronunzia in parola è stata oggetto di numerosi commenti. Tra i tanti, v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2018, 99 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2948 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2955 ss. Sugli sviluppi della giurisprudenza inaugurata con la sent. n. 269 v., *ex plurimis*, A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.

² SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di R. Nevola, 2021, in www.cortecostituzionale.it.

Cfr. SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Nevola, 2017, in www.cortecostituzionale.it.

perché vi sono ipotesi di non applicazione di fonti non primarie, ora perché esse sono attuate da soggetti diversi dal giudice.

Va inoltre tracciata preliminarmente una linea di demarcazione tra ciò che è applicazione e ciò che non lo è: una linea che corre sul crinale tra *legis-latio* e *iuris-dictio*, tra «regole generali e/o astratte» e «norme individuali»³ e, in ultima analisi, tra abrogazione e disapplicazione della legge. Traslando il discorso alla disapplicazione, in questa sede ci si occupa quella che non riguarda «le antinomie create dal legislatore, [...] afferenti al piano delle *disposizioni*» e dunque «*apparenti*», bensì quelle «*reali*», cioè «solo quelle giudizialmente risolte [...]»⁴. Più nello specifico, si è scelto di concentrare la ricerca sulla disapplicazione della legge nel quadro di *una sola* forma di *legis-executio*, quella giudiziale, escludendo così l'*amministrazione*; e, ciò nonostante, tanto i giudici quanto gli amministratori esercitino delle funzioni «convergenti», ponendosi entrambi «a ridosso delle concrete, specifiche vicende sociali»⁵.

Quanto ai caratteri essenziali della disapplicazione⁶, sotto il profilo *effettuale*, si ritiene di aderire alla posizione di chi la considera come un «effetto di un...effetto, vale a dire la conseguenza di un evento previamente, diversamente qualificato»⁷. Questa impostazione consente infatti di spiegare perché è possibile trovare casi di disapplicazione in diversi contesti in cui alla produzione di un effetto giuridico (abrogazione, invalidità, ecc.) segue la non applicazione di una norma giuridica.

Prendendo tuttavia le mosse da alcune definizioni che dell'istituto sono state date⁸, è possibile tracciare i caratteri ricorrenti in ogni forma di disapplicazione (giudiziale) e, in particolare:

³ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 137.

⁴ Così, A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, 61. Sul tema, le trattazioni della dottrina sono molteplici. Basti qui richiamare V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 181.

⁵ In argomento v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, spec. 335, *ma passim*.

⁶ Per un'indagine più approfondita sui caratteri e il fondamento della disapplicazione, sia consentito il rinvio ad A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e la Carta di Nizza: profili costituzionali*, Napoli, 2021, spec. 60 ss.

⁷ Così, A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" della integrazione intersistemica?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1991, 1583 ss., ora in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, I, Torino, 1992, 263. La tesi della disapplicazione come effetto di un altro effetto era già stata coniata dall'A. citato in *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità sulle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione "giurisprudenziale" consequenziale)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 741 ss., poi confluito, con qualche aggiornamento, in ID., *Le attività "consequenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, 222 ss.

⁸ Per Guarino, si ha disapplicazione «quando l'atto deve essere considerato irrilevante rispetto ad una concreta fattispecie in relazione alla quale non produce quindi gli effetti che avrebbe dovuto produrre». Essa ha carattere «eminentemente relativo» poiché «riguarda gli effetti in relazione ad una fattispecie che si presenta in concreto», con esclusione tanto di un'efficacia retroattiva quanto *pro futuro*. Sotto quest'ultimo profilo, poiché la disapplicazione non inficia la validità dell'atto, non si produrranno effetti tanto in relazione a fattispecie analoghe a quelle della «prima» disapplicazione, quanto a fattispecie differenti. Cfr. G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356-386, ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea*, I, Napoli 1994, 276.

a) anzitutto, la disapplicazione è frutto di un *incidente*, cioè di un «avvenimento inatteso che interrompe il corso regolare di un’azione»⁹ (in questo caso l’applicazione di una norma); ciò che è maggiormente evidente per la disapplicazione giudiziale – dato che l’azione in corso è data dalla doverosa applicazione della legge, alla quale il giudice è costituzionalmente soggetto – ma che è valido per qualsiasi caso di applicazione di una norma; b) dalla natura incidentale della disapplicazione deriva anche la sua natura essenzialmente *singolare*, cioè propria di una «singola fattispecie» (di un singolo caso) e non di altre, anche se simili o identiche (efficacia *inter partes* della dichiarazione¹⁰ di disapplicazione, ove pronunciata giudizialmente); c) essa è relativa a *norme* contrastanti, contenute in *atti* (o *disposizioni* di essi) *contemporaneamente vigenti* e disciplinanti lo *stesso oggetto*; questa è una delle caratteristiche delle antinomie c.d. *reali* – cioè quelle risolte dal giudice con effetto *inter partes*¹¹ e non dal legislatore (mediante abrogazione della disposizione, che elimina così un’antinomia *apparente*) –, esistenti tra norme contemporaneamente vigenti¹²; d) essa paralizza «alcuni effetti dell’atto» sotto lo specifico profilo della *non produzione di un effetto* di una determinata *norma*, in un determinato momento (esclusione di effetti retroattivi e di quelli *pro futuro*); e) l’effetto in parola non si produce in relazione a *tutti gli altri possibili effetti* che l’atto può spiegare (permanenza «in vita» dell’atto); f) *oggetto* della disapplicazione è la norma¹³.

3. La disapplicazione “europea”, tra separazione ed integrazione ordinamentale

Un ragionamento in parte diverso andrebbe condotto per la disapplicazione “europea”. Al riguardo ci si potrebbe interrogare circa la sua eventuale differenza rispetto a quella “comune”, *attraverso il* «cammino comunitario»¹⁴ che la Corte costituzionale ha proseguito anche dopo la nota sentenza *Granital* e, sembrerebbe, sino ai giorni nostri.

Per Mortati, la disapplicazione modifica solo «alcuni effetti dell’atto, senza che sia toccata la vita di questo». In particolare, essa comporta il «potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace». Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 294.

⁹ TRECCANI, *Vocabolario online*, voce *Incidente* (2), in www.treccani.it/vocabolario/incidente2/.

¹⁰ C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, 18.

¹¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 181.

¹² A. RUGGERI, *Fonti e norme nell’ordinamento*, cit., 61.

¹³ Sulla distinzione tra disposizione e norma, imprescindibile è il riferimento a V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, 41, (e ID., *Disposizione e norma*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 195 ss.) per il quale le disposizioni costituiscono «il contenuto prescrittivo dell’atto» [...] e possono vedersi, in un certo senso, come l’atto medesimo (o una sua parte) nella sua unità dialettica di forma e contenuto». Le norme, invece, non sono un elemento dell’atto ma «ne stanno fuori, quali entità staccate ormai dalla loro fonte [...] con un proprio significato, che può in varia misura divergere [...] da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni [...] poiché esso si determina in funzione dell’ordinamento complessivo».

¹⁴ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2401 ss.

A tal proposito, è possibile affermare, in generale, che il sostanziale controllo diffuso¹⁵ cui ha dato luogo la sentenza *Granital* sia stato frutto di un bilanciamento¹⁶ tra le regole del sistema incidentale e quelle a sostegno dell’affermazione del primato del diritto dell’Unione, con una conseguente *oscillazione del fondamento* della disapplicazione.

Un bilanciamento, questo, i cui termini possono ulteriormente cambiare a seconda della norma europea che si applichi direttamente in un giudizio nazionale. Il caso della Carta di Nizza è infatti emblematico dell’oscillazione del fondamento di cui si discute: *a*) in un primo momento, fino alla sentenza n. 269 del 2017 della Corte i due termini del bilanciamento (sistema accentrato e disapplicazione) hanno mantenuto l’assetto impresso dalla sentenza *Granital*; *b*) in una seconda fase, con la sentenza 269 e la sua spinta all’accentramento, ci si è orientati, per l’appunto, verso una soluzione “centralizzatrice”; *c*) da ultimo – ma è bene precisare che l’equilibrio sembra tutto tranne che... “stabile” –, con l’ord. n. 117 del 2019 (e le successive pronunzie del 2020 e del 2021) si starebbe virando verso le ragioni della diffusione, probabilmente a conferma di una rinnovata «centralità della disapplicazione»¹⁷ come mezzo di risoluzione delle antinomie tra diritto europeo e diritto interno.

Ciò posto, l’ordinamento italiano fonda la disapplicazione sull’obbligo costituzionale di dare esecuzione ai Trattati con un’efficacia che sia «diretta ed ininterrotta», così come prescritto da *Simmenthal*¹⁸ e recepito da *Granital*¹⁹. Ciò, tuttavia,

¹⁵ In tal senso, A. RUGGERI, *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2019, 316. *Contra* M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited. L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, in *Annali di Diritto costituzionale*, 8/VI, Bologna 2020, 69, secondo cui «[...] *Granital* non introduce un controllo di compatibilità del diritto interno con il diritto UE di tipo diffuso. Nonostante questa sentenza attribuisca ai giudici comuni il potere di disapplicare le norme contrarie al diritto dell’Unione, il regime da essa definito è strettamente connesso all’esistenza del rinvio pregiudiziale, ovvero di un sistema che presuppone una stretta collaborazione tra periferia (giudici comuni) e centro (Corte di giustizia)», talvolta obbligatorio, come nel caso dei giudici di ultima istanza.

Al riguardo può affermarsi che si tratta indubbiamente di un controllo diffuso – essendo la questione pregiudiziale di diritto risolvibile dai giudici comuni –, tuttavia mitigato dall’obbligatorietà (in alcuni casi) del meccanismo del rinvio pregiudiziale che accentra la risoluzione delle questioni in capo alla Corte dell’Unione, e dalla naturale concentrazione in capo alla Corte di Cassazione di numerose questioni di diritto. Per altro verso, la circostanza per cui il rinvio pregiudiziale non è obbligatorio per le autorità non di ultima istanza dimostra che non vi è stretta connessione tra lo stesso e la disapplicazione.

¹⁶ Sul bilanciamento dei diritti si v., per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, 2008, 185 ss. Per una prospettiva teorico-generale, v. L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, 65 ss.

¹⁷ Discute di tale centralità, V. PICCONE, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile “crossroad” fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 7, seppur con riferimento alle c.d. “sentenze sulle ferie” della Corte di Giustizia.

¹⁸ Corte giust., 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, C-106/77.

¹⁹ «Il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili [...]. Va osservato [...] che alla conclusione testé enunciata perviene, per parte sua, anche la Corte del Lussemburgo. Detto Collegio considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è

a fronte di un’attribuzione di competenze almeno inizialmente circoscritta²⁰ e nel quadro di una teoria “dualista” che vede i due ordinamenti come «autonomi e distinti, ancorché coordinati»²¹.

Vi è, poi, l’impostazione che mette in risalto l’aspetto della *integrazione* tra ordinamenti²². Ciò che è stato recepito, anche se non espressamente, dalla giurisprudenza costituzionale che, pur richiamandosi alla sentenza *Granital* («Come questa Corte ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 [...]»), ha riconosciuto che i due ordinamenti sono «reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti»²³.

Un’autorevole dottrina ha tuttavia invitato ad abbandonare le ricostruzioni delle relazioni tra ordinamenti fondate sulle teorie monista e dualista, e ha proposto un aggiornamento di quella che definisce la «*fictio* degli ordinamenti separati, coordinati e

che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna» (Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 6 del *Considerato in diritto*).

²⁰ Sul punto, basti solo considerare che, tra gli argomenti “di contorno” utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 183 del 1973 per sancire la presenza di limiti (i c.d. controlimiti) al primato del diritto dell’Unione, vi era anche quello della ridotta estensione delle materie attribuite alla competenza della Comunità: «Occorre, d’altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall’art. 189 del Trattato di Roma *limitatamente a materie concernenti i rapporti economici*, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché *appare difficile configurare anche in astratto l’ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici*, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all’art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate» (punto 9 del *Considerato in diritto*. Enfasi aggiunte).

Conferma che all’epoca della sentenza *Granital* le competenze dell’Unione «erano ancora piuttosto circoscritte» M. DANI, *La sentenza n. 269*, cit., 70, nel contesto di un ragionamento a sostegno della tesi della non emarginazione della Corte italiana ai tempi della sentenza del 1984.

Dal punto di vista storico-politico, poi, gli anni immediatamente successivi (1975-76) alla sentenza di cui si discorre costituiscono un periodo «tra i più difficili e deludenti della vicenda comunitaria [...]». Un frangente, questo, «di quasi totale paralisi istituzionale, segnato da una crisi economica che dominò ogni pensiero e ogni azione dei *leaders europei*». Così, G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell’Unione europea (1926-2013)*, Roma-Bari, 2013, 169.

²¹ Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 4 del *Considerato in diritto*. A conferma di ciò cfr. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del Sistema delle fonti*, Padova, 2003, 240, la quale afferma come la Corte italiana abbia «sempre tenuto fermo il principio della separazione degli ordinamenti e del conseguente principio di mera disapplicazione della normativa interna contrastante».

²² Una tesi, questa, che si fa risalire a Livio Paladin; riferimenti in G. SILVESTRI, *L’integrazione normativa tra ordinamento italiano ed europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 90, e in S. BARTOLE, *Separazione o integrazione di ordinamenti?*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, part. 127 ss. Di recente v. ID., *Il metodo dell’ultimo Paladin dalla rilevazione della costituzione vivente alla sua ricostruzione*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, 4/2021. Aderisce alla tesi dell’integrazione A. RUGGERI, *Le fonti del diritto europolitano*, cit., 304 ss.

²³ Corte cost., sent. n. 389 del 1989, punto 4 del *Considerato in diritto*. Sul punto, quanto alle considerazioni appena esposte, si v., in termini analoghi, G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 91, per il quale la Corte «elaborò il concetto di ordinamenti “coordinati e comunicanti” (sentenza n. 389/89), avendo cura però di citare esplicitamente il precedente, non proprio in termini, *Granital*, con l’effetto di rendere meno evidente la relativizzazione del quadro concettuale».

comunicanti[...]»²⁴, richiamando la più aggiornata giurisprudenza costituzionale sul punto, che parla del nostro ordinamento come inserito «nel “più vasto” ordinamento dell’UE (sentenza n. 348/2007) e di norme comunitarie “cogenti e sovraordinate” [...] rispetto alle leggi ordinarie dell’ordinamento italiano (sentenza n. 28/2010)»²⁵.

A tal riguardo, viene proposta non tanto una classica «integrazione unidirezionale [...], dal grande al piccolo» orientata da «un’idea di sovranità di stampo soggettivo e autoritativo», quanto piuttosto un’integrazione che muova dalla prospettiva della «“sovranità dei valori”, [in cui] vale soltanto il riferimento all’intensità di tutela dei principi e diritti fondamentali non ordinati gerarchicamente»²⁶ e con la quale si mira ad una «massima espansione delle tutele»²⁷.

Conclusivamente, le “ragioni” della disapplicazione andrebbero probabilmente rinvenute nella necessità «di un’integrazione tra norme interne allo Stato e norme provenienti da un diverso sistema giuridico, alla cui vigenza l’Italia ha dato il proprio consenso [...]»²⁸; ciò, tuttavia, alla luce del criterio della massimizzazione delle tutele dei diritti fondamentali²⁹. Un’osservazione, questa, che assume maggior pregnanza se letta alla luce dei cambiamenti intercorsi nell’Unione nei settant’anni trascorsi e che vede, da ultimo, tra le fonti europee applicabili nei giudizi nazionali proprio una Carta dei *diritti fondamentali*.

Nondimeno, la risposta alla domanda su quale sia il fondamento della disapplicazione nel nostro ordinamento può superare, senza negarla, anche l’impostazione da ultimo enunciata.

Nella “lotta” tra teoria monista e dualista, temporaneamente pacificata dalla teoria della integrazione degli ordinamenti, non è necessario prendere posizione, negandole tutte in radice: difatti sono tutte prospettive legittime dal punto di vista di ciascun osservatore: Corte di giustizia, Corte costituzionale, operatori del diritto che devono “far quadrare il cerchio” nelle operazioni di interpretazione ed applicazione del diritto.

Probabilmente, il cuore del problema sta proprio nel condurre «*alle ultime conseguenze*»³⁰ il ragionamento posto alla base delle sentenze sul “cammino comunitario”: cosa avutasi con la sentenza *Granital* e la scelta della disapplicazione. Difatti, a parità di fondamento costituzionale (art. 11, già menzionato dalla Corte nel 1964 e individuato come fondamento nel 1973) è cambiata la *misura* – dichiaratamente portata dalla Corte, lo si ripete, «*alle ultime conseguenze*»³¹ – con cui il nostro ordinamento

²⁴ G. SILVESTRI, *op. et. loc. ult. cit.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 95.

²⁷ *Ibidem.* Una tensione che «non deve intendersi come massima immaginabile, ma come massima possibile, una volta effettuati i necessari bilanciamenti, certamente opinabili, ma inevitabili». Una «[...] maggiore o minore intensità di tutela [...] effettuata, sul versante giurisprudenziale, da ciascun giudice nell’ambito della propria sfera di competenza fissata da trattati, costituzioni e leggi ordinarie. [...] L’integrazione dovrebbe prodursi a partire da posizioni istituzionali chiare e distinte, frenando smanie di protagonismo, anche se abbellite da propositi salvifici». Riferimenti anche in D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 246.

²⁸ In questi termini, C. PAGOTTO, *op. cit.* 127.

²⁹ G. SILVESTRI, *op. et loc. ult. cit.*

³⁰ Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 5 del *Considerato in diritto*, enfasi aggiunta.

³¹ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 351, discorre di un’«assunzione di limiti sempre più penetranti». Prosegue, poi,

consente al diritto europeo di produrre effetti, ciò che evidentemente incide sullo strumento scelto per produrli: l’abrogazione nel 1964, l’invalidità rilevabile dalla sola Corte nel 1973, la disapplicazione a partire dal 1984. È appena il caso di aggiungere che si tratta di una misura tutt’altro che fissa: di ciò ne è esempio la sentenza n. 269 del 2017; ma che trova nelle Corti costituzionali interne gli organi che agiscono sulla “manopola” del “trasformatore” dell’articolo 11. Risiede probabilmente in questa decisione di “politica della giurisdizione costituzionale”³² il fondamento della scelta della disapplicazione.

4. La recente applicazione orizzontale della Carta dei diritti

Ora, la disapplicazione per contrasto con la Carta – e la sua sostanziale applicazione diretta nei giudizi comuni – potrebbe essere un utile strumento per garantire la «effettività dei diritti fondamentali nel contesto europeo»³³. Di recente la questione è stata affrontata dalla Corte di Giustizia con alcune sentenze emesse nel 2018 e 2019 che hanno destato l’attenzione degli interpreti, specialmente nei casi di rapporti *inter privatos*. Si tratta di casi di rinvio pregiudiziale d’interpretazione promossi da giudici comuni, che hanno chiesto alla Corte di Giustizia dei chiarimenti in ordine all’eventuale contrasto tra le disposizioni interne ed europee in materia di diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza-

commentando la sentenza *Granital* con la quale la nostra Corte «ha accettato il principio di prevalenza del diritto comunitario e la conseguente “non applicazione” del diritto italiano contrastante» (353. Enfasi aggiunte).

³² Del resto, la dottrina più avvertita ha da tempo evidenziato la «forza politica» delle decisioni della Corte costituzionale: sul punto si v. T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in ID., *Opere*, I, Milano, 2000, 208, che riconduce tale forza all’estensione del sindacato che la Corte esercita «sia pure in maniera indiretta, anche a quel settore dell’indirizzo politico della maggioranza del quale la norma è espressione».

È bene precisare che Martines prendeva come caso paradigmatico la dichiarazione di incostituzionalità di una specifica legge che, necessariamente, «incide sull’indirizzo della maggioranza» che l’ha adottata. Nel caso in discussione, vi è il controllo su una singola legge (la legge di esecuzione dei Trattati) ma gli effetti “politici” sono amplificati poiché le singole sentenze si sono sommate ed hanno dato luogo ad una vera e propria giurisprudenza (identificabile anche con un nome: “cammino comunitario”) che, inevitabilmente, ha avuto ed ha dei riflessi sull’indirizzo politico.

³³ Si veda O. POLLICINO, *L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3/2018, 24.

Strasburgo. Si tratta – solo per menzionarne alcune – delle controversie *Bauer*³⁴, *Max Planck*³⁵ e *Cresco*³⁶.

Occorre concentrarsi sul significato costituzionale di tali pronunzie, proprio per l'effetto orizzontale spiegato da alcune norme della Carta. È infatti l'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali in sé a presentare qualche “controindicazione”: tralasciando la questione circa un eventuale travalicamento dell'ambito di applicazione del diritto europeo³⁷ e della soggezione del giudice alla legge³⁸ – in gioco non solo nel caso delle controversie tra privati – l'effetto orizzontale potrebbe incidere sui valori della certezza del diritto³⁹ e del legittimo affidamento⁴⁰.

Nelle sentenze richiamate, infatti, viene sostanzialmente aggirato il divieto di effetti orizzontali delle direttive⁴¹, applicando direttamente la Carta in un giudizio tra privati. Non è una novità assoluta quella di applicare orizzontalmente fonti del diritto primario dell'Unione (Trattati e principi generali)⁴²; nondimeno, ciò può incidere sui principi appena menzionati.

Difatti, quanto alla certezza del diritto⁴³, è la stessa possibilità di sindacare mediante un controllo diffuso la legge a minare il principio in parola, una «costante nel sistema di

³⁴ C-569/16, *Stadt Wuppertal c. M.E. Bauer*, riunita alla causa C-570/16, *TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK c. M. Broßonn*, nella quale ultima il datore di lavoro è pubblico. Le tre sentenze (*Kreuziger*, *Bauer* e *Max Planck*) sono state analizzate congiuntamente dagli studiosi. V., ad esempio, G. BRONZINI, *Il “Trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 2 ss. Sia inoltre consentito il rinvio a A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 445-469.

³⁵ Corte giust., Grande sez., 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*, C-684/16.

³⁶ Corte giust., 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, C-193/17. A commento della sentenza si v. M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 459 ss.

³⁷ Ha trattato diffusamente il tema, soffermandosi anche sui principi generali di diritto e sulle disposizioni della Carta, M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali. Una questione ancora aperta*, Napoli, 2018, 184 ss.

³⁸ Orbene, in relazione alla questione della soggezione del giudice alla legge sia consentito brevemente osservare che il giudice, quando applica una qualsiasi norma del diritto europeo avente effetto diretto osserva doverosamente la legge di esecuzione dei Trattati (alla quale è soggetto, al pari delle altre leggi), che trova copertura nell'art. 11, Cost. Analogamente, v. A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta Online*, 18 dicembre 2019, 714, nt. 30, per il quale non applicare direttamente norme sovranazionali *self-executing* comporta la violazione della legge di esecuzione del trattato, sradicando così il giudice dal vincolo della esclusiva soggezione alla legge.

³⁹ Al riguardo, non è un caso che la compressione del principio della certezza del diritto sia stata presa in considerazione proprio dalla dottrina che, anticipando la sentenza n. 269 del 2017, ha messo in evidenza i rischi di un'applicazione indiscriminata di tutte le norme della Carta di Nizza. Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 164.

⁴⁰ Alcuni di questi valori vengono evocati, con riferimento agli effetti diretti orizzontali delle direttive, da P. CRAIG, *Directives: Direct effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *European Law Review*, 22/1997, 520 ss.

⁴¹ G. SORRENTI, *CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? (ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupéry)*, in *Consulta Online*, 19 gennaio 2021, 7, la quale discorre di «un *escamotage* per aggirare l'ostacolo del verso in senso solo verticale riconosciuto all'efficacia esplicata dalle direttive».

⁴² Maggiori approfondimenti sul punto, volendo, in A. AMATO, *op. cit.*

⁴³ Ci si riferisce ad una nozione “classica” di certezza del diritto. Sul punto v. M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, spec. 364, il quale

valori al quale si ispirava il Costituente»⁴⁴. Ciò che assume un maggior rilievo quando il controllo sostanzialmente diffuso in ordine alla compatibilità del diritto interno sarebbe precluso in virtù della sola efficacia verticale delle direttive *self-executing*. Nondimeno, come si tenterà di argomentare *infra*, esso è un valore «da non “sacralizzare” in modo acritico ma neanche da dimenticare con leggerezza, specialmente in quanto connesso con il vicino valore [...] dell’eguaglianza»⁴⁵.

Sul contiguo principio di affidamento⁴⁶, può osservarsi quanto segue. Invero, se già nel caso della produzione di eventuali (vietati) effetti orizzontali di una direttiva il terzo non potrebbe prevedere le conseguenze giuridiche della propria condotta⁴⁷, *a fortiori* ciò avverrebbe nel caso dell’effetto orizzontale di una disposizione della Carta. Il terzo farebbe infatti affidamento, oltre che sulla vigenza del diritto nazionale, anche sul fatto che la direttiva non attuata non potrebbe produrre effetti orizzontali in base ad una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴⁸.

individua il fondamento di tale valore in chiave storica (per cui «l’ordinamento giuridico statale deve garantire prestazioni di *certezza*») e funzionale (alla democrazia, alla libertà e all’eguaglianza). Riferimenti più approfonditi, anche in relazione alla distinzione tra *certezza* e affidamento, in ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Diritto e Società*, 3/2014, 470 ss. Sulla *certezza* del diritto si vedano, *ex plurimis*, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), ed. riveduta a cura di G. Astuti, Milano, 1968, per il quale «il diritto con la sua norma introduce la *certezza* nella vita sociale, garantendo la qualifica dei comportamenti possibili» (cfr. inoltre, *ivi*, le repliche di Calamandrei e Carnelutti); A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, II, *Profili applicativi*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, 1988; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, II, Torino, 1988; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 549 ss.; Sulla *certezza* del diritto come «concetto normativo» (e sul contenuto della relativa nozione), v. G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 9 ss., spec. 11 s.

⁴⁴ Così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente* (1979), Napoli, 2014, spec. 103.

⁴⁵ Così V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 363.

⁴⁶ Di recente, sul legittimo affidamento, v. F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018, 55 ss.

⁴⁷ D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 301. Sulla questione v., inoltre, V. SCARABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2010, 380: «il privato che si trova a soccombere in un giudizio a causa, in sostanza, del suo aver agito facendo legittimamente affidamento su una disciplina nazionale che poi però – anche per effetto della direttiva non recepita [...] – è stata in tutto o in parte ritenuta “anticomunitaria” e su tale base disapplicata».

⁴⁸ A sostegno di questa affermazione, v. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 159, nt. 148. L’A. cit. è infatti critico nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia che riconosce un effetto diretto e orizzontale alle disposizioni della Carta: cfr. ID., *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 864, per il quale «la prevedibilità dell’applicazione della legge [...] subisce un duro colpo» quando la Corte riconosce, con una forzatura, l’effetto diretto di disposizioni del Trattato «anche in senso sfavorevole al privato» e anche della Carta: «attraverso la dilatazione delle regole sull’effetto diretto, si punta a riconoscere la diretta efficacia di tutti i principi contenuti nell’ordinamento dell’Unione europea, a partire dai diritti sanciti dalla Carta dei diritti, ormai incorporata nel trattato [...]».

Sull’efficacia della Carta, a vent’anni dalla sua proclamazione, si v. i numerosi contributi nella sezione monografica di *Quaderni costituzionali*, 3 e 4/2020.

5. Considerazioni conclusive: quale spazio per la disapplicazione?

Per i motivi appena enunciati l'applicazione della Carta, per essere giustificata, dovrebbe essere circoscritta a casi specifici ed in presenza di ragioni oggettive⁴⁹.

Anzitutto, la disposizione della Carta dovrebbe contenere una proposizione normativa caratterizzata da un certo tasso di *precisione prescrittiva*. La misura della precisione non può che essere stabilita tramite il *test* sull'effetto diretto effettuato dalla Corte di Giustizia. Diversamente, risulta problematico discutere dell'applicazione diretta di una norma dalla struttura nomologica a maglie larghe, cioè di un *principio*, anche considerando i vari gradi di genericità cui può essere improntato⁵⁰. Oltretutto, l'applicazione di un principio si presta alla classica obiezione per cui, in linea generale, una norma di principio è incapace di «governare autonomamente la fattispecie al vaglio del giudice nazionale»⁵¹.

Al riguardo, il miglior esempio (finora avutosi) di individuazione giurisprudenziale di una regola nella Carta, da parte della Corte di Giustizia, è il caso *Max Planck*, in cui si è elaborato un *test* sull'effetto diretto della Carta, potenzialmente valevole per altri futuri giudizi. In particolare, nella pronuncia è presente l'elencazione delle caratteristiche sostanziali che la disposizione deve avere (imperatività, mancanza di condizionalità, assenza di rinvio ad altre fonti)⁵².

Il tasso di precisione della norma probabilmente non basta ad individuare uno spazio in cui sia possibile pensare ad un'applicazione orizzontale e diretta della Carta. Invero, essa, proprio perché foriera di criticità in ordine al principio della certezza del diritto, dovrebbe essere ulteriormente circoscritta. Solo in tal modo è possibile dare la prevalenza, di regola, al principio di certezza del diritto, senza con ciò sacrificare la tutela dei diritti individuali in determinate, specifiche situazioni, di seguito indicate.

⁴⁹ Per un'argomentazione più articolata delle considerazioni conclusive espresse nel presente scritto, sia consentito il rinvio ad A. AMATO, *Disapplicazione*, cit., 179 ss.

⁵⁰ La questione rimanda ad una sterminata letteratura scientifica. Oltre alla nota diversità di posizioni esistente tra Hart e Dworkin, su cui v. P. SOPER, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute*, in *Michigan Law Review*, 75/1977, 481, va menzionata la nota teoria per la quale un principio generale ha «un'eccedenza di contenuto deontologico» rispetto alle regole (E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* (1955), II, ed. a cura di G. Grifò, Milano, 1990, 849, corsivo testuale); tra gli altri, si possono in questa sede menzionare: L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale. Principi costituzionali – Giustizia costituzionale, Diritti umani – Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2015, 44 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 179. Su alcune caratteristiche delle regole costituzionali v. A. PACE, *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006, 8 ss.

⁵¹ Cfr. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali*, cit., 196, il quale si interroga, inoltre, sulla possibile diretta efficacia dell'articolo 31, par. 2 della Carta, auspicando un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia. La qualcosa sembrerebbe essere occorsa con la pronuncia *Max Planck*.

⁵² Nondimeno, va rilevata una certa ambiguità terminologica della Corte (quanto alla distinzione tra regole e principi) laddove in un passaggio della sentenza afferma che il giudice nazionale debba «disapplicare una normativa nazionale contrastante con il *principio* [...] secondo cui il lavoratore non può essere privato di un diritto maturato alle ferie annuali retribuite [...]» e in un altro diversamente asserisce come dalla formulazione dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta risulti un «*diritto*» del lavoratore a ferie annuali retribuite.

Tra i rapporti orizzontali, infatti, è possibile distinguere quelli in cui vi è una «falsa orizzontalità»⁵³: è un caso che di frequente si registra in diversi campi del diritto privato e del lavoro⁵⁴ e del quale sono un esempio lampante i casi *Bauer* e *Max Planck*. In essi, infatti, dietro alla formale parità-orizzontalità delle due parti del rapporto giuridico, si cela un “verticale” squilibrio di poteri (datore di lavoro-lavoratore) che, già da tempo, ha fatto ragionare una sensibile dottrina intorno alla categoria dell’interesse legittimo di diritto privato⁵⁵.

Diversamente, vi sono situazioni (ad es. *Cresco*) nelle quali anche nella *sostanza* il rapporto è paritario. In questi casi, in una prospettiva *de jure condendo* – posto che, stando al diritto vigente, tutte le norme dotate di effetto diretto devono avere la prevalenza sulle statuizioni interne antinomiche – in assenza della lesione del principio di eguaglianza sostanziale non sarebbe giustificabile un sacrificio della certezza del diritto.

In conclusione, è probabilmente l’ambito dei *rapporti formalmente orizzontali ma sostanzialmente verticali* l’unico campo in cui sarebbe giustificata la disapplicazione della legge per contrasto con la Carta, al fine di somministrare una tutela immediata ed effettiva ad un individuo che, altrimenti – di fronte alla prospettiva di un’azione giudiziaria forse fruttuosa ma lunga nei tempi –, probabilmente rinuncerebbe persino ad instaurare *ab initio* la causa innanzi al giudice nazionale, a lui più prossimo.

Un quadro così descritto, come si è visto, non è privo di risvolti problematici. Nondimeno, il ristabilimento di una condizione di eguaglianza tra persone, bilanciando tutela dei diritti e certezza del diritto, nelle specifiche ipotesi appena descritte, potrebbe ostacolare la «dominanza della fattualità economica» nello spazio europeo⁵⁶, nella prospettiva della sovranità oggettiva dei valori⁵⁷.

⁵³ M.E. GENNUSA, *op. ult. cit.*, 646.

⁵⁴ In particolare, nelle materie afferenti all’impresa ed alla proprietà, v. l’ampia rassegna presente in C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell’interesse legittimo ne rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, 3 ss.

⁵⁵ Sul quale un contributo fondamentale è stato dato da L. BIGLIAZZI GERI, in più scritti tra cui *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

⁵⁶ L’espressione è di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 34.

⁵⁷ G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, spec. 69 ss.