

**IL GIUDICE PENALE ITALIANO E
IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA:
UN APPROCCIO NON PIÙ DIFFERIBILE**

MERCOLEDÌ 06 GIUGNO 2012 - H. 15,00 - 18,00

***GIUDICE COMUNE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.
CINQUE BUONE RAGIONI PRATICHE PER DIVENTARE GIUDICI COMUNI DI DIRITTO
EUROUNITARIO.***

**DOTT.ROBERTO CONTI
CORTE DI CASSAZIONE**

Indice:

1. Per quali ragioni e' ancora utile riflettere sul ruolo del giudice nell'attuazione del diritto UE e dei diritti fondamentali. 2. Perché è doveroso offrire piena tutela ai diritti di matrice eurounitaria? 3. Perché è necessario conoscere i rapporti fra il sistema del diritto EU, il sistema ordinamentale interno e quello della CEDU? 4.1. I "limiti" all'interpretazione conforme secondo la Corte di Giustizia. 4.2 L'elasticità dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. 4.3 Qual è il significato e la rilevanza del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia? L'importanza del dialogo. 4.4 Rinvio pregiudiziale ed interpretazione del diritto UE. 5. Perché serve al giudice nazionale comprendere il significato della tutela multilivello dei diritti fondamentali. 6. Ruolo ed efficacia dei *principi generali dell'ordinamento comunitario*, dei *principi generali* e dei *principi* contenuti nella Carta di Nizza. 7. Il livello più elevato di tutela dei diritti fondamentali. 8. Il ruolo della tutela multilivello. L'osmosi fra i sistemi. Dal falso in bilancio - Corte giust.Grande Sezione-3 maggio 2005, Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 , *Berlusconi* e altri- al principio della retroattività della *lex mitior*. 8.1. Alcune considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia del maggio 2005. 8.2. Il *dialogo* fra Corti sul principio di retroattività della *lex mitior*:a)Corte cost.n. 393/2006. 8. 3 Corte dir.uomo,17 settembre 2009, *Scoppola c.Italia*: il principio della retroattività della legge *mitior* approda, attraverso l'interpretazione conforme della CEDU al diritto internazionale, nel diritto dei Paesi membri.Ancora conferme della circolarità dell'*interpretazione conforme*. 8.4. La Corte costituzionale (sent.n. 236/2010) dialoga *ex officio* con la CEDU e con la sentenza Scoppola cercando un *distinguishing*. 9. Internazionalizzazione dei valori costituzionali e costituzionalizzazione degli ordinamenti sovranazionali. Il *valore* di Corte cost. n.93/2010 in tema di misure di prevenzione. 10. Dalla teoria alla prassi. Il problema delle scommesse in Italia.Il giudice nazionale si confronta con la Corte di Giustizia. Il ruolo svolto dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale alla ricerca di un terreno comune. 10.1 Segue:la sentenza *Gambelli*. 10.2. (Segue):l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. 10.3 Cass.S.U. 26 aprile-18 Maggio 2004, n. 111. 10. 4 Segue):Corte giust. 6 marzo 2007, *Placanica*. 10. 5 L'ulteriore intervento della Cassazione dopo la sentenza *Gambelli*- Cass.pen. n. [16969](#) del 28/03/2007 -. 10.6 La risposta della Corte costituzionale in tema di scommesse(Corte cost.nn.454/2006 e 284/2007). 10.7 Corte cost.n.284/2007 ed i controlimiti. 10.8 Il decreto *Bersani* e la nuova richiesta di chiarimenti alla Corte di Giustizia. Un'altra sconfitta per il "sistema Italia" agli occhi della Corte di Giustizia- Corte giust. 17 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/2010, *Costa e Cifone*-. 10. 9 La *lettura* di Corte Giust. 17 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/2010, *Costa e Cifone*, da parte di Cass.n.18767/2012. 10.10 L'*obiter* di Cass.18767/2012 sulla portata dei principi generali dei Trattati e sulla loro immediata operatività. Un ritorno al passato. 11. A mo' di conclusione. Il ruolo del giudice nazionale -di merito e di legittimita'- quando è chiamato a disapplicare una norma nazionale contrastante con il diritto UE o interpretare il

diritto interno in modo conforme al diritto eurounitario e' diverso se in gioco sono i diritti di matrice CEDU?

1. Per quali ragioni e' ancora utile riflettere sul ruolo del giudice nell'attuazione del diritto UE e dei diritti fondamentali.

Preparando l'intervento che mi e' stato chiesto dai colleghi formatori decentrati, ho avuto serie difficolta' ad individuare modi e termini da utilizzare per veicolare qualche riflessione maturata negli anni, anche grazie all'esperienza della formazione centrale, su un tema spesso avvertito da noi giudici come "da convegno", magari importante, rilevante, talvolta addirittura affascinante, ma generalmente visto come *lontano* anni luce dal nostro *quotidiano*, da quei problemi di vario ordine e grandezza che la nostra pratica ci prospetta come incomparabilmente *superiori* rispetto a quelli "*di nicchia*" che ruotano attorno al diritto sovranazionale ed alla sua efficacia nell'ordinamento interno.

Per questo motivo il titolo del mio intervento, quando mi fu chiesto di sintetizzare il contenuto di questo intervento, era quasi provocatoriamente rivolto a dimostrare con i fatti quanto fallace fosse il convincimento dei più sui temi accennati e quanto straordinariamente importante fosse, invece, soffermarsi sulle ragioni, impellenti ed imperiose, che giustificano ed impongono un cambio di prospettiva radicale, profondo, nella cultura della giurisdizione e dunque in noi stessi.

E' questa prospettiva che ha cercato di animare le riflessioni che seguono, tutte sicuramente tenute insieme dalla consapevolezza che solo un cambio di passo culturale puo' realizzare un sistema di tutela dei diritti significativamente diverso da quello che la mancata conoscenza del diritto UE puo' invece determinare.

2. Perché è doveroso offrire piena tutela ai diritti di matrice eurounitaria?

Quello dei rapporti fra diritto comunitario -oggi eurounitario- e diritto interno è ormai diventato un tema *classico* per gli operatori giudiziari che ad esso guardano, tuttavia, con una lente ancora oggi non sempre orientata a metterne a fuoco le reali coordinate.

Individuare esattamente le cause di questo atteggiamento è opera certamente complessa.

Per un verso va considerato che i giuristi di oggi si sono per buona parte formati all'interno di una cultura giuridica in cui il diritto UE non aveva il peso, la diffusione ed il "prestigio" che attualmente gode nella comunità internazionale ed in buona parte degli Stati europei.

Ma a questo dato, che finisce con l'atteggiarsi come *peccato originale* del diritto comunitario, si associa un approccio alle norme sovranazionali che il giurista avverte generalmente come "diverso" e, dunque, "pericoloso", se è vero che maneggiando il diritto UE si potrebbe giungere ad un risultato inimmaginabile per il diritto nazionale qual è quello della "non applicazione", ad opera del Giudice, della norma giuridica domestica contrastante con quella eurounitaria.

Questo potere di "non applicazione" attribuito pretoriamente dal giudice di Lussemburgo al giudice nazionale - con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona- ha posto in posizione addirittura preminente rispetto ai legislatori nazionali il Giudice nazionale, al quale viene così riconosciuto un sindacato *diffuso* sulla legislazione interna, prima inimmaginabile in un sistema fondato oltre che sulla rigida tripartizione dei poteri, soprattutto sul sindacato *accentrato* della Corte Costituzionale. Si comprende, allora, come ancora oggi la Corte costituzionale, autoescludendosi dal rinvio pregiudiziale nei giudizi incidentali (Corte cost.n.103/2008), non si sia completamente aperta all'idea di un dialogo "franco ed alla pari" con la Corte di giustizia anzi caldeggiando, in nome di principi intoccabili, un sereno distacco da quelli che altri colgono come frutti virtuosi prodotti dall'ordinamento eurounitario e che ancora oggi il giudice delle leggi interpreta come elementi capaci di minare le fondamenta dello Stato e della sua sovranità. Il tema riguarda, in particolare, la portata dei diritti fondamentali e la loro capacità di integrare precetti immediatamente efficaci ed idonei a determinare la non applicazione del diritto interno ad essi contrastanti e sullo stesso si avrà modo di tornare nel prosieguo.

Un ulteriore-concorrente- fonte di difficoltà per il Giudice è data dalla progressiva emersione, all'interno del diritto eurounitario, di uno "zoccolo duro" di diritti fondamentali, teso a circoscrivere le prerogative dei legislatori (nazionali e comunitario) che tende a sovrapporsi alle tutele dei diritti fondamentali apprestata a livello costituzionale dei singoli Paesi europei.

La problematicità dei temi appena accennati si amplifica poi a dismisura se si guarda al piano dei rapporti fra diritto penale- processuale e sostanziale- e diritto eurounitario.

Quello penale è stato, infatti, tradizionalmente considerato come ambito di pertinenza esclusiva dei singoli Paesi e, dunque, refrattario ad interventi "esterni", appunto rappresentando la proiezione della sovranità statale.

Questa considerazione, tuttavia, certamente valevole agli albori della Comunità europea, è andata progressivamente sgretolandosi, con l'avvento prima del Trattato sull'Unione europea di Maastricht e, successivamente, con le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam fino ad ulteriormente annichilirsi con il Trattato di Lisbona.

Inizialmente, infatti, il diritto penale stava fuori dal diritto comunitario e solo con Maastricht- e con la formazione dei tre pilastri- si delineò l'ambito della cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (terzo pilastro) per il

quale si realizzava il passaggio dagli accordi tra singoli Stati ad una politica comune all'interno dell'Unione europea ma *fuori* dalla diritto comunitario.

In questa prima fase gli atti con i quali si poteva legiferare nell'ambito della cooperazione erano le *posizioni comuni*- che imponevano agli Stati un obbligo di conformazione a quanto ivi sancito- *le azioni comuni*-provvedimenti attuati nel quadro dell'Unione europea- *e le Convenzioni*- strumenti da ratificare negli Stati in conformità alle norme costituzionali interne-.

Con il Trattato di Amsterdam si realizza la comunitarizzazione della cooperazione in materia civile- che passa dal 3[^] al 1[^] pilastro- mentre per il settore delle cooperazione giudiziaria in materia di polizia e giudiziaria si sottolinea l'esigenza, ritenuta fondamentale, di garantire un elevato livello di sicurezza.

I nuovi strumenti che il Trattato di Amsterdam individua per realizzare tale obiettivo sono le *posizioni comuni*- che riguardano specifiche questioni- *le decisioni quadro*- volte a realizzare il ravvicinamento delle disposizioni nazionali su singoli questioni- *le decisioni*- prive di valore diretto- *e le convenzioni*- per le quali si raccomanda l'adozione da parte dei singoli Stati di regole attuative nel rispetto delle norme costituzionali. In questo contesto, il ruolo della Corte di giustizia ha assunto rilevanza notevole, concernendo l'interpretazione delle decisioni, delle decisioni e delle Convenzioni.

Il Trattato di Lisbona, abolendo i pilastri e, per quel che interessa, la cooperazione giudiziaria in materia penale, ha reso possibile il pieno inserimento delle materie di cui si discute nel diritto dell'Unione europea e, dunque, l'espansione della direttiva quale strumento principe per attuare nuove forme di cooperazione.

L'ultima frontiera che sta cominciando a diventare realtà¹ proprio in ambito penale è dunque l'individuazione di strumenti normativi che realizzino forme armonizzate di tutela nelle quali campeggiano la protezione dei valori fondamentali- giusto processo, libertà e sicurezza degli individui-.

3. Perché è necessario conoscere i rapporti fra il sistema del diritto EU, il sistema ordinamentale interno e quello della CEDU?

Al quesito che si è appena proposto occorre fornire una risposta secca.

La conoscenza delle *regole* che governano i diversi sistemi di protezione dei diritti fondamentali -nei piani interno, eurounitario e CEDU- aiuta l'operatore ad evitare errori di prospettiva e di sostanza, elidendo alla radice la critica, che pure spesso serpeggia, più o meno scopertamente, che al di là della bellezza estetica, peraltro effimera, di un sistema di tutela multilivello, questo sarebbe foriero di risposte parcellizzate e ondivaghe, capaci di minare la certezza e prevedibilità del diritto,

¹ Cfr. Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e, da ultimo, DIRETTIVA 2012/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, destinata ad essere recepita dai Paesi UE entro il giugno 2014

riversando sul *giudiziario* poteri allo stesso non attribuiti. Ciò che, in definitiva, incrinerebbe il piano dei rapporti fra giudice e legge, marginalizzando la Costituzione in favore di Trattati internazionali, i quali ultimi dovrebbero comunque porsi su un piano inferiore rispetto a quello costituzionale interno, favorendo pericolosamente un'Europa dei giudici. Questa Europa sarebbe dunque priva di legittimazione democratica e finirebbe col dimostrarsi antitetica rispetto all'Europa dei parlamenti eletti dai cittadini, confusamente pure favorendo operazioni di *tutela al rialzo* ben lontane dal rappresentare appaganti risposte alle domande di giustizia.

E' per questo, allora, che l'interprete si deve fare carico di rispondere a questa critica, mostrando di fare corretta applicazione delle "regole" che governano i diversi sistemi, evitando di fare indiscriminata applicazione di tali regole.

In altri termini, sembra doveroso per il giudice nazionale attribuire al sistema UE ed alla disposizioni di quell'ordinamento il significato e la portata che esso ha attingendo alle regole proprie dello stesso ordinamento, evitando così di esportare regole che riguardano piani magari paralleli, ma pur sempre distinti quanto alle regole.

Questa prospettiva, occorre subito chiarire, non intende affatto favorire la logica gerarchica tra i sistemi n'è assecondare una prospettiva non orientata all'osmosi fra i sistemi, ma semmai soltanto prevenire l'accusa di pressapochismo e di superficialità che viene mossa allorché la risposta giudiziaria non mostra di cogliere le differenze di sistema tra i diversi piani di tutela. Accuse, peraltro, che potrebbero riguardare non solo il giudice comune, ma anche il giudice costituzionale tutte le volte in cui si compiono delle operazioni che tendono a far dire all'un sistema ciò che si vorrebbe dicesse guardando da una prospettiva diversa da quella propria del sistema che viene in considerazione.

In questa prospettiva, offrire di un diritto fondamentale di matrice eurounitaria una lettura non agganciata alle regole che governano quel sistema vuol dire i pericolosamente i piani d'indagine, discostandosi dai percorsi legali ai quali l'interprete, sia esso giudice comune o costituzionale, deve attenersi.

Affermare così l'immediata precettività ed efficacia all'interno di una vicenda interna non direttamente regolata dal diritto dell'Unione europea di un diritto riconosciuto dalla Carta di Nizza Strasburgo o ritenuto principio generale dalla Corte di Giustizia costituire operazione culturalmente apprezzabile ma giuridicamente poco persuasiva- ancorchè ventilata autorevolmente in dottrina²-

² Proprio l'impianto della Carta di Nizza - Strasburgo, si è autorevolmente sostenuto da Sorrentino- *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona(Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 2,148- dimostrerebbe "la sua attitudine a costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio d'azione dell'Unione. Il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura, ecc. non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirne membri (in quanto il mancato rispetto di tali diritti diverrebbe elemento ostativo alla loro adesione), onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze.V. anche Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 1-3 febbraio 2010 su *I diritti fondamentali nell'ordinamento*, in *www.csm.it*, pag.10 del *paper*. , Cfr. in modo davvero intenso, RUGGERI, *Corti costituzionale e corti europee*, cit.-pag.33 datt.-:"...L'impianto dello studio e

dovendo questa “fare i conti” con le disposizioni della Carta di Nizza(art.6, art.51) e dei Trattati UE che si fondano sulla competenza dell’Unione e che, come ricorda la Corte di Giustizia, non possono andare “oltre” i confini ivi fissati. Ed infatti, nemmeno la Carta di Nizza appare in grado di modificare i *confini* del diritto eurounitario³, avuto anche riguardo al contenuto dell’art.5 par.2 del TUE come modificato per effetto dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona - *In virtù del principio di attribuzione, l’Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti.*- e ancor di più al contenuto dell’art. 6 par.1 TUE, - *Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati.*- e 6 par. 2 TUE- *L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati.*-

Sul punto, la Corte di Giustizia, fondandosi sulla portata dell’art.51 della Carta⁴, ha già espresso il proprio avviso⁵, ancorchè si ritenga, all’interno della stessa Corte

le verifiche in esso condotte portano a dire che la logica di una rigida separazione degli ordinamenti (e, per ciò pure, delle sfere di competenza delle relative Corti) non ha ormai più alcun senso, se mai ne ha avuto. È vero che gli stessi ordinamenti parrebbero accreditarla; e basti solo pensare alla perdurante vigenza del principio di attribuzione in ordine ai riparti di materie e funzioni tra Unione e Stati, come pure – per ciò che specificamente attiene alla salvaguardia dei diritti – al principio secondo cui la stessa Carta dei diritti dell’Unione dichiara di poter valere unicamente negli ambiti materiali di competenza dell’Unione stessa. E, tuttavia, l’esperienza ormai insegna che separare a colpi di accetta gli ambiti stessi è impresa vana, i rapporti piuttosto essendo governati da canoni volti a renderne quanto più possibile duttile lo svolgimento e mobili i confini dei campi.”

³ Conclusioni dell’Avvocato generale Poiras Maduro presentate il 30 settembre 2009 nella causa C-135/08, *Janko Rottmann*, p.10: «...anche se una situazione è riconducibile a una materia rientrante nella competenza degli Stati membri, essa è compresa nell’ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario allorché comporta un elemento di estraneità, vale a dire una dimensione transfrontaliera. Infatti, solo una situazione i cui elementi si collocano tutti all’interno di un unico Stato membro costituisce una situazione puramente interna». Analogamente Corte giust. 2 marzo 2010, n. C-135/08, *Rottmann*, p.41. Il punto è colto in modo altrettanto chiaro da Cass.17 marzo 2009 n. 6441, ove si esclude che In tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, la nozione di “familiare” ai sensi dell’art. 30, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998, possa desumersi dagli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo o dall’art. 9 della Carta di Nizza-Strasburgo, non trattandosi di materia disciplinata dal diritto comunitario.

⁴Cfr. Spiegazioni della Carta di Nizza *sub* art.51 e 52.

⁵Cfr. Corte giust. 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*, che, nell’affermare che il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l’applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario, affermava testualmente **che** nemmeno la Carta di Nizza può modificare la natura puramente interna della questione (p.29 ss): «...Neppure il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali può venire a sostegno di una conclusione diretta a far entrare il presente procedimento nella sfera di applicazione del diritto comunitario. A tal riguardo basta sottolineare che, conformemente all’art. 51, n. 2, di detta Carta, quest’ultima non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità europea e per l’Unione, né modifica le competenze nonché i compiti definiti nei Trattati.» Conf. Corte giust. 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro*; Corte Giust., 3 ottobre 2008, causa C-287/08, *Crocefissa Savia*; Corte. Giust., 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch*. V., anche di recente, sia pure in una prospettiva aperta, le citate Conclusioni dell’Avvocato Generale Sharpston nella causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, p.156: "... Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, è possibile invocare i diritti fondamentali dell’Unione europea solo quando il provvedimento contestato ricada nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Tutti i provvedimenti adottati dalle istituzioni sono pertanto soggetti ad una valutazione quanto al loro rispetto dei diritti fondamentali dell’Unione. Lo stesso vale per gli atti degli Stati membri emanati nell’esecuzione di obblighi derivanti dal diritto dell’Unione o, più in generale, che ricadono nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Si tratta di un aspetto ovviamente delicato, poiché riconduce la tutela dei diritti fondamentali dell’Unione nell’ambito di ciascuno Stato membro, dove coesiste assieme ai livelli di tutela dei diritti fondamentali sanciti dal diritto nazionale o dalla CEDU. I problemi che conseguentemente derivano riguardo alla sovrapposizione tra livelli di tutela in forza dei diversi sistemi (diritto dell’Unione, diritto costituzionale nazionale e CEDU) e il livello di tutela dei

di Giustizia, che la questione non sia stata definitivamente risolta⁶. Ed anche la Commissione europea, nel tracciare, all'interno della Comunicazione "Strategia per una più efficace applicazione della Carta dei diritti fondamentali", le linee di implementazione della tutela dei diritti fondamentali sulla base della Carta di Nizza - Strasburgo, ha messo in evidenza, chiaramente, che il suo intervento sarà limitato ai casi di applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati Membri in modo incompatibile con la Carta⁷.

diritti fondamentali garantito dall'Unione europea sono ben noti ...".V., ancora, Corte Giust. 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, p.51:"... le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51, n. 1, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, «né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». Così, la Corte è chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite.";Corte Giust. 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*, p.12 e ss:"... per quanto riguarda la presente controversia, occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» e che, in forza dell'art. 6, n. 1, TUE, che attribuisce alla Carta efficacia vincolante, e come risulta dalla dichiarazione sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, essa non crea alcuna nuova competenza per l'Unione, né ne modifica le competenze. Peraltro, risulta da costante giurisprudenza che le esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali vincolano gli Stati membri in tutti i casi in cui essi sono chiamati ad applicare il diritto dell'Unione e che essi sono tenuti, con ogni mezzo, a non disattenderle ...). Poiché la decisione di rinvio non contiene alcun elemento concreto che consenta di ritenere che la decisione del Ministerski savet na Republika Bulgaria del 16 dicembre 2009 costituisca una misura di attuazione del diritto dell'Unione o che essa presenti altri elementi di collegamento con quest'ultimo, la competenza della Corte a risolvere la presente domanda di pronuncia pregiudiziale non sussiste."; Corte Giust. 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, p.25:"... sebbene il diritto ad un ricorso effettivo, garantito dall'art. 6, n. 1, della CEDU, cui fa riferimento il giudice del rinvio, costituisca un principio generale del diritto dell'Unione ... e sia stato riaffermato dall'art. 47 della Carta, nondimeno la decisione di rinvio non contiene alcun elemento concreto che consenta di ritenere che l'oggetto della causa principale presenti una connessione con il diritto dell'Unione. La causa principale, in cui un cittadino belga si oppone allo Stato belga in merito alla tassazione di attività esercitate nel territorio di tale Stato membro, non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsivoglia delle situazioni previste dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone, dei servizi o dei capitali. Inoltre, detta controversia non verte sull'applicazione di misure nazionali mediante le quali lo Stato membro interessato dia attuazione al diritto dell'Unione. Ne consegue che la competenza della Corte per risolvere la presente domanda di pronuncia pregiudiziale non risulta dimostrata.";Corte Giust. 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a.*, p.71 ss:"... occorre ricordare che le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima (v. sentenze *McB.*, cit., punto 51, nonché 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C 1/10, *Gueye e Salmerón Sánchez*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 69). Pertanto, nel caso di specie, qualora il giudice del rinvio ritenga che, alla luce delle circostanze delle cause principali, le posizioni dei ricorrenti nelle cause principali siano soggette al diritto dell'Unione, esso dovrà valutare se il diniego del diritto di soggiorno di questi ultimi nelle cause principali leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall'art. 7 della Carta. Viceversa, qualora ritenga che dette posizioni non rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, esso dovrà condurre un siffatto esame alla luce dell'art. 8, n. 1, della CEDU. Difatti, occorre ricordare che tutti gli Stati membri hanno aderito alla CEDU, la quale consacra, nel suo art. 8, il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In tal contesto, sulla base dell'art. 92, n. 1 del regolamento di procedura, va constatato che la Corte è manifestamente incompetente a risolvere le questioni presentate dal Varhoven administrativen sad."

⁶ V.Concl.Avv.Generale Kokott pubblicate in data 15.12.2011 nella causa C-489/2010, *Bonda*, pp.14 e 15.

⁷ Commissione europea, *Communication from the Commission. Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, 19 ottobre 2010: "...Article 51(1) of the Charter also stipulates that the Charter applies to the Member States only when they are implementing Union law. It does not apply in situations where there is no link with Union law. The binding legal force conferred on the Charter by the Lisbon Treaty has not changed

In altri termini, un'attitudine della Carta di Nizza - Strasburgo a divenire strumento generale di tutela dei diritti fondamentali sembra ostacolata dalle competenze comunque limitate dell'Unione Europea- anche se in via di notevole espansione-. Opinione, quest'ultima, condivisa anche dalla Corte costituzionale italiana⁸.

Analoghe considerazioni sembrano doversi fare con riguardo al piano dei rapporti norma interna Costituzione ed a quello norma interna diritto UE.

Ed allora, se nessuno oggi dubita che non è possibile esportare il meccanismo della disapplicazione proprio dei rapporti ordinamento interno diritto UE al piano dei rapporti norma interna Costituzione, deve essere parimenti chiaro che quando si discute della portata di un diritto fondamentale di matrice eurounitaria e della sua precettività o meno le regole applicabili devono essere quelle proprie di quel sistema e non altre.

this situation; the Treaty explicitly states that the provisions of the Charter do not extend the powers of the Union as defined in the Treaties... The Charter does not apply where there are breaches of fundamental rights with no connection to Union law. Member States have their own systems to protect fundamental rights through their national courts and the Charter does not replace them. It is therefore up to the national courts to ensure compliance with fundamental rights and up to the Member States to take the necessary measures in accordance with their national laws and international obligations. In such situations, the Commission does not have the power to intervene as guardian of the Treaties". L'unica apertura, blanda, verso un'applicazione ampia della Carta che sembra concedere ai singoli Stati è quella relativa all'individuazione dei casi in cui può ritenersi esistente un nesso di collegamento fra diritto interno e diritto eurounitario- p.1. 3. 3-:"... The Commission may only intervene if the situation in question relates to Union law. The factor connecting it with Union law will depend on the actual situation in question".

⁸ Cfr.Corte cost.n.80/2011, p.5.5: "...occorre peraltro osservare come – analogamente a quanto è avvenuto in rapporto alla prefigurata adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6, paragrafo 2, secondo periodo, del Trattato sull'Unione europea; art. 2 del Protocollo al Trattato di Lisbona relativo a detta adesione) – in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei trattati» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 (anch'esso compreso nel richiamato titolo VII), stabilisce, al paragrafo 1, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1. Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto. Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.”

La vicenda del mandato di arresto europeo e dell'estensibilità del meccanismo di espiazione in Italia della misura o della condanna per lo straniero residente in Italia non prevista dalla legge che ha attuato la decisione quadro - artt. 18, comma 1, lettera r), e 19, comma 1, lettera c), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri-esaminata da Corte cost. n.227/2010 sembra rappresentare in modo solare quanto i risultati - caldeggiati dalla Cassazione(giudice remittente) e- raggiunti dal giudice delle leggi a proposito della portata del principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità e della sua asserita non immediata precettività⁹ possano condurre a risultati che, in definitiva, rischiamo effettivamente di determinare risultati poco appaganti e, soprattutto, legati a logiche che appaiono non solo estranee al sistema di tutela esaminato, ma addirittura distoniche con il piano di tutela offerto al livello considerato.

Basta sul punto richiamare le recentissime conclusioni del 20 marzo 2012 dell'Avvocato Generale Mengozzi nella causa C-42/11, *João Pedro Lopes Da Silva Jorge*, che ha riguardo ad una vicenda speculare a quella esaminata da Corte cost.n.227/2010 e che sembra destinata ad esaurirsi -correttamente- all'interno del piano UE¹⁰, come già aveva ipotizzato l'Avvocato Generale Bot nella causa *Wolzenburg*¹¹.

⁹ Cfr. punto 7.1. sent.n.227/2010: "... l'art. 12 del TCE, oggi art. 18 del TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato. Anche sotto tale profilo è corretto il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la "non applicazione" della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti. Al legislatore dello Stato membro, infatti, è consentito di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata, come, ad esempio, in una fattispecie quale quella che ci occupa, la previsione di un ragionevole limite temporale al requisito della residenza del cittadino di uno Stato membro diverso da quello di esecuzione (Corte di giustizia, sentenza *Wolzenburg*). Non solo, ma a precludere al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile, vale anche la circostanza che nella specie si verte in materia penale e che un provvedimento straniero che dispone la privazione della libertà personale a fini di esecuzione della pena nello Stato italiano non potrebbe essere eseguito in forza di una norma dell'Unione alla quale non corrisponda una valida norma interna di attuazione (sentenza n. 28 del 2010, punto 5)."

¹⁰ Cfr. Concl. Avv. Gen. Mengozzi ult. cit. nel testo, pp. 48 ss.: "... Occorre rilevare, in primo luogo, che l'opponente nel procedimento principale si è avvalso della sua libertà di circolazione recandosi in territorio francese nel quale risiede legalmente e ha costruito una vita familiare. Orbene, gli Stati membri, nell'ambito dell'attuazione di una decisione quadro, non possono violare il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni relative alla libertà riconosciuta a qualsiasi cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. La Corte ha così già statuito che un cittadino di uno Stato membro che risiede legittimamente in un altro Stato membro ha diritto di avvalersi del principio di non discriminazione nei confronti di una normativa nazionale che stabilisce le condizioni secondo le quali l'autorità giudiziaria competente può rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà. A fortiori, lo stesso deve valere per la normativa francese oggetto del procedimento principale che esclude ogni cittadino dell'Unione, ad eccezione dei soli cittadini francesi, dal poter beneficiare del motivo di non esecuzione previsto dall'articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584. Di conseguenza, occorre considerare che il convenuto nel procedimento principale ha il diritto di avvalersi dell'articolo 18 TFUE nei confronti di detta normativa. Resta quindi da accertare se l'articolo 695-24 del codice di procedura penale comporti una discriminazione fondata sulla cittadinanza. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio di non discriminazione esige che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che un trattamento simile non sia oggettivamente giustificato ... Una differenza di trattamento siffatta può rivelarsi conforme al principio di non discriminazione se è oggettivamente

Proprio il confronto fra le risposte che la Corte costituzionale italiana ha offerto (sent.227/2010) e la Corte di Giustizia offrirà a breve consentirà probabilmente di riflettere sulla necessità di informare l'operato del giudice nazionale alle regole che governano il sistema che viene in considerazione.

Quando, allora, ci si accosta ad una disposizione dell'UE, per la sua interpretazione e per la sua stessa individuazione, non si dovrà, in prima battuta, cadere nella tentazione di attingere al sistema nazionale o a quello della CEDU per delinearne l'ambito e la portata quando la norma stessa non consente di richiamare piani diversi.

Così operando si rischierebbe, infatti, di compiere un errore giuridico evidente e, soprattutto, di prestare il fianco alle critiche di cui si diceva sopra.

Se dunque un diritto di matrice eurounitaria viene richiamato all'interno di una vicenda che è estranea all'operatività del diritto UE, commetterà un errore il giudice che applica quel diritto alla vicenda concreta ponendosi in contrasto con il

giustificata e proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito, vale a dire che non deve andare oltre quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo... È peraltro evidente che una normativa che ha come risultato quello di escludere, sic et simpliciter, tutti i cittadini dell'Unione che non abbiano la cittadinanza francese dalla possibilità di beneficiare del motivo di non esecuzione di cui all'articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 è sproporzionata. Essa priva sistematicamente le autorità giudiziarie competenti del loro potere di valutazione delle situazioni individuali e presume, in modo tanto perentorio quanto inconfutabile, l'impossibilità giuridica di procedere all'esecuzione della pena in territorio francese. Orbene, dall'argomento sviluppato dal governo francese discende che la situazione è più sfumata e che, non essendo possibile stabilire un quadro giuridico uniforme per tutti le ipotesi che le autorità giuridiche dello Stato di esecuzione potrebbero trovarsi ad affrontare, è necessario determinare, caso per caso, il diritto applicabile perché può variare a seconda dello Stato della cittadinanza della persona condannata. La normativa oggetto del procedimento principale è sproporzionata in quanto esclude a priori dalla possibilità di beneficiare di detto motivo persone condannate che potrebbero potenzialmente aspirare, in virtù delle norme giuridiche applicabili alla loro richiesta, all'esecuzione della loro pena nel territorio francese.⁵⁹ Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di rispondere alla prima questione sottoposta dal giudice del rinvio nel senso che il principio di non discriminazione di cui all'articolo 18 TFUE osta ad una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale che riserva la facoltà di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo emanato ai fini dell'esecuzione di una pena al solo caso in cui la persona ricercata abbia la cittadinanza francese e le autorità francesi competenti si impegnino a eseguire la pena.”

¹¹ Cfr. p.113 Concl.Av. Gen.Bot, causa C-123/08, *Wolzenburg*, p.113 ss.”... Queste sentenze fanno parte di una giurisprudenza costante secondo cui uno Stato membro, nell'esercizio delle competenze che gli sono riservate, non deve ledere le disposizioni del Trattato CE, tra le quali figura il divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità sancito all'art. 12 CE. Tale giurisprudenza dovrebbe applicarsi, a fortiori, allorché uno Stato membro dà applicazione ad un atto di diritto dell'Unione, quale una decisione quadro, come conferma l'art. 47 UE, in virtù del quale nessuna disposizione del Trattato UE deve pregiudicare le disposizioni del Trattato CE. 114. Ne consegue che il sig. Wolzenburg, che si trova nei Paesi Bassi a seguito dell'esercizio delle libertà di circolazione conferitegli dal Trattato CE, in qualità di cittadino dell'Unione o di operatore economico, ha il diritto di avvalersi dell'art. 12 CE contro la legislazione olandese che stabilisce in quali condizioni egli può beneficiare del motivo di non esecuzione di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro. D'altra parte, uno Stato membro non può, dando applicazione ad una decisione quadro, ledere il principio di non discriminazione in quanto principio fondamentale sancito, segnatamente, all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (in prosieguo: la «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, nonché all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, gli Stati membri, quando danno attuazione al diritto dell'Unione, sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. Le condizioni nelle quali uno Stato membro applica il motivo di non esecuzione di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro non possono dunque essere sottratte ad un controllo di conformità con il principio di non discriminazione.”

piano delle regole fissate dall'ordinamento eurounitario all'interno della Carta di Nizza e dello stesso Trattato UE.

Non meno discutibile sembra l'atteggiamento volto a ricercare all'interno dei sistemi normativi e dei diritti viventi che fanno parte dei "circuiti di legalità" operanti con riferimento ai diritti fondamentali conferme circa i rapporti fra gli ordinamenti che non sono direttamente presi in considerazione nei medesimi sistemi.

Esemplificativo di siffatto modo di operare potrebbe essere il tentativo di cercare delle conferme al divieto di disapplicazione da parte del giudice comune nazionale della norma interna contrastante con la CEDU espresso dalla Corte Costituzionale a partire dalle sentenze gemelle del 2007 nella recente pronuncia della Corte di Giustizia resa il 24 aprile 2012, causa C-571/2010, p.59, *Kamberai*¹².

Tale decisione, escludendo che l'ordinamento eurounitario imponga al giudice nazionale che fa applicazione, all'interno di una controversia regolata dal diritto UE, di un diritto fondamentale che trova la propria matrice nella CEDU del dovere di disapplicazione, non poteva in alcun modo affrontare una tematica estranea al diritto eurounitario nel quale la CEDU assume un ruolo assolutamente chiaro senza che possa o debba venire in gioco l'efficacia che quello strumento ha nei singoli ordinamenti dei Paesi membri.

Se davvero fosse questa la lettura da offrire alla sentenza della Corte di Giustizia, si tratterebbe, all'evidenza, di uno straripamento di potere di quel giudice che non può arrogarsi il potere di disciplinare o regolamentare un ambito ad essa estraneo. La Corte di Giustizia si è sempre occupata della Cedu come *serbatoio* di diritti ora formalmente riconosciuto anche dall'art.6 TFUE, ma non può dir nulla sui rapporti Cedu ordinamenti-nazionali che, come ha di recentemente magistralmente evidenziato Antonio Ruggeri, trovano regolamentazione affatto armonizzata.

In conclusione, può dunque ritenersi che esiste una regola aurea che impone al giudice di

conoscere i diritti fondamentali, le Carte che li contengono e le regole che li governano, con tutto il tasso di difficoltà che ciò può comportare quanto alla differenza fra diritti fondamentali principi contemplati dalla Carta di Nizza¹³ e

¹²V. sent. Cit. nel testo: "...Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale." Su tale ultima pronuncia v. Ruggeri, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in www.diritticomparati.it.

¹³SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, 148. Cfr. in modo davvero intenso, RUGGERI, *Corti costituzionale e corti europee, cit.*-pag.33 datt.-"...L'impianto dello studio e le verifiche in esso condotte portano a dire che la logica di una rigida separazione degli ordinamenti (e, per ciò pure, delle sfere di competenza delle relative Corti) non ha ormai più alcun senso, se mai ne ha avuto. È vero che gli stessi ordinamenti parrebbero accreditarla; e basti solo pensare alla perdurante vigenza del principio di attribuzione in ordine ai riparti di materie e funzioni tra Unione e Stati, come pure – per ciò che specificamente attiene alla salvaguardia dei diritti – al principio secondo cui la stessa Carta dei diritti dell'Unione dichiara di poter valere unicamente negli ambiti materiali di competenza dell'Unione stessa. E, tuttavia, l'esperienza ormai insegna che separare a colpi di accetta gli ambiti stessi è impresa vana, i rapporti piuttosto essendo governati da canoni volti a renderne quanto più possibile duttile lo svolgimento e mobili i confini dei campi.

principi generali(già dell'ordinamento comunitario), diritti di matrice convenzionaee, rapporti fra ordinamento interno e CEDU.

4. Il ruolo dell'interpretazione nel diritto UE.

Un tema che tocca da vicino il ruolo del giudice nazionale è quello dell'interpretazione eurolunitariamente orientata.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, è insita nell'ordinamento UE l'esigenza d'interpretare ed applicare le norme interne "alla luce della lettera e dello scopo" delle norme UE.

L'Avvocato Generale Bot, nelle conclusioni presentate il 7 luglio 2009 nella causa C-555/07, *Kücükdeveci*, osservava come la Corte ha bilanciato il netto rifiuto di un effetto diretto orizzontale delle direttive evidenziando l'esistenza di soluzioni alternative atte a salvaguardare i singoli che si ritengono lesi dall'omessa o dall'errata trasposizione di una direttiva. In quest'ambito "...Il primo palliativo all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive consiste nell'obbligo che spetta al giudice nazionale di interpretare il diritto interno per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva in questione, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima. Il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima".

Per comprendere il concetto di interpretazione conforme ed il suo fondamento occorre muovere dall'obbligo di conseguire il risultato previsto dalle direttive, *ex art. 288 par.2 TFUE- già art. 249, 3° comma, TCE* e dal principio di leale cooperazione, di cui all'art.4 par.3 TUE-già art. 10 TCE-.

A partire dal caso *Marleasing*¹⁴ la Corte di Giustizia ha chiarito che "...l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale... il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato."

Già in passato ci siamo soffermati sul tema della c.d. *interpretazione conforme* del diritto interno a quello comunitario, sottolineando come le apparenti aporie che da essa sembrano emergere rispetto ai principi tuttora professati dal giudice di Lussemburgo in tema di inapplicabilità delle direttive *self-executing* nei c. d. rapporti orizzontali risultano, invece, pienamente giustificate dal perseguimento del principio dell'*effetto utile* che permea, in modo sempre più coinvolgente, il tema dei rapporti tra ordinamento interno e diritto UE¹⁵.

¹⁴ Antesignana degli effetti che possono scaturire dall'interpretazione conforme è la sentenza *Marleasing* - Corte giust.13 novembre1990, causa C-106/89, *Racc.*, I-4135, ove è stata indicata la soluzione concreta per fare prevalere l'ordinamento giuridico comunitario. Si discuteva della nullità di un contratto di società per mancanza di causa, motivo non contemplato dall'art. 11 della direttiva 68/151/CEE, non trasposta nell'ordinamento spagnolo, ma dagli artt. 1261 e 1275 del Código civil. La Corte propose per un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla lettera e allo scopo della direttiva impedendo che fosse dichiarata la nullità di una società per una ragione non enumerata dal detto art. 11. Il giudice remittente risolse la controversia sostituendo all'applicazione degli articoli del Código civil la norma comunitaria.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a R. CONTI, *Direttive dettagliate ed efficacia diretta nei rapporti interpretati: il timone passa al giudice nazionale*, in *Corr. giur.*, 2005, 3,185; Id, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corr. giur.*, 2006, 11, 1515; Id., *Il ruolo del giudice civile e il sistema europeo delle fonti, Nuove autonomie*, 2006, 1, 127 ss.

In generale, può dirsi che tale obbligo di interpretazione conforme costituisce, come più volte chiarito¹⁶, uno degli effetti "strutturali" della norma eurounitaria che consente l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario¹⁷.

Esso ha finito con l'irradiare l'intero diritto di matrice comunitaria, avendone la Corte di giustizia a più riprese riconosciuto la valenza a proposito delle norme primarie¹⁸ - o di diritto derivato¹⁹ ed anche per le raccomandazioni²⁰.

In più va aggiunto che la teoria dell'interpretazione conforme ha trovato, grazie al contributo di un'acuta dottrina, una sua appropriata collocazione dogmatica²¹, individuando condivisibilmente per un verso le regole "autonome" che governano i processi di interpretazione eurounitariamente orientate e, per altro verso, nel momento decisivo il fulcro del processo di adeguamento del diritto interno a quello comunitario²².

In estrema sintesi, va detto che nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali devono interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi all'art. 249, terzo comma, CE - ora art. 288 T.F.U.E.-²³.

Tale obbligo d'interpretazione conforme, per come messo in evidenza nella sentenza *Pfeiffer*²⁴, riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia *anteriori* che *posteriori* alla direttiva²⁵.

Infatti, proprio il principio d'interpretazione conforme richiede che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima²⁶.

Questo, secondo i postulati fissati dal giudice di Lussemburgo, non dovrebbe comportare che il processo interpretativo possa giungere a risultati incompatibili con quelli enucleabili attraverso il diritto interno, esso trovando comunque un limite nel principio della certezza del diritto e di non

¹⁶ Concl. Avv. Gen. Tizzano C-144/04.

¹⁷ V., da ultimo, Corte giust. 5 ottobre 2004, cause da C-397/01 a C-403/01, cit. p.113, 115, 116 e 118.

¹⁸ Corte giust. 4 febbraio 1988, causa C-157/86, *Racc.*, I- 673, p. 11.

¹⁹ In particolare, Corte giust. 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Racc.*, I- 723, punto 48; Corte giust.14 luglio 1994, causa C-91/92, *Racc.*, I-3325, punto 20; Corte giust. 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Racc.*, I-723, p. 56; Corte giust. 3 maggio 2005, cause da C-387/02, 391/02 e 403/02, *Racc.*, I-3565, p. 73-.

²⁰ Corte giust. 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Racc.*, I- 4407, p. 18.

²¹ Il riferimento è agli scritti di M. Ruvolo, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, *Eur. dir. privato*, 2006, 4, 1407 s. Le riflessioni di tale Autore, oltre a distinguersi per completezza ed approfondimento dell'argomento, colgono in modo precipuo i nuovi compiti cui è chiamato il giudice nazionale nel processo di conformazione dell'ordinamento domestico a quello eurounitario.

²² Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212-04, in *www.curia.eu.int*.

²³ Corte giust. 7 settembre 2006, cause da C-187/05 a C-190/05, in *www.curia.eu.int*.

²⁴ Corte giust. 5 ottobre 2004, cause da C-397/01 a C-403/01, *Racc.*, I-8835.

²⁵ V., in particolare, Corte giust. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Racc.*, I-4135, p. 8, e Corte giust. 5 ottobre 2004, cause da C-397/01 a C-403/01, *cit.*, p. 115.

²⁶ V. sentenza *Pfeiffer* e a., *cit.*, p. 115, 116, 118 e 119. Corte Giust., 24 gennaio 2012 causa C-282/10, *Maribel Dominguez* ha ribadito che nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva in questione, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE. L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte. In tale occasione la Corte ha aggiunto che "...il principio di interpretazione conforme esige inoltre che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima"- p.28-.

retroattività e non potendo servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale²⁷.

Epperò, anche in questo caso occorrerà comunque che il giudice nazionale “prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro.”

La presa di coscienza che la nozione di interpretazione conforme “si è formata, infatti, in un contesto sovranazionale, di carattere prevalentemente casistico e rimediabile ed ha perso molte delle sue caratteristiche interpretative” deve *condizionare* il giudice nazionale che “prima di escludere la possibilità di fare ricorso al concetto di interpretazione conforme così come applicato estensivamente dalla Corte di giustizia” dovrebbe “pure ben valutare se tale sua condotta può esporre lo Stato ad un'azione risarcitoria”²⁸.

Il rimedio caducatorio appare, nella prospettiva disegnata dalla Corte di Giustizia, sussidiario, potendo esso intervenire solo quando è impossibile pervenire ad un'“interpretazione conforme”²⁹.

Tale aspetto è stato nitidamente colto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, chiamata a valutare la possibilità di operare un controllo sul rispetto dei diritti umani fondamentali da parte delle Istituzioni (già) comunitarie, ha espressamente evocato, accanto agli effetti *diretti* del diritto comunitario sulle legislazioni interne, anche l'effetto *indiretto* – “*interprétation conforme*”- fondato sull'art. 5 – ora art. 10 – del Trattato che impone alle autorità nazionali – ivi inclusa la giurisdizione- di “to interpret as far as possible national legislation in the light of the wording and purpose of a relevant Directive”³⁰.

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

4.1. I “limiti” all'interpretazione conforme secondo la Corte di Giustizia

Del resto, il tema dei “limiti” – o se si vuole dei *confini* - dell'interpretazione conforme è stato dalla Corte di Giustizia esaminato soprattutto nell'ambito della materia penale³¹.

Nel caso *Nijmegen* la Corte di giustizia affermò che l'obbligo d'interpretazione conforme “incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività”. Per tali ragioni “una direttiva non può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua

²⁷ Corte giust. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Racc.*, I-5285, p. 44 e 47. Tale sentenza si è occupata della portata di una decisione quadro nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea, che, pur avendo carattere intergovernativo, rivela una spiccata vocazione «comunitaria», trasferendo all'ambito delle decisioni-quadro talune categorie appartenenti al primo pilastro e alcuni parametri caratteristici delle direttive, quale appunto, per quel che qui interessa, il canone della c.d.interpretazione conforme. Cfr. anche Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *cit.*

²⁸ M.RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, *cit.*, 286.

²⁹ In dottrina, G.GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S.Panunzio e E. Sciso (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 133; V. PICCONE, *Effetti diretti, interpretazione conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario da Van Gend en Loos a Velasco Navarro*, in *Riv.dir. sic. soc.*, 2008, 1, 157 ss. Per un'ampia rassegna della prassi italiana v., ancora, M.RUVOLO, *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua particolare applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Nuove autonomie*, 2006, 221 ss.V., pure, volendo, R. CONTI, *Direttive comunitarie dettagliate ed efficacia diretta nei rapporti interpretati: il timone passa al giudice nazionale*, in *Corr.giur.*, 2005, 2, 188 ss.

³⁰ Corte dir. uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda* - ric.v45036/98- in www.echr.coe.int, che richiama a sostegno, la giurisprudenza della Corte di giustizia- casi *Von Colon e Kamman* e *Marleasing SA*-.

³¹ V., di recente A. CELOTTO, G.PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur. It.*, 2010, 8-9, 1979 ss.

attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni”.³²

Fu poi nel caso *Arcaro* che la Corte ribadì tale principio espresso a proposito della responsabilità penale, aggiungendo che l’obbligo d’interpretazione conforme non poteva operare “qualora tale interpretazione comporti che ad un singolo venga opposto un obbligo previsto da una direttiva non trasposta”.³³

E’ stata la stessa Corte a sottolineare che l’obbligo d’interpretazione conforme “non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale”.³⁴

Ciò che si esprime con l’uso della formula “per quanto possibile”, che la Corte utilizza, a partire dalla sentenza *Marleasing*, in tutti i casi d’interpretazione conforme³⁵.

I limiti dell’interpretazione conforme sono stati di recente ribaditi dalla stessa giurisprudenza comunitaria nel caso *Angelidaki*³⁶, ove è stato chiarito che l’obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell’interpretazione e nell’applicazione delle norme pertinenti del diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell’irretroattività, e non può servire a fondare un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale³⁷.

Ancora, nel caso *Mono Car Styling* - causa C-12/08, p. 61- la Corte ha ribadito che l’obbligo in oggetto “trova i suoi limiti nei principi generali di diritto, in particolare in quello di certezza del diritto, nel senso che non può fungere da fondamento per un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale”.

In quella stessa circostanza i giudici comunitari hanno precisato che il principio di interpretazione conforme “esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione *il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest’ultimo*, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest’ultima”³⁸-p.200-.

La precisazione, che si è appena riportata in corsivo, che ritroviamo in Corte giust. 24 giugno 2010 causa C- C-98/09, *Sorge*, ed in precedenza in Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, p.111, sembra spingere la Corte di Giustizia ad individuare il parametro ermeneutico al quale deve sottostare l’interpretazione conforme del diritto interno al diritto eurounitario nell’ordinamento nazionale.

In altri termini, l’interpretazione conforme deve sfruttare tutte le risorse del diritto interno per raggiungere il fine al quale è diretta.

Non è, tuttavia, chiaro se questo inciso –già comparso nella sentenza *Pfeiffer*- debba valere effettivamente come “limite” ad operazioni di interpretazione conforme e se, in altri termini, sia possibile far ricorso all’interpretazione conforme solo se e nella misura in cui i metodi di interpretazione riconosciuti dall’ordinamento nazionale lo consentano.

Se così fosse, all’interpretazione conforme verrebbe posto un limite significativo, poiché, ad esempio, se vi è un divieto di interpretazione analogica- per esempio nell’ambito del diritto penale- non sarebbe possibile giungere ad operazioni di conformizzazione sfruttando regole analoghe pur presenti nell’ordinamento. Ma sulla questione si tornerà in seguito con apposite riflessioni.

Va poi rammentato, con specifico riferimento al diritto dell’Unione ed ai limiti dell’interpretazione conforme, che Corte Cost. n. 28/2010 ha espressamente condiviso le affermazioni di principio espresse dalla Corte di giustizia, ritenendo che l’interpretazione conforme al diritto dell’Unione non può intervenire quando si risolve in un risultato *contra legem*.

³² Corte Giust. 8 ottobre 1987, causa C- 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Racc.*, 3969, p. 13.

³³ Corte giust.26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, *Racc.*, I□4705, p. 42.

³⁴ Corte giust. 24 giugno 2010, causa C□98/09, *Sorge*, p. 52; Corte giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, p. 110.

³⁵ Corte giust. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, p. 31.

³⁶ Corte giust., 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07C-, *Kyriaki Angelidaki e a.*

³⁷ p. 199 sent. *Angelidaki*.

³⁸ V. p. 200 sent. *Angelidaki*; p. 111 sent. *Adeneler e a.*

Ed infatti, nella vicenda esaminata dalla cit. Corte cost. n. 28/2010 (rifiuti) il giudice delle leggi aveva espressamente vagliato tale opzione, escludendo di potervi accedere proprio in ragione del tessuto connettivo della normativa nazionale, apertamente distonico rispetto alla tutela approntata a livello euro unitario, in ciò trovando conforto nella decisione della Corte costituzionale - p. 4 cons. in diritto: "...L'interpretazione conforme proposta (dalla parte privata n.d.r.) non è però plausibile, in quanto contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata"-.

Analoga sintonia emerge fra le giurisdizioni (costituzionale ed eurounitaria) emerge esaminando Corte giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*, nella quale era stato il giudice remittente a dubitare di poter risolvere la questione ad esso sottoposta ricorrendo all'interpretazione conforme, posto che la disposizione nazionale era "chiara e non potrebbe essere, eventualmente, interpretata in un senso conforme" alla direttiva 2000/78.

In quella occasione, la Corte di giustizia ha preso atto di tale affermazione del giudice comune ed ha quindi scelto la strada della disapplicazione.

Ma il punto è che anche nell'ambito dell'interpretazione conforme al diritto eurounitario si assiste continuamente a quelle che sembrano, a prima vista, vere e proprie forzature ermeneutiche che, distaccandosi dalle coordinate fissate in via generale, ha portato la Corte di giustizia a "suggerire" al giudice nazionale operazioni interpretative che potrebbero apparire "ardite" od essere incasellate nel *genus* di brillanti artifici che sembrano collocarsi ben oltre le coordinate astratte fissate.

Si assiste, così, ad un proliferare di decisioni della Corte di giustizia, assunte addirittura dalla Grande Sezione della Corte, nelle quali al principio generale - una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti - viene aggiunta, senza soluzione di continuità, la teoria dell'interpretazione conforme che si pone in chiara antitesi con il precedente³⁹.

Per descrivere tale fenomeno si è parlato, in dottrina, di operazioni interpretative *mascherate*⁴⁰.

Si pensi, ancora, ai casi nei quali è stato lo stesso giudice eurounitario a suggerire al giudice nazionale operazioni di interpretazione c.d. *conforme* fondate sull'applicazione retroattiva di una normativa interna di attuazione di una direttiva comunitaria tardivamente trasposta pur di garantire un trattamento comunitariamente compatibile a chi non poteva sperare di averlo riconosciuto nel periodo precedente alla trasposizione della direttiva non sufficientemente precisa e dettagliata.⁴¹

Il tema è, ancora, una volta, quello delle regole che governano l'interpretazione eurounitariamente conforme.

Lo "strappo" della giurisprudenza comunitaria si realizza, in altri termini, conferendo al giudice nazionale il compito di ottenere il risultato previsto dalla direttiva non più *per quanto possibile* ma *in ogni caso*, e di farlo attraverso l'interpretazione conforme⁴².

³⁹ Si veda, ad esempio Corte giust. 25 ottobre 2005, causa C-350/03, p. 70: <<...la Corte ha affermato che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., segnatamente, Corte.giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Racc.*, I-3325, p. 20, e Corte giust.5 ottobre 2004, cause da C-397/01 a C-403/01, *cit.*, punto 108).>> <<Tuttavia, il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito (v. sentenza *Pfeiffer* e a., *cit.*, punto 120)>>.

⁴⁰ V. A. CELOTTO, G.PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, *cit.*, 1980, ricordano come in dottrina si parli, a tal proposito di *interpretatio abrogans* delle disposizioni nazionali.

⁴¹ Corte giust., 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari* e Corte giust. 3 ottobre 2000, causa C-371/97, *Gozza*.

⁴² Cfr., in modo estremamente chiaro, A. TANCREDI, *Il ruolo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea fra disapplicazione ed efficacia diretta*, Relazione tenuta all'incontro di studio del CSM su "La Corte di giustizia e il giudice nazionale" (Roma 14-16 luglio 2010), in *www.csm.it*: "...Il che comporta invariabilmente che la soluzione della controversia avvenga sulla base di una disciplina nazionale la cui ricostruzione è affidata di volta in volta al giudice interno, attraverso l'utilizzo della regola generale, dei mezzi interpretativi previsti dal diritto interno (tra cui l'interpretazione sistematica ed analogica) o dei principi generali di diritto. In altri termini, una volta "scartata" la norma speciale perché inidonea a garantire il conseguimento del risultato voluto dalla norma UE, spetta al giudice, come già si è ricordato, prendere in considerazione *tutto il diritto nazionale e tutti gli strumenti ermeneutici* dallo stesso

Del resto, come ha osservato l'Avvocato Generale Bot nelle conclusioni del 7 luglio 2009, *Küçükdeveci*, già ricordate, "...Nella citata sentenza *Pfeiffer*, la Corte ha precisato, riguardo ad una controversia tra singoli, la procedura che il giudice nazionale deve seguire, riducendo ulteriormente la linea di confine tra l'invocabilità d'interpretazione conforme e l'invocabilità di una direttiva al fine di disapplicare il diritto nazionale incompatibile. La Corte ha, infatti, indicato che, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva".

In conclusione, come ha scritto l'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni presentate il 16 marzo 2006⁴³, può dirsi che il ricordato principio di lealtà fa obbligo agli Stati membri di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare idonee a realizzare le mete fissate dalle direttive, obbligo che incombe a tutte le autorità nazionali, comprese quelle giurisdizionali. Tale principio, già presente nella sentenza *Von Colson e Kammend*⁴⁴, ha attenuato le conseguenze del diniego di efficacia diretta alle direttive in una lite tra privati dando impulso alla dottrina detta dell'«interpretazione conforme» secondo la quale, nell'applicare il suo diritto, il giudice nazionale deve dar senso alla norma comunitaria, in conformità con le norme del Trattato CE.

4.2 L'elasticità dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia mostra quanto elasticamente sia stato fin qui inteso il concetto di interpretazione conforme.

Le ragioni di un simile approccio sembrano, peraltro, collocarsi in un ambito ancora più vasto, nel quale le forme di dialogo fra giudice nazionale e giudice eurounitario portano il secondo a valorizzare in modo accentuato i compiti del primo nel rendere *effettiva* l'applicazione del diritto eurounitario nel diritto interno.

Il terreno dell'interpretazione conforme sembra essere, agli occhi della Corte, uno strumento di straordinaria efficacia che è il giudice nazionale a dover maneggiare meglio e più di ogni altro, nascendo tale predilezione dalla non perfetta conoscenza del diritto domestico da parte dei giudici di Lussemburgo.

In questa prospettiva si avverte un barlume di sussidiarietà nell'atteggiamento della Corte di Giustizia che, pur essendo istituzionalmente tenuta a fornire più di ogni altro l'interpretazione del diritto eurounitario valevole *erga omnes*, affianca a sé il giudice nazionale, investendolo di un'opera di conformizzazione del diritto interno che rimane comunque legata, ma non direttamente avvinta, all'opera interpretativa del giudice di Lussemburgo.

L'avere coniato, per il giudice nazionale, l'espressione di *giudice comune del diritto comunitario* contribuisce, probabilmente, a spiegare quel legame tutto peculiare che tiene unito il giudice domestico a quello di Lussemburgo, direttamente convinto che la diffusività del controllo giurisdizionale interno appare elemento insostituibile per la realizzazione ed attuazione del diritto dell'Unione.

In questa prospettiva, il canone dell'interpretazione conforme assume tratti di necessità ed insostituibilità tali da far passare, ancora una volta, in secondo piano il tema dei "confini" dell'interpretazione conforme, apparendo tale argomento recessivo rispetto a quella che costituisce

contemplati, per ricostruire una regola applicabile al caso di specie che permetta di giungere al risultato contemplato dalla direttiva."

⁴³ Corte giust. 16 marzo 2006, cause C-392/04 e C-422/04, in www.curia.eu.int

⁴⁴ Corte giust. 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Racc.*, I-1891.

per la Corte di Giustizia la vera priorità, ancora una volta marcatamente orientata a garantire in termini effettivi la corretta applicazione del diritto dell'Unione.

Si tratta, allora, di un passaggio fondamentale nell'applicazione del diritto comunitario che può cogliersi nel suo pieno significato solo se il giudice ed il giurista nazionale prendono atto che la nozione di *interpretazione conforme* elaborata ed applicata dalla Corte non corrisponde a quella insita nella mentalità e nella tradizione giuridica del nostro Paese e costituisce l'*extrema ratio* volta a ridurre lo spettro della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea⁴⁵.

4.3 Qual è il significato e la rilevanza del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia? L'importanza del dialogo.

Nel processo di conoscenza del sistema di diritto unionista il giudice nazionale gode di un vantaggio straordinario, rappresentato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale che gli consente di rivolgersi alla Corte di Giustizia per avere lumi sulla portata interpretativa di una disposizione eurounitaria. Si tratta di un meccanismo che opera in prevenzione e dunque prima che il giudice nazionale decida la vicenda posta al suo vaglio e che dunque, nella costruzione dei rapporti tra ordinamento interno e diritto UE fissati dalla Corte di Giustizia, intende anche avere un effetto deflattivo rispetto alle ipotesi di violazione del diritto UE da parte dei Giudici.

Spesso il giudice di merito si trova di fronte al dubbio di come operare quando è chiamato a dare applicazione ad uno strumento rientrante fra i diritti UE.

L'alternativa tra interpretazione conforme, disapplicazione della norma interna contrastante o prevalenza della norma interna attraverso operazioni ermeneutiche che si muovono sul versante della disposizione domestica e che dunque sembrano estreme all'obbligo di rispetto della norma eurounitaria per come interpretata dalla Corte di Giustizia costituiscono il vero banco di prova sul quale misurare il significato del rinvio pregiudiziale.

Sull'efficacia del rinvio pregiudiziale, facoltativo od obbligatorio che sia, particolarmente illuminanti sembrano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 28 giugno 2007 nella causa C-262/06, *Deutsche Telekom AG*, ove si chiarisce che il rinvio pregiudiziale «lungi dal costituire un interrogatorio in cui un giudice si limita a formulare quesiti aspettando che l'altro giudice gli fornisca una risposta, si presenta come *un autentico dialogo*, una conversazione in cui i partecipanti esprimono le loro considerazioni, sebbene l'ultima parola, per ragioni istituzionali e di uniformità del sistema, spetti ad uno solo di essi, che impone la propria opinione tenendo conto del parere degli altri».

⁴⁵ Ed infatti, nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, occorre ricordare che, secondo Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.* (Racc. pag. I-5357, p. 39), il diritto eurounitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di tale direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni. Anzitutto la direttiva deve avere lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli. Deve essere poi possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della detta direttiva. Infine deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro e il danno subito (v., in tal senso, Corte giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, Racc., I-3325, p- 27).

E' dunque la stessa Corte di Giustizia a riconoscere che il sistema introdotto per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali basato su un dialogo tra giudici, il cui avvio si basa interamente sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale -Corte giust. 16 dicembre 2008 C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, pp.90 e 91-.

Come osserva l'Avvocato Generale Poiares Maduro nelle Conclusioni presentate il 22 maggio 2008- causa C-210/06- la possibilità, per un organo giurisdizionale di grado inferiore in ogni Stato membro, di interagire direttamente con la Corte di giustizia è essenziale ai fini dell'uniforme interpretazione e dell'effettiva applicazione del diritto comunitario.

Attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice nazionale diventa parte di una discussione di diritto comunitario senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali, le quali nemmeno possono limitare od opporsi a tale scelta, anche se strutturate in posizione gerarchica superiore rispetto al giudice che intende sollevare il rinvio.

Estremamente significative appaiono, altresì, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, ove si intravede nel dialogo pregiudiziale uno strumento straordinario per il «rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia».

Ciò che, in definitiva, significa valorizzare il ruolo fondamentale dei giudici nazionali nello spazio costituzionale europeo⁴⁶.

E' dunque la giurisdizione «in quanto potere basato sull'indipendenza sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie» a godere di «una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto». Per questo «...L'autorevolezza dell'ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziaria. Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell'Unione grazie ai giudici nazionali».

Ed è sempre Ruiz-Jarabo Colomer a sottolineare che «grazie al dialogo tra giudici sono stati definiti, uno ad uno, i tratti genetici del nuovo ordinamento: l'effetto diretto, il primato del diritto comunitario, la responsabilità, l'effettività, l'equivalenza e molti altri principi che articolano il sistema giuridico dell'Unione ».

La valenza straordinaria del dialogo pregiudiziale emerge, ancora una volta, dalle parole dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, quando egli affermava che «la giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l'autonomia istituzionale degli Stati membri».

Convincente appare, così, Ruiz-Jarabo Colomer quando ritiene che è proprio il

⁴⁶ Scoditti, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma 22-24 giugno 2009, sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali", in www.csm.it:<<Il giudice dell'ordinamento integrato, ancor prima dell'essere il prosecutore di una tradizione interpretativa, è un giudice tessitore. E' colui che tesse la rete normativa, che ne sonda le giunture, che articola normativa interna e disposizione comunitaria, consapevole che la chiave del precetto interno risiede nella sua origine comunitaria>>.

rinvio pregiudiziale ad alimentare il *dibattito giudiziario europeo*. E sotteso a tale rinvio non è il desiderio della Corte di giustizia di esercitare un controllo sull'affluenza di procedimenti sottoposti alla sua giurisdizione quanto l'intenzione di rispettare e mostrare una certa deferenza nei confronti della concezione della funzione giurisdizionale in ciascuno Stato membro. In questa direzione milita, del resto, la possibilità del giudice nazionale di sollecitare nuovamente il rinvio pregiudiziale per indurre la Corte di giustizia a rimeditare la soluzione offerta rispetto ad una questione⁴⁷. Sembrano dunque essere quelle sopra esposte le ragioni che inducono la Corte di giustizia ad attribuire al giudice nazionale il ruolo di "giudice comunitario di diritto comune" -senza obbligarlo al rinvio pregiudiziale-.

In questa direzione si pongono le conclusioni rese dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-14/08, *Roda Golf & Beach Resort SL*, ove si sottolinea che «Il rinvio pregiudiziale si articola come una cooperazione tra giudici, finalizzata alla ricerca di una soluzione uniforme che sia adatta al caso concreto e alla necessità di coerenza dell'ordinamento comunitario. Tale strumento instaura pertanto un rapporto costruttivo *da giudice a giudice* e non *da caso a caso*»-p.52-.⁴⁸

Affermazioni, queste ultime, che emarginano la metafora della "piramide" tra Corte comunitaria e giudice nazionale, invece facendo emergere i tratti, misti, di autonomia, volontarietà, bidirezionalità e dipendenza sistematica che disegnano tale rapporto al quale rimane così estranea la logica dei vincitori e dei vinti⁴⁹.

Certo, tratti in parte diversi assume il sistema dei rapporti fra giudice di ultima istanza e la Corte UE che meno interessa la platea dei giudici di merito e sulla quale è comunque opportuno riflettere anche in questa occasione.

La *ratio* principale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ora disciplinato dall'art.267 3^a par.TFUE è quella di impedire il formarsi o il consolidarsi di una giurisprudenza nazionale che rechi errori di interpretazione o un'erronea applicazione del diritto comunitario⁵⁰.

Tale obbligo è commisurato alla posizione strategica di cui godono le corti supreme negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, nel rispetto del loro tradizionale ruolo di unificazione del diritto, dette corti sono tenute ad assicurare il rispetto, da parte degli altri giudici nazionali, della corretta ed effettiva applicazione del diritto comunitario. Inoltre, esse si occupano degli ultimi ricorsi destinati a garantire la tutela dei diritti che il diritto comunitario conferisce ai singoli⁵¹.

⁴⁷V. Corte giust., 28 aprile 1998, causa C-116/96, *Reisebüro Binder* – in Racc. pag. I-1889- punto 8:<< «nei limiti fissati dall'art. 234 CE spetta quindi ai soli giudici nazionali decidere del principio e dell'oggetto di un eventuale rinvio alla Corte e spetta del pari a questi soli giudici stabilire se si ritengono sufficientemente illuminati dalla pronuncia pregiudiziale emessa su loro domanda o se ritengono necessario adire nuovamente la Corte».

⁴⁸ V. anche Corte di giustizia 25 giugno 2009, n. C-14/08. Conf. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Milano, 2003, 319.

⁴⁹ Ahdieh, *Between Dialogue and Decree: international Review of National Courts*, in *New York University Law Review*, 2004, 2029 ss., reperibile anche all'indirizzo <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=emorylwps.Ferrarese>, *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in www.bepress.com ed in www.europeanrights.eu.

⁵⁰ Corte giust. 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal Transports* (Racc. pag. I-8151, punto 29).

⁵¹ Concl. Avv. Gen Yves Bot presentate il 24 aprile 2007 nella Causa C-2/06.

Secondo la Corte comunitaria-sentenza 6 ottobre 1982, *Cilfit* e a. - i giudici nazionali le cui decisioni non possono costituire oggetto di ricorso giurisdizionale di diritto interno «sono tenuti, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essi, ad adempiere il loro obbligo di rinvio, salvo che non abbiano constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi»

Di ciò si ha la misura esaminando l'ipotesi "limite" che la stessa giurisprudenza di Lussemburgo –sentenze *Kobler* e *Traghetti del Mediterraneo* - ha ammesso, facendo risalire allo Stato la responsabilità per violazione di ultima istanza ascrivibile al giudice nazionale di ultima istanza che non si è avvalso del rinvio pregiudiziale.

Nella prospettiva disegnata dalla Corte di giustizia «un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario», per cui la violazione di tali diritti prodotta da una decisione non più impugnabile impone la responsabilità dello Stato proprio per evitare che i singoli siano privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti (Corte di giustizia 30 settembre 2003, n. C-224/01 *Kobler c. Repubblica d'Austria* p.34).

In questa visuale il rinvio pregiudiziale ex art.234 par. 3 CE -ora art.267 par.3 TFUE-costituisce al contempo *obbligo* e misura della responsabilità, se è vero che la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale viene dalla stessa Corte individuata come una delle condizioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili- (p.51 sent. *Kobler*).

4.4 Rinvio pregiudiziale ed interpretazione del diritto UE.

La funzione primaria della Corte di Giustizia è quella di fornire al giudice remittente l'interpretazione della norma eurounitaria con efficacia generalmente indicata come *erga omnes*.

L'impatto dei diritti fondamentali nell'ordinamento eurounitario ha tuttavia determinato in questi ultimi tempi una tendenza a modificare l'ambito del rinvio, chiedendo a più riprese i giudici remittenti una valutazione in termini di compatibilità della normativa interna con il diritto eurounitario e con i diritti fondamentali o libertà ivi sanciti. Tale tendenza ha determinato, secondo la dottrina una vera e propria modifica del ruolo del giudice di Lussemburgo, sempre più richiesto di operare risposte volte a verificare la legittimità costituzionale delle disposizioni domestiche⁵². In tale prospettiva, si sollecitano alla Corte valutazioni in ordine al fatto che una disposizione UE *osti* o *non osti* alla normativa interna.

⁵² Nucera, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia ed ordinamento tributario interno*, Padova, 2010, 68 ss.

5. Perché serve al giudice nazionale comprendere il significato della tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Appare, si diceva, doveroso chiarire, a pena di essere fraintesi, che quanto si è andato qui riferendo non vuole in alcun modo costituire la base per giustificare operazioni di chiusura dei sistemi, avendo anzi più volte espresso il convincimento che proprio l'esistenza di un sistema di tutela multilivello può e deve favorire operazione di sempre maggiore implementazione dei diritti fondamentali, purché ciò si realizzi non confondendo i piani di indagine.

In altri e più chiari termini, sembra necessario che il sistema di protezione dei diritti deve essere realizzato ed attuato nel pieno rispetto delle regole che vigono all'interno di ciascun sistema, senza che ciò impedisca un confronto creativo tra i sistemi diversi che, dialogando fra loro, possono appunto realizzare al loro interno meccanismi di tutela che vanno avvicinandosi a quelli previsti da analoghe disposizioni contenute in altri sistemi.

Il che val quanto dire che il *dialogo* fecondo prodotto dal confronto fra Carte e Corti non è affatto limitato o contratto dal rispetto delle regole fra i diversi sistemi, anzi trovando proprio in questo rispetto delle regole la propria forza e la propria legittimazione.

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

Si è fatto cenno, all'inizio di queste riflessioni, alla necessità di conoscere le regole di ciascun sistema in ordine al contenuto dei diritti fondamentali nello stesso contemperati.

Tale necessità è di estremo interesse, non apparendo ancora oggi chiaro quali sono i rapporti fra diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza⁵³- al cui interno si distinguono i diritti, le libertà ed i principi-, quelli inquadrabili nell'ambito dei principi generali, ed ancora quelli di matrice convenzionale.

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

Rispetto a questo problema può essere utile chiarire taluni aspetti.

Se infatti non par dubbio che la Carta ha assunto lo stesso rango dei Trattati si impone, prima di ogni altro al giudice nazionale, il tema della eventuale non applicazione della norma interna contrastante con tali *principi generali dell'ordinamento comunitario* che pure prende in considerazione il Trattato sul

⁵³ Un primo problema si pone in ordine all'efficacia temporale della Carta di Nizza, la stessa non potendosi applicare alle fattispecie sorte prima della sua acquisita vincolatività. Epperò, v. puntualmente, V.Concl. Avv. Gene. TRSTENJAK presentate l'8 settembre 2011, causa C-282/10, *Maribel Dominguez*, p.73: "...Così facendo si trascurerebbe però che il giudice dell'Unione le ha riconosciuto un'importanza determinante nell'interpretazione del diritto dell'Unione ben prima della sua incorporazione formale nell'ordinamento dell'Unione. Il ricorso alla Carta come ausilio interpretativo non può essere messo in discussione, tanto più che rafforza quei diritti che sono riconosciuti da una molteplicità di strumenti del diritto e che si desumono dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, tanto da poter essere considerati, in definitiva, espressione di un sistema di valori condiviso a livello europeo."

funzionamento dell'Unione europea, anche se sul punto sembra necessaria quale precisazione di ordine sistematico.

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

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

Ha dunque preso corpo una tripartizione che parrebbe segnare, all'interno del catalogo, una netta scissione fra "*diritti*" e "*libertà*" che *chiunque* può direttamente fare valere nei confronti delle autorità comunitarie ed interne e meri "*principi*" che non varrebbero cioè a tutelare situazioni soggettive preesistenti ma che, piuttosto, si rivolgerebbero direttamente alle autorità dell'Unione e nazionali perché queste vi si conformino nell'esercizio delle rispettive competenze legislative o esecutive⁵⁴.

Malgrado tale catalogazione è stato messo per tempo in evidenza dalla dottrina il carattere *unificante* della Carta, realizzato attraverso la sussunzione dei diritti, delle libertà e dei principi nell'unico *genus* dei *diritti fondamentali*.

Sicché la precisazione finale per cui "l'Unione, riconosce *i diritti, le libertà e i principi* enunciati in appresso" sembra dimostrare che l'intero contenuto della Carta, anche nella parte in cui si parla di *principi*, va sussunto nella categoria dei diritti fondamentali, intesa in un'accezione diversa da quella classica, basata su valori-dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia- aggiornati alle nuove esigenze della collettività.

Tanto sembra emergere dall'art.51 della Carta-...*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati- e, soprattutto, dall'art.52 par.5 e par.6- Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro*

⁵⁴ Cfr. Concl.Av.v.Gene.VERICA TRSTENJAK presentate l'8 settembre 2011, **causa C-282/10, Maribel Dominguez, p.77:** "... Conformemente a questo sistema di tutela differenziato, spesso le norme che contengono unicamente «principi», poiché l'art. 52, n. 5, prima frase, della Carta vincola principalmente il legislatore alla loro attuazione, stabiliscono che la tutela viene garantita soltanto «nella misura prevista dal diritto dell'Unione o dalle leggi e prassi nazionali». Una caratteristica essenziale dei principi è, infatti, che di frequente la loro applicazione presuppone l'adozione di provvedimenti di attuazione che, d'altronde, possono essere emanati soltanto in conformità della ripartizione delle competenze stabilita nei Trattati e nel rispetto del principio di sussidiarietà. Il fatto che i principi necessitino, per poter essere operativi, di interventi normativi e organizzativi dell'Unione e dei suoi Stati membri emerge con chiarezza dall'espressione «ne promuovono l'applicazione», contenuta nell'art. 51, n. 1, seconda frase, della Carta, riferibile anche ai principi."

rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta- al quale si aggiunge, al par.7, che "I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta"- e dal preambolo alla Carta medesima-la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea-.

Orbene, proprio con riferimento a dette Spiegazioni, nella versione allegata al momento del deposito della Carta si specificava, a commento dell'art.52, che lo stesso "mira a fissare la portata dei diritti e dei principi della Carta e a definire norme per la loro interpretazione, poi aggiungendosi che "Il paragrafo 5 chiarisce la distinzione fra «diritti» e «principi» sancita nella Carta.

In base a tale distinzione, i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia ..., sia con l'approccio ai «principi» negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34."

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

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

Fatte queste necessarie premesse e incentrando per ora l'analisi sull'efficacia dei *principi generali*, le difficoltà nascono dall'inquadramento stesso della nozione di principi generali dell'ordinamento dell'Unione, trattandosi di nozione *tutt'oggi controversa*⁵⁵.

Come ha osservato l'Avvocato Generale Trstenjak nelle conclusioni presentate il 30 giugno 2009 nella causa C-101/08, *Audiolux*,-rielaborate ed approfondite alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha conferito efficacia giuridica vincolante alla Carta di Nizza- Strasburgo nelle conclusioni rese l'8 settembre 2011 nella causa C-282/10, *Maribel Dominguez*-, "la terminologia non è uniforme né

⁵⁵V.in dottrina, Strozzi, *Il sistema normativo*,in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di Chiti e Greco,Milano, 1997,48 ss..

nella dottrina giuridica né nella giurisprudenza. In parte le divergenze riguardano solo le scelte lessicali, come quando la Corte e gli avvocati generali si riferiscono ad una norma giuridica generalmente ammessa, ad un principio generalmente ammesso, ad un principio giuridico fondamentale, ad un principio fondamentale, ad un mero principio, ad un principio o al principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario.”

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

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

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

Nemmeno si ritiene necessario che i principi in tal modo elaborati siano sempre presenti, con la stessa specifica formulazione assunta a livello eurounitario, anche in tutti gli ordinamenti giuridici oggetto di comparazione⁵⁶.

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

All'interno dei principi generali del diritto dell'Unione sono stati inseriti rilevanti principi dello Stato di diritto, come il concetto di proporzionalità - Corte giust. 9 agosto 1994, causa C-359/92, *Germania/Consiglio*- e quello della chiarezza giuridica-Corte giust.10 giugno 1980, causa 32/79, *Commissione/Regno Unito*-.

In quest’ambito rientrano anche vari principi generali di corretta amministrazione, come quello della tutela del legittimo affidamento - Corte giust.6 luglio 2000, causa

⁵⁶Cfr. Ancora Concl.Avv.Gen. TRSTENJAK presentate il 30 giugno 2009, Causa C-101/08, *Audiolux e a.*, p.70: “... I principi generali si connotano per il fatto di incarnare principi fondamentali della Comunità e dei suoi Stati membri, il che spiega il loro rango di diritto primario all’interno della gerarchia delle fonti dell’ordinamento giuridico comunitario. Di estrema importanza è in particolare la tutela dei diritti fondamentali in senso stretto, elaborata e assicurata sotto questa ampia denominazione dal sistema giurisdizionale comunitario, nonché l’elaborazione di quei diritti processuali equivalenti a diritti fondamentali che, in quanto principi generali dello Stato di diritto, sono stati elevati al rango di diritto costituzionale della Comunità. Fanno pertanto parte dei principi generali anche quei principi che risultano strettamente connessi con i principi su cui si fonda l’Unione europea, quali la libertà, la democrazia, il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e lo Stato di diritto di cui all’art. 6, n. 1, UE, e che da essi derivano. La loro violazione da parte di uno Stato membro può dare avvio al particolare meccanismo sanzionatorio di cui all’art. 7 UE.”

C-402/98, Agricola Tabacchi Bonavicina -, il principio *ne bis in idem*- Corte giust.13 febbraio 1969, causa 14/68, Walt Wilhelm-, il diritto alla difesa - Corte giust. 4 luglio 1963, causa 32/62, Alves -.

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

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

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

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

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

Secondo l'Avvocato Generale Bot- conclusioni Causa C-555/07, *Küçükdeveci*, diverse sono le funzioni dei principi generali, non solo consentendo al giudice comunitario di colmare le lacune che potrebbero presentare disposizioni del diritto primario o derivato, ma anche valendo come strumento interpretativo che può chiarire il senso e la portata di disposizioni del diritto comunitario e come strumento di controllo della validità degli atti comunitari. Di certo l'entrata in vigore della Carta di Nizza non ha eliso la portata e l'efficacia dei principi generali, ora riconosciuti dall'art.6 par.3 Tr.UE, semmai ponendo il tema dei rapporti con i diritti sanciti dalla Carta di Nizza-Strasburgo⁵⁷.

⁵⁷ Concl.Av.v.Gene.VERICA TRSTENJAK presentate l'8 settembre 2011,causa **C-282/10, Maribel Dominguez**, p.127:"...Un principio generale eventualmente riconosciuto dalla Corte sulla base delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono, che in sostanza preveda lo stesso diritto, potrebbe tuttavia continuare a operare in via autonoma, dato che l'art. 6 TUE richiama espressamente e parallelamente sia la Carta che i diritti fondamentali in quanto **principi generali** . Per quanto attiene al rapporto tra i diritti sanciti nella Carta e i diritti scaturiti dai principi fondamentali, da queste disposizioni si può desumere che si trovano su un piano di parità. Di conseguenza, essi possono anche essere applicati in via cumulativa, cosicché al singolo non è fatto divieto di avvalersi della tutela più ampia. Sotto il profilo contenutistico essi dovrebbero comunque in larga misura sovrapporsi, dato che, da un lato, come emerge dai considerando, la Carta dovrebbe riaffermare i diritti derivanti dalle fonti di cognizione del diritto prese in considerazione dalla Corte e, dall'altro lato, costituisce un indizio per il contenuto delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Ciononostante non si può escludere che i diritti fondamentali che traggono origine dai **principi generali** del diritto e che si sono poi ulteriormente sviluppati presentino un ambito di tutela più ampio rispetto a quelli contenuti nella Carta."

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

Se infatti non pare discutibile l'utilizzazione dei principi in funzione di canone d'interpretazione del diritto nazionale, appare più delicato individuare linee chiare ed univoche sulla capacità del principio generale di determinare la (mera) disapplicazione della norma nazionale con esso contrastante e dunque un mero *effetto di esclusione* o, addirittura, di valere come elemento immediatamente vincolante e prevalente - dotato quindi di efficacia diretta- sulla norma nazionale con esso contrastante -e dunque resa inoperante-.

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

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

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

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

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

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

disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.

Quanto appena affermato assume particolare significato se si considera che esso giunge dopo le aspre critiche espresse alla sentenza *Mangold* dalla dottrina⁵⁸ e da alcuni degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia i quali non avevano mancato di evidenziare la situazione peculiare nascente dal riconoscimento ai principi generali di un effetto analogo a quello riconosciuto nella sentenza *Mangold*⁵⁹.

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

7. Il livello più elevato di tutela dei diritti fondamentali.

Orbene, il *self-restraint* del giudice di Lussemburgo a proposito della non operatività dei diritti fondamentali di matrice eurounitaria in ambiti ad esso esterni, come anche la scelta di non interferire nei rapporti ordinamento nazionale CEDU –salvo a vedere il contenuto della regolamentazione della futura adesione dell'UE alla CEDU- sembra assolutamente corretto e non esclude, in alcun modo, che quello stesso giudice utilizzi la CEDU, la interpreti e ne faccia un uso accorto all'interno delle questioni nelle quali viene in gioco il diritto UE.

Allo stesso modo, non opererebbe in modo corretto il giudice nazionale che, chiamato a considerare la portata di un diritto tutelato a livello nazionale da una disposizione costituzionale si limitasse a fornire un lettura di tale disposizione senza considerare il livello di protezione raggiunto da un diritto avente medesimo contenuto anche se posto su un piano di tutela diverso- ad esempio quello eurounitario-. Questo *tenere in considerazione* il contenuto dei diritti contemplati in Carte internazionali operanti anche al di fuori dei loro ambiti di operatività sembra

⁵⁸ Conclusioni Avvocato Generale Causa Sharpston C-427/06, Birgit Bartsch, p.31: "... La sentenza *Mangold* ha attirato una serie di critiche da parte della dottrina. Il punto focale di dette critiche è che la Corte (autonomamente, senza giustificato motivo e contro il volere del legislatore comunitario) avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un'efficacia orizzontale, facendo un richiamo innovativo ad un principio generale di diritto comunitario. Di conseguenza, secondo numerosi autori, la Corte avrebbe indebolito la funzione dell'effetto diretto. La sentenza è stata inoltre criticata per aver indotto una situazione di notevole incertezza giuridica.

⁵⁹ Conclusioni Avvocato Generale JÁN MAZÁK presentate il 15 febbraio 2007 nella causa C-411/05, Félix Palacios de la Villa ,p.137 ss. Ci si troverebbe in una situazione problematica, tuttavia, qualora tale concetto dovesse essere praticamente rovesciato accordando ad un principio generale di diritto comunitario, il quale, come nel presente caso, si può ritenere espresso in specifiche norme comunitarie, un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme, o indipendentemente da esse. Un simile approccio non solo solleverebbe gravi preoccupazioni in materia di certezza del diritto, ma metterebbe anche in questione la ripartizione dei poteri tra la Comunità e gli Stati membri, nonché l'attribuzione delle competenze ai sensi del Trattato in generale. Si deve in proposito ricordare che l'art. 13 CE ha esplicitamente riservato al Consiglio il potere, agendo ai sensi della procedura prevista in tale articolo, di prendere i provvedimenti opportuni per combattere, tra l'altro, le discriminazioni fondate sull'età – cosa che esso ha ritenuto di fare attraverso una direttiva. A mio avviso, pertanto, i limiti intrinseci a tale specifico atto comunitario, in particolare con riferimento all'effetto diretto orizzontale, non possono essere aggirati ricorrendo ad un principio generale. Sulla base di tutte le considerazioni svolte ritengo che, qualora il divieto di discriminazione per ragioni di età contenuto nella direttiva 2000/78 o, eventualmente, in un corrispondente principio generale del diritto comunitario, sia interpretato nel senso che esso osta ad una norma nazionale come la DTU, il giudice nazionale non sia tenuto a disapplicare detta norma."

operazione dovuta da parte dell'interprete nazionale proprio in ragione della natura *aperta* della Costituzione rispetto al tema dei diritti fondamentali. Si tratta, allora, di trovare delle *regole* che, al pari di quelle che disciplinano il modo di essere di ciascun sistema regolano i rapporti fra i sistemi medesimi. Il terreno, indubbiamente, non è lineare.

In prima approssimazione, sembra potersi dire che questa apertura verso l'esterno dei sistemi (interno, eurounitario, CEDU- costituisce la costante dei diritti fondamentali che trovano nella Costituzione, Carta di Nizza e nella CEDU la loro *sedes materiae* proprio sulla base di "regole" ben scolpite all'interno di ciascun sistema- artt.2,10 e 11 Cost., art.53 CEDU, artt.52 e 53 Carta di Nizza-Strasburgo-.

In questa prospettiva si spiegano, allora, le operazioni di *travaso* che rendono quasi inconsapevolmente possibili operazioni d'innalzamento dei livelli di tutela dei diritti fondamentali che trovano specifica giustificazione e legittimazione all'interno di ciascuna delle Carte dei diritti di cui qui si discute, bastando all'uopo ricordare, quanto ai diritti costituzionali, quanto affermato da Corte cost.n.317/2009, e quanto alla Carta di Nizza Strasburgo ed alla CEDU gli articoli 53 di ciascuna di tali Carte⁶⁰.

Ma, in conclusione, si tratta di operazioni ermeneutiche che presuppongono una chiarezza di base sulle regole dei sistemi che vengono comunque ponendosi su un unico piano innanzi all'interprete e che una volta isolate secondo le regole proprie del sistema cui pertengono dovranno poi necessariamente incrociarsi, confrontarsi, rimodularsi nel fatto concreto ed indirizzandosi verso livelli più elevati di tutela dei diritti fondamentali.

Mette in proposito conto ricordare che l'art.6 par.2 TUE ha previsto che "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del Titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

Si tratta, a ben considerare, di una dizione che si muove in sintonia con quella che compare nel Preambolo alla Carta, ove viene precisato che "la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del Praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del Praesidium della Convenzione europea". Formula alla quale fa da *pendant* l'art.52 par.7 della Carta, secondo il quale " I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali."

⁶⁰ V. da ultimo, il *considerando 40* della ricordata Dir.sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, ove si afferma "...La presente direttiva stabilisce norme minime. Gli Stati membri possono ampliare i diritti previsti dalla presente direttiva al fine di assicurare un livello di tutela più elevato anche in situazioni non espressamente contemplate dalla presente direttiva. Il livello di tutela non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo."

I temi sopra accennati trovano ampio spazio negli artt.52.3, 53 e 54 della Carta di Nizza.

La prima disposizione, occupandosi direttamente dei rapporti fra Carta e CEDU, prevede che "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa." Si chiarisce, così, in tal modo un parametro che non consente di scendere al di sotto della tutela apprestata dalla CEDU - e dal suo diritto vivente- per le ipotesi di identità fra i diritti tutelati nei due strumenti.

Non viene tuttavia, espressamente regolato da tale previsione il caso di non perfetta coerenza fra i diritti tutelati nella Carta e nella CEDU.

In questo caso, può farsi ricorso all'art.53 della Carta di Nizza - Strasburgo, introdotto per sancire il principio che il livello di protezione offerto dalla Carta non potrà in alcun caso essere inferiore a quello garantito dalla CEDU.

La centralità della CEDU e dello stesso organo giurisdizionale di Strasburgo ivi incardinato trova così nel cennato articolo formale e formidabile riconoscimento.

Non può dunque disconoscersi che l'art.53, nell'impianto della Carta di Nizza-Strasburgo, assume rilievo fondamentale nella tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione europea, come non ha mancato di sottolineare il Parlamento europeo⁶¹, al cui interno si guarda con favore all'articolo 53 della Carta, "... che permette alla CGCE di approfondire la propria giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, conferendo loro un fondamento giuridico, elemento essenziale nella prospettiva dello sviluppo del diritto dell'Unione europea".

Del resto, la finalità che ha indotto i redattori della Carta ad introdurre l'art.53 sembra proprio essere stata quella del depotenziamento dei possibili conflitti fra Corte di giustizia e Corte di Strasburgo, realizzato attraverso il ricorso al canone dell'interpretazione che, in un sistema di tutela dei diritti umani multilivello per come si va delineando, si dimostra l'unico in grado di realizzare un'armonica gestione dei diversi cataloghi - nazionali e non - dei diritti umani.

Si coglie, peraltro, nello stesso art.53 della Carta di Nizza-Strasburgo uno specifico riferimento alla protezione offerta dalle Carte costituzionali nazionali, se appunto si considera che per tale disposizione "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle *costituzioni degli Stati membri*."

⁶¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008 (Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008 (2007/2145(INI)), in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//IT>.

Se ci si ferma, dunque, ad un'analisi quasi letterale dell'art.53 si potrebbe così avere l'impressione che la carica di armonizzazione correlata al richiamo della CEDU subisce, in effetti, pesanti condizionamenti, non potendosi mai oltrepassare, nell'affermazione dei diritti sanciti dalla Carta, "i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" riconosciuti "anche" dalle Costituzioni degli Stati membri che finirebbero così per assurgere a fonte prevalente⁶².

E sempre seguendo quest'impostazione si dovrebbe finire col riconoscere che anche la Carta di Nizza - Strasburgo non ha potuto fare a meno di legittimare quella teoria dei c.d. controlimiti che alcune Corti costituzionali europee - fra le quali quella italiana- hanno coniato per comprimere il "primato" del diritto comunitario⁶³, nel tentativo, più o meno dichiarato, di costituire un fortino per salvaguardare le "fondamenta" dei singoli Stati dai diritti di matrice sopranazionale- ancorché classificati come *fondamentali*-.

Il nodo può sembrare "gordiano" e "conflittuale" ⁶⁴, ma è meno astruso e complicato di quanto possa sembrare, se si abbandona non solo l'idea di governare i diritti fondamentali ricercando il *primato* dell'una fonte sull'altra, ma anche una prospettiva fondata su una davvero improbabile "scala" fra le fonti - nazionali e sovranazionali - che contemplano e contengono i diritti fondamentali.

Occorre infatti seguire l'impostazione autorevolmente e ripetutamente espressa negli anni da numerosi studiosi⁶⁵ rifacendosi, in particolare, a quanto esposto da Antonio Ruggeri, alle cui parole nulla sembra doversi e potersi aggiungere quando Egli auspica "... una cultura - ché di questo in fin dei conti si tratta - del reciproco, paritario rispetto delle Costituzioni (e, perciò, delle Corti), ed anzi della vera e propria integrazione e riduzione ad unità, nei fatti interpretativi, delle Costituzioni stesse" e poi aggiunge: <<...Il terreno elettivo sul quale porre mano all'edificazione di quello che ho altrove chiamato il nuovo *ordine "intercostituzionale" in fieri* è dato dal riconoscimento e dalla tutela dei diritti fondamentali (che poi, non si dimentichi, costituiscono proprio la parte più genuinamente espressiva, emblematicamente riassuntiva dell'intera tavola dei principi fondamentali costituzionali: si potrebbe dire, il *nucleo del... "nucleo duro"*). Si tratta, in altri termini, di agevolare la formazione di vere e proprie consuetudini interpretative, idonee a consolidarsi dunque in "indirizzi" stabili di produzione-interpretazione giuridica, in forza dei quali gli enunciati costituzionali, in ambito europeo come pure in ambito nazionale, si volgono naturalmente gli uni verso gli

⁶² AMIRANTE, *I diritti umani fra legislazione e giurisdizione*, in *La protezione dei diritti fondamentali*, a cura di GAMBINO, Milano, 2004, 183; SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia CE e la tutela dei diritti fondamentali*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di FALZEA, SPADARO, VENTURA, Torino, 2003, 345 osserva giustamente che per effetto dell'art.53 della Carta "il diritto disciplinato da differenti testi normativi dovrebbe essere tutelato laddove trova le garanzie più intense".

⁶³ V. sul punto l'analisi di CARTABIA, *Commento all'art.53*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, Bologna, 2001, 364.

⁶⁴ GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in <http://users.unimi.it/gruppodipisa2008/relazioni/guazzarotti.pdf>. V. anche, di recente, idem, *Espropriazioni illegittime e tutela multilivello della proprietà: prospettive costituzionali*, *Studium juris*, 2011, Vol. 5, 509-517.

⁶⁵ BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it .

altri, alimentandosi e rinnovandosi reciprocamente di senso (in modo circolare, appunto), e tendendo alla più ampia espansione e realizzazione, al servizio dei diritti di singoli e gruppi ed al fine del loro massimo, alle condizioni storicamente date, appagamento. Il che vale come dire che nell'uno come nell'altro ordinamento sono sollecitate a prendere corpo delle pratiche *d'interpretazione doppiamente conformi* - come ho ritenuto di doverle altrove chiamare - che metodicamente e teoricamente s'ispirino al principio della mutua "apertura", del reciproco "fondamento">>⁶⁶.

E' lo stesso Ruggeri a cogliere anche nell'art.53 della Carta di Nizza una conferma alla tesi appena ricordata, allorché riconosce che "V'è una sorta di "metaprincipio" o "metacriterio" ordinatore, un'autentica *Grundnorm* fondativa sia delle dinamiche interne ad un ordinamento dato che di quelle a carattere interordinamentale, siccome idonea a presiedere alla combinazione dei principi fondamentali ed alle loro varie applicazioni ai casi, un *principio sui principi* insomma, peraltro codificato, seppure in modo, a mia opinione, improprio (così, ad es., nella Carta di Nizza), che consiste nella ricerca e conseguente applicazione della disciplina idonea ad appagare *nel modo più intenso* i diritti fondamentali: non importa, poi, qual è l'ordinamento che l'appresta"⁶⁷.

Occorre dunque concludere che l'articolo 53 della Carta di Nizza-Strasburgo intende affrontare il tema del coordinamento fra fonti nazionali e sovranazionali che regolamentano diritti e libertà fondamentali facendo espresso ricorso al canone interpretativo- in piena sintonia con l'interpretazione dell'art.53 CEDU fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁸- in esso individuando un meccanismo capace di favorire un'osmosi fra i diversi cataloghi dei diritti⁶⁹, ma anche di salvaguardare la protezione più approfondita che un valore può avere in uno strumento diverso dalla Carta e dunque il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa⁷⁰. In definitiva, la protezione offerta dalla Carta (deve) cedere rispetto a quella offerta dalla CEDU per come interpretata dalla Corte di Strasburgo e può risultare recessiva anche rispetto alla maggior protezione eventualmente riconosciuta dalle Costituzioni nazionali- impregiudicata la possibilità di attribuire diritti maggiori di quelli tutelati dalla CEDU (art.52)⁷¹.

Ciò perché la tutela multilivello non esclude che ciascun sistema nazionale sia caratterizzato da una migliore tutela di quei diritti fondamentali che costituiscono il suo patrimonio costituzionale, anzi orientandosi verso una costante interazione che appunto alimenta la sussidiarietà tra i diversi sistemi, l'uno potendo soccorrere in

⁶⁶ RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶⁷ RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶⁸ V. infatti, PUSTORINO, *op.ult.cit.*,744.

⁶⁹ Del resto, giova ricordare che la Corte di giustizia è ferma nel ritenere che quando una norma di diritto derivato comunitario ammetta più di un'interpretazione, si deve dare prevalenza a quella che rende la norma stessa conforme al Trattato CE rispetto a quella che conduca ad una conclusione incompatibile col trattato stesso(corte giust.13 dicembre 1983, causa C-218/82,*Commissione c. Consiglio*,in *Raccolta*, p.4063, p.15;Corte giust.10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*,in *Raccolta*, 1996,I,3989, p.52.

⁷⁰ CARTABIA, *Commento all'art.53*, *cit.*, 344.

⁷¹ V.sul punto SPADARO, *Una (sola) Corte per l'Europa*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, *cit.*,558.

caso di fallimento dell'altro⁷². Ma questo imporrà di considerare che la protezione della Carta di Nizza-Strasburgo, ove capace di offrire una tutela peggiore rispetto a quella delle costituzioni nazionali o della CEDU, non potrà essere tralasciata.

8. Il ruolo della tutela multilivello. L'osmosi fra i sistemi. Dal falso in bilancio - Corte giust. Grande Sezione-3 maggio 2005, Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e altri- al principio della retroattività della *lex mitior*.

La Grande Sezione della Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sui contrasti interpretativi sorti all'indomani dell'approvazione italiana della legge sul falso in bilancio. Pur essendo in atto un processo di revisione della disciplina interna, è qui importante ripercorrere quella vicenda, sfociata nella sentenza *Berlusconi* del maggio 2005, in essa cogliendosi degli elementi decisivi per dimostrare quanto il *processo di circolazione* delle pronunzie delle Corti sovranazionali sia in grado di condizionare il livello di tutela dei diritti fondamentali, a parte ogni questione relativa alla "competenza" dei singoli strumenti istituzionali interni - Carte internazionali, Carte costituzionali, organi legislativi e giurisdizionali -.

Ad investire la Corte sul tema dell'interpretazione della normativa comunitaria relative al diritto societario-breviter 1[^] e 4[^] dir. società- erano stati, come già segnalato in precedenza- v. news n.- i giudici del tribunale di Milano, nell'ambito di alcuni procedimenti penali che vedono coinvolti alcuni noti esponenti del mondo politico ed imprenditoriale ai quali sono state contestate diverse violazioni che la successiva entrata in vigore del d.lgs.n61/2002 aveva eliso del tutto o attenuato dal punto di vista sanzionatorio.

Le domande di pronuncia pregiudiziale vertevano dunque sull'interpretazione dell'art.6 della prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, dell'art-2 della quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società e dell'art.16 della settima direttiva del Consiglio 13 giugno 1983, 83/349/CEE, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati, nonché degli artt. 10 e 44, n. 2, lett. g), Tr.CE.

Le nuove disposizioni nazionali interne- artt. 2621 e 2622 c.c.- avevano infatti introdotto, secondo i giudici *a quo*, un trattamento sanzionatorio nel complesso più favorevole, diminuendo quantitativamente e qualitativamente le pene fino al punto di prevedere la più blanda ipotesi contravvenzionale per i casi di false comunicazioni sociali che non cagionino un danno ai soci o ai creditori.

Orbene, per comprendere appieno il *dictum* del giudice di Lussemburgo, occorre muovere dalle conclusioni rese il 14 ottobre 2004 dall'Avv.Gen.Kokott

⁷² BILANCIA, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, cit.

L'Avvocato generale precisava che l'art. 6 della prima direttiva pone particolare attenzione alla tutela degli interessi dei terzi e al principio della fedele rappresentazione della situazione patrimoniale, di quella finanziaria nonché del risultato economico della società, aggiungendo che tale disposizione impone agli Stati membri di adottare adeguate sanzioni non solo per l'ipotesi in cui i conti annuali non vengano pubblicati per nulla, ma anche per l'ipotesi in cui vengano pubblicati conti annuali aventi un falso contenuto. Quanto all'interpretazione della nozione di "adeguate sanzioni", l'Avvocato generale ricordava che il potere discrezionale riconosciuto ai singoli stati nell'attuazione della direttiva non è illimitato e nella scelta delle sanzioni non è assoluto dovendosi in ogni caso garantire che le sanzioni previste siano dotate dei caratteri *di efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva*, dando rilievo non solo all'interesse dei soci e dei creditori, ma anche all'interesse di altri terzi e alla tutela del loro affidamento su una rappresentazione fedele della situazione patrimoniale, della situazione finanziaria nonché del risultato economico della società. Non poteva essere assolutamente tollerato che, come presuppongono i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, vengano inserite in un conto annuale e poi pubblicate informazioni false *intenzionalmente* nonché *con l'obiettivo di ingannare o di arricchirsi*, anche qualora gli effetti della falsificazione siano quantitativamente minimi. In un contesto del genere, soglie di tolleranza o cause di non punibilità quali previste nei rinnovati artt. 2621 e 2622 apparivano all'Avvocato generale inadeguate a soddisfare il requisito posto dal diritto comunitario di sanzioni efficaci (e anche dissuasive). E se è vero che le due direttive non ostano ad una normativa nazionale secondo cui è esclusa la punibilità delle false comunicazioni sociali, quando queste non alterino in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società o del gruppo di imprese, a meno che il fatto sia stato commesso intenzionalmente e con l'obiettivo di ingannare o di arricchirsi, tale normativa impediva tuttavia una normativa nazionale secondo cui la punibilità delle false comunicazioni sociali sia sempre esclusa - senza valutare complessivamente tutte le circostanze del caso concreto - quando le falsità o le omissioni determinano una variazione che non superi una determinata percentuale del valore corretto. Sempre secondo tale prospettiva il quadro comunitario ostava ad una disciplina relativa alla prescrizione secondo la quale non sia prevedibile, o lo sia solo raramente, un'effettiva irrogazione delle sanzioni comminate.

Infine, veniva affrontato il delicato tema dell'applicazione retroattiva della legge penale conforme al diritto comunitario per effetto della disapplicazione della norma penale successiva più favorevole. Tale questione veniva risolta in modo analogo a quella affrontata nelle conclusioni rese - anche in quest'occasione dall'Avv. Gen. Kokott - in una vicenda italiana in cui veniva addebitata ad un soggetto la responsabilità penale per una condotta di trasporto di rifiuti già prevista come reato da una legge modificata *in melius* da una normativa sopravvenuta al fatto (concl. 10 giugno 2004, causa C-457/02). In quell'occasione l'Avvocato generale ebbe a precisare che in caso di contrasto della norma sopravvenuta con il diritto comunitario, non sembra esservi alcun motivo per cui

un soggetto debba beneficiare retroattivamente di una valutazione mutata del legislatore nazionale che sia contraria alle prescrizioni di diritto comunitario che perdurino invariate. Piuttosto, la coerenza dell'ordinamento giuridico impone, al contrario, che sia osservata in modo prioritario la normativa comunitaria applicabile, non violando tale conclusione il principio di legalità della pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Le parti private, sull'opposto versante, avevano espressamente eccepito l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali, rilevando che in ogni caso, nelle controversie principali, l'originario art. 2621 del codice civile non poteva essere applicato, poiché il principio dell'applicazione retroattiva all'imputato della legge penale più favorevole, diritto fondamentale facente parte, dell'ordinamento giuridico comunitario, ostava a tale risultato.

La Commissione, per parte sua, contrapponendosi alla posizione degli imputati e collocandosi sulle coordinate espresse dall'Avvocato generale, ha prospettato la piena ricevibilità delle questioni pregiudiziali. Infatti, all'epoca dell'accertamento dei fatti all'origine dei procedimenti penali avviati nei confronti degli imputati nelle controversie principali, tali fatti potevano essere repressi penalmente in base all'originario art. 2621 del codice civile. E se successivamente erano state adottate disposizioni nazionali più favorevoli agli imputati, ma la cui compatibilità con il diritto comunitario viene messa in questione per taluni aspetti, sarebbe spettato al giudice nazionale disapplicarle. In tal caso, pertanto non sarebbe stata la normativa comunitaria a determinare o aggravare la responsabilità penale, dovendosi piuttosto conservare gli effetti della legge nazionale, in vigore all'epoca dei fatti e conforme al diritto comunitario, invece disapplicando una legge successiva più favorevole ma contraria a tale diritto. Ciò in forza del principio del primato del diritto comunitario alla stregua del quale sarebbe vietato applicare disposizioni nazionali nuove più favorevoli all'imputato a fatti anteriori alle stesse, ove tali disposizioni fossero risultate in contrasto con il diritto comunitario perché non sanzionano adeguatamente la violazione delle norme di diritto comunitario.

Fatte queste necessarie premesse, con la pronuncia del 3 maggio 2005 la Grande Sezione della Corte di Giustizia non si allineava sulle posizioni espresse dall'Avvocato generale, anzi ritenendo che in caso di contrasto fra una norma comunitaria in grado di aggravare la penale responsabilità di un soggetto ed una norma interna successivamente sostituita da altra più favorevole non può prevalere, né direttamente né indirettamente, la norma comunitaria se essa ha la veste di una direttiva.

Nella posizione della Corte occorre differenziare l'analisi compiuta sul tessuto normativo comunitario, sostanzialmente in linea con le osservazioni rese dall'Avvocato generale ed in parte dai giudici emittenti, da quella relativa alle conseguenze che una norma penale interna più favorevole introdotta in epoca successiva può produrre sulla responsabilità penale dell'imputato.

Procedendo con ordine, la Corte ha anzitutto confermato che le sanzioni per reati risultanti da falsità in scritture contabili, come quelli previsti dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, mirano a reprimere violazioni gravi e manifeste del principio

fondamentale, derivante dal quarto 'considerando' e dall'art. 2, nn. 3 e 5, della quarta direttiva sul diritto societario, secondo cui i conti annuali delle società a cui si riferisce la detta direttiva devono fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale e finanziaria nonché del risultato economico della stessa.

Per quel che riguarda il regime sanzionatorio previsto all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, la Corte rilevava che la formulazione di tale disposizione fornisce di per sé un indizio nel senso che tale regime deve essere inteso come concernente non solo i casi di un'omissione di qualsiasi pubblicità dei conti annuali, ma anche quelli di una pubblicità di conti annuali non redatti conformemente alle disposizioni previste dalla quarta direttiva sul diritto societario relativamente al contenuto di tali conti.

In tale prospettiva è stato precisato che tale articolo non si limita a prevedere l'obbligo per gli Stati membri di stabilire sanzioni adeguate per mancata pubblicazione del bilancio e del conto profitti e perdite, ma prevede un obbligo di tale tipo per la mancata pubblicazione di tali documenti come prescritta dall'art. 2, n. 1, lett. f), della prima direttiva sul diritto societario. Orbene, quest'ultima disposizione fa espresso riferimento all'armonizzazione prevista delle norme relative al contenuto dei conti annuali, la quale è stata realizzata dalla quarta direttiva sul diritto societario. Anche dall'impianto della quarta direttiva sul diritto societario emerge che il legislatore comunitario ha voluto effettivamente estendere l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alle violazioni degli obblighi contenuti nella quarta direttiva sul diritto societario e, in particolare, alla mancata pubblicazione di conti annuali conformi, quanto al loro contenuto, alle norme previste a tal riguardo. Né la Corte mancò di sottolineare che pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono vigilare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (v., in particolare, sentenze Commissione/Grecia, cit., punti 23 e 24; 10 luglio 1990, causa C-326/88, Hansen, Racc. pag. I-2911, punto 17; 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. pag. I-10155, punto 62, e 15 gennaio 2004, causa C-230/01, Penycoed, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

Restava però da affrontare il tema più spinoso, involgente direttamente i rapporti fra diritto penale interno e norma comunitaria.

Nel ragionamento della Corte ha assunto valenza dirimente l'art. 2 del codice penale italiano, che enuncia il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite ed in forza del quale i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile dovrebbero essere applicati anche se sono entrati in vigore solo successivamente alla commissione dei fatti che sono all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali.

Secondo la Corte quello *dell'applicazione retroattiva della pena più mite* è uno dei canoni fondamentali facente parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

La Corte ha fatto così emergere un ulteriore diritto umano fondamentale all'interno dell'ordinamento comunitario- principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole consacrato negli ordinamenti giuridici nazionali di quasi tutti i Paesi membri, introdotto anche nel diritto comunitario derivato in tema di norme relative alle sanzioni amministrative per irregolarità a danno degli interessi finanziari della Comunità (art. 2, n. 2, del regolamento n. 2988/95) e richiamato nell'art. 49, n. 1, terza frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si pone come sicuro limite alle norme del legislatore sovranazionale ed interno.

A questo punto la Corte ha ricordato che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza, precisando ancora una volta che essa si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito (v., in particolare, sentenze 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 71 e giurisprudenza ivi citata, e 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, Booker Aquaculture e Hydro Seafood, Racc. pag. I-7411, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

Ma una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., in Corr.giur.2005, punto 108).

Ed allora, nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali, la Corte aveva già precisato che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni (v., in particolare, sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 13, e 7 gennaio 2004, causa C-60/02, X, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

Ecco che far valere l'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario al fine di far controllare la compatibilità con tale disposizione dei nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile potrebbe avere l'effetto di escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli.

Ciò perché se i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile dovessero essere disapplicati a causa della loro incompatibilità con il detto art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, ne potrebbe derivare l'applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante, come quella prevista dall'originario art. 2621 di tale codice, durante la cui vigenza sono stati commessi i fatti all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali.

Orbene, secondo la Corte siffatta conseguenza contrasta con i limiti contenutistici di qualsiasi direttiva, non potendo tale strumento normativo avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati.

La conclusione è stata che la prima direttiva sul diritto societario non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati⁷³.

8.1. Alcune considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia del maggio 2005.

Si può quindi ragionevolmente trarre la conclusione che il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno che l'Avvocato generale aveva posto a base delle sue conclusioni, volte a ritenere possibile la disapplicazione della norma interna più favorevole in favore di quella anteriore-conforme al diritto comunitario-trova ostacolo nella particolare natura della fonte normativa che intende armonizzare un determinato settore, rispetto alla quale non è possibile individuare una fonte diretta di obblighi o di aggravamento della responsabilità penale.

Sul punto, le conclusioni espresse dalla Corte di Lussemburgo divergono in modo netto con la posizione dell'Avvocato generale, il quale non aveva ritenuto sussistente quale principio generale del diritto comunitario quello, sancito, dall'art.2 c.p. che impone l'applicazione retroattiva delle legge penale più mite, piuttosto riconoscendo che, secondo le tradizioni costituzionali comuni dei paesi membri, andava riconosciuto quale valore fondante il solo principio *nullum crimen sine poena*.

Ed infatti, l'Avvocato Kokott non aveva certo messo in discussione il principio che dalla direttiva comunitaria non possono nascere diritti a carico dei privati né risultare aggravata la responsabilità penale del cittadino. Egli, però, aveva riconosciuto l'esistenza di due principi fondamentali riconosciuti da quasi tutti gli ordinamenti dell'Unione- *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* e applicazione retroattiva della legge più favorevole - il secondo dei quali deve cedere al primo tutte le volte in cui la norma sopravvenuta sia in contrasto con il diritto comunitario. Se infatti le opinioni del legislatore nazionale, che stanno alla base della legge penale più mite adottata successivamente, sono in contrasto con le

⁷³ Occorre solo ricordare che la Corte costituzionale (orrd.n.196/2007 e 70/2006) ha restituito gli atti ai giudici remittenti che avevano sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine alle norme in tema di falso in bilancio- artt. 2621 e 2622 del codice civile, come sostituiti dall'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 (Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366-, ipotizzando la lesione degli artt. 3, 10, 11 e 117 della Costituzione, nonché all'art. 6 della direttiva 68/151/CEE del 9 marzo 1968 del Consiglio, ritenendo che nelle more dei giudizi di costituzionalità era intervenuta la legge 28 dicembre 2005, n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari), pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 301 del 28 dicembre 2005, il cui art. 30 ha sostituito le norme impugnate, modificando l'assetto delle figure criminose in esame in rapporto a diversi profili investiti dalle censure di costituzionalità (risposta sanzionatoria, impunità dei fatti che restino al di sotto delle «soglie» di rilevanza penale e, indirettamente, prescrizione.

valutazioni del legislatore comunitario che disciplinano un determinato settore, dovrebbe escludersi, secondo l'Avvocato Kokott che la legge adottata successivamente integra una legge penale più mite *applicabile*. Ciò perché "non sembra esservi alcun motivo per cui un soggetto debba beneficiare retroattivamente di una valutazione mutata del legislatore nazionale che sia contraria alle prescrizioni di diritto comunitario che perdurino invariate" -punto 72 concl. causa *Niselli*--. Ed in effetti, proprio in due precedenti la Corte di giustizia sembrava avere riconosciuto la correttezza delle argomentazioni dell'Avv.Kokott.Ed infatti, Corte giust.25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi* e a. (Racc. pag. I-3561) e Corte giust. 11 novembre 2004 ,Causa C-457/02, *Niselli* - in questo Osserv., 2005,___- proprio statuendo sulle eccezioni di irricevibilità formulate dagli imputati che, nei due procedimenti pregiudiziali, avevano assunto l'esistenza di una legge penale più mite, aveva rilevato che l'indiscutibile richiesta di interpretazione del diritto comunitario come formulata dal giudice remittente impediva di poter ritenere irricevibili le questioni.Doveva infatti escludersi l'irrilevanza dell'interpretazione richiesta dal giudice *a quo*, posto che se non poteva dubitarsi che da una direttiva non possono nascere obblighi a carico di un singolo né può essere aggravata la penale responsabilità di un singolo, era parimenti evidente che i fatti per i quali si procedeva nei confronti dell'imputato erano già previsti come reato all'epoca delle condotte dalla legge nazionale.

La svolta espressa dal giudice di Lussemburgo⁷⁴ sembra dunque nascere dalla preoccupazione che il diritto comunitario- oggi eurounitario- possa costituire la valvola di sfogo per sanzionare, direttamente o indirettamente, condotte non punite adeguatamente a livello nazionale.

D'altra parte, i principi espressi nella sentenza in rassegna vanno in parte ricondotti ad una precedente decisione della Corte.

Infatti, Corte giust. 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *Xm*, cit. aveva già affrontato il problema della sanzione delle violazioni del diritto comunitario da parte del giudice nazionale nell'ambito di un procedimento austriaco nel quale la società Rolex, titolare di diversi marchi di orologi, aveva richiesto il sequestro di una partita di orologi contraffatti provenienti da Polonia e Cina ed in transito nel paese austriaco.Il giudice nazionale si era quindi interrogato sulla portata della legge nazionale sulla tutela dei marchi chiedendosi se essa individuava come ipotesi di reato solo l'importazione e l'esportazione di un prodotto contraffatto, facendo salvo il mero transito attraverso il territorio nazionale. In quell'occasione la Corte, ribadendo che spettava al giudice nazionale il compito di interpretare le disposizioni interne in linea con il regolamento comunitario n. 3295/94 che intende sanzionare anche il mero transito, osservava tuttavia che l'applicazione in materia penale del principio d'interpretazione conforme solleva un problema specifico. Tale principio - trova infatti i suoi limiti nei principi generali del diritto. In particolare, dal momento che il regolamento n. 3295/94 attribuisce agli Stati membri il potere di

⁷⁴ -criticata da Alessandri, *Una <<non decisione>> che incide*, in *Ilsole24ore*, 5 maggio 2005,31-

adottare le sanzioni relative alle infrazioni ai comportamenti che quest'ultimo vieta, si deve estendere al medesimo la giurisprudenza elaborata dalla Corte in merito alle direttive, secondo la quale queste ultime non possono avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la loro attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle loro disposizioni. La Corte aveva concluso che se il giudice a quo dovesse ritenere che il diritto austriaco non vieta il mero transito di merci contraffatte, il principio della legalità delle pene, principio generale del diritto comunitario, vieterebbe di sanzionare penalmente un tale comportamento, e ciò nonostante la violazione del diritto comunitario da parte della legge nazionale - in dottrina v. *Porchia, Gli effetti delle direttive e l'interpretazione delle norme penali nazionali: il caso Procura c. X. Dir. Un. Eur. 1997, I, 473*-. In tale prospettiva si dimostra estremamente importante il richiamo espresso dal giudice di Lussemburgo ai principi generali dell'ordinamento comunitario.

Proseguendo una linea interpretativa volta a valorizzare i canoni fondamentali riconosciuti dai singoli ordinamenti interni la Corte, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato sulla Costituzione europea, sembra voler sempre di più circoscrivere la portata del principio del primato laddove siano in gioco valori fondamentali riconosciuti dai singoli Paesi dell'Unione.

Essa intende valorizzare la forza del diritto comunitario offrendo, tuttavia, la copertura a principi fondamentali che, riconosciuti o meno negli ordinamenti interni a livello costituzionale, devono essere comunque preservati, *anche* quando siano messe in discussione le norme comunitarie.

8.2. Il dialogo fra Corti sul principio di retroattività della *lex mitior*: a) Corte cost.n. 393/2006.

Corte cost.n. 393/2006 si è caratterizzata per taluni passaggi ermeneutici capaci di tracciare nuovi percorsi del giudice delle leggi sul tema dei rapporti fra fonti normative interne e diritto sovranazionale.

Orbene, la prospettiva in cui si è posta la Corte costituzionale ci è subito apparsa rivoluzionaria.

Il giudice delle leggi, chiamato a sindacare sulla legittimità di una disposizione che impediva l'applicazione delle norme in tema di prescrizione ai procedimenti che fossero giunti in fase dibattimentale, prende atto del fatto che nell'ordinamento positivo il principio della retroattività della legge più favorevole codificato nel codice penale non ha copertura costituzionale. Ma non ritiene che l'analisi della questione possa esaurirsi alla stregua del diritto positivo interno.

La circostanza che la Costituzione non contempla tale principio non ne elide la portata *fondamentale* alla stregua della regolamentazione che a livello internazionale e comunitario viene riconosciuta al medesimo principio.

E' questa, dunque, la *scoperta* della Corte costituzionale.

In questa prospettiva, le norme contenute nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York e nel Trattato sull'Unione europea diventano strumenti normativi dai quali il giudice costituzionale non può prescindere per

considerare la portata di un precetto interno che trova, in quegli stessi strumenti, un riconoscimento *particolare*.

La circostanza che tali fonti sovranazionali abbiano attribuito una valenza forte a tale principio “incide sul tipo di sindacato che la Corte deve operare quando ad esso la legge voglia derogare”, proclamano i giudici della Corte Costituzionale italiana.

Si tratta, di un’affermazione di sicuro rilievo, nemmeno mitigata dalle successive precisazioni espresse quando si esclude che il contrasto tra una norma interna ed il Patto di New York possa determinare un vizio di costituzionalità.

Infatti, il giudice costituzionale si è immediatamente peritato di chiarire che tale affermazione non impediva di attribuire alle norme contenute nello strumento di diritto internazionale *grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione*.

Con tale postulato il giudice delle leggi prende coscienza della possibilità di una disarmonia fra legge costituzionale interna e strumento internazionale, ma intende sottolineare che l’ipotetico contrasto va mediato attraverso il canone dell’interpretazione della norma costituzionale. E ciò probabilmente fa nella piena consapevolezza che la Corte di giustizia aveva già avuto modo di rilevare che il Patto internazionale sui diritti civili e politici si annovera tra gli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’Uomo di cui la Corte tiene conto per l’applicazione dei principi generali del diritto comunitario⁷⁵

Alla Corte delle leggi va dunque dato il merito di avere creato una piena osmosi fra gli ordinamenti, operando sul piano interpretativo della norma costituzionale, in modo da restringerne o ampliarne la portata e comunque in modo da salvaguardare l’effettività del principio sovranazionale.

D'altra parte, già in passato il giudice delle leggi aveva dimostrato di non trovarsi a disagio nel desumere talune nozioni fondamentali nel diritto dell'Unione europea, facendo ad esempio riferimento alla nozione di concorrenza e traendola, essenzialmente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia-Corte cost. nn. 14/04 e 272/2004-.L'affermazione, che si legge in Corte cost.n.14/04, per cui «...Dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario»⁷⁶ dimostrava, del resto già una certa familiarità del giudice delle leggi con il tema della circolazione dei modelli giuridici.

Orbene, il richiamo alle norme del Trattato dell’Unione Europea che hanno codificato il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950, pure operato da Corte cost.n. 393/2006, è di straordinaria importanza, laddove riconosce alla retroattività della norma penale più favorevole il rango di principio generale dell’ordinamento comunitario, contemplato dall’art.6 del Trattato UE e desunto dal

⁷⁵ v. Corte. Giust. 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento/Consiglio*, in www.curia.eu.int, punto 37; Corte giust. 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem/Commissione*, Racc. pag. 3283, punto 31; Corte giust., 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, Racc. pag. I-3763, punto 68, e 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant*, Racc. pag. I-621, punto 44.

⁷⁶ Così si legge in Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 14.

complesso degli ordinamenti giuridici nazionali e dai trattati internazionali dai quali gli Stati membri sono parti contraenti.

Ed invero, la Corte costituzionale non manca, certo, di ricordare che gli stessi giudici comunitari avevano chiarito che quel principio, nell'ottica della Corte di giustizia, era rilevante per il giudice allorché questi "applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario".

Ma nel sottolineare la portata di principio generale dell'ordinamento comunitario, il giudice delle leggi sembra riconoscerne la valenza ben superiore ed ulteriore rispetto all'ambito eurounitario, comunque capace di operare *anche* se non si discute di settori disciplinati dal diritto sovranazionale.

Ed anche questa affermazione rappresenta un punto fondamentale del ragionamento espresso dalla Corte costituzionale.

Essa, infatti, sembra consapevole che se un principio è radicato nel tessuto ordinamentale di tutti i Paesi europei, lo stesso non può essere accantonato solo perché non si discetta di diritto dell'Unione. In ciò emerge la presa di coscienza che una diversa opzione interpretativa potrebbe creare una sorta di discriminazione alla rovescia, espandendo la tutela per i settori ove opera il diritto comunitario in danno di quelli per i quali non esiste competenza per le Istituzioni comunitarie.

Sembra, così, che il giudice delle leggi, pur pienamente consapevole dei limiti precettivi all'applicabilità del diritto eurounitario a materie che fuoriescono dalla competenza esclusiva o concorrente della Comunità, abbia imboccato un percorso che non mancherà di risultare fecondo.

La Corte non manca nemmeno di ricordare che il principio di retroattività della legge penale più favorevole compare, anche, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza-art.49 par.1-.

Il richiamo a tale strumento, operato dalla Corte nella piena consapevolezza che la Carta, all'epoca priva di efficacia giuridica vincolante, è espressiva di *principi comuni agli ordinamenti europei*, intende ancora una volta ancorare il dato interno - nel quale il principio di retroattività della legge penale *mitior* non assurge a canone costituzionale- ai canoni sovranazionali.

E ciò vien fatto per giustificare un particolare rigore nell'accertare se la legge che non si conforma al principio di retroattività surricordato possa dirsi conforme alla Costituzione ed, in particolare, all'art.3.

In conclusione, il giudice costituzionale, pur non intendendo riconoscere agli strumenti internazionali un valore costituzionale- e dunque pur non operando alcun esplicito richiamo all'art.117 Cost.1[^] comma - sembrava già allora voler tracciare la strada ad un nuovo concetto di sindacato di costituzionalità, aperto alla considerazione non solo del diritto scritto, ma anche del *diritto vivente* promanante dagli organi giurisdizionali sopranazionali, riconoscendone l'ineludibilità anche nell'ambito del giudizio di costituzionale in cui non si discuta espressamente di settori disciplinati dal diritto sovranazionale.

8.3. Corte dir.uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*: il principio della retroattività della legge *mitior approda*, attraverso l'interpretazione conforme della CEDU al diritto internazionale, nel diritto eurounitario e dei Paesi membri. Ancora conferme della circolarità dell'interpretazione conforme.

Un ulteriore tassello verso una chiave interordinamentale del sistema dei rapporti fra le Corti e le Carte dei diritti è rappresentato dalla sentenza *Scoppola c. Italia* resa il 17 settembre 2009 della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se si legge la motivazione ci si accorge che la corte europea, sul principio della retroattività della legge *mitior* ivi (innovativamente) affermato, "capovolge" in modo radicale la propria precedente giurisprudenza⁷⁷ attraverso una nuova interpretazione dell'articolo 7 § 1 CEDU che si dice più conforme allo spirito del tempo, giungendo a considerare come incorporato nel principio *nullum crimen nulla poena sine lege* quello della legge *mitior*.

Il giudice europeo fa questo ragionamento: utilizza la dottrina del "consenso" per dire che l'ormai sedimentato quadro normativo nel diritto internazionale (Statuto della Corte penale internazionale) nei paesi membri - art.2 codice penale italiano; Cassazione francese) ed anche nel diritto dell'Unione europea - ivi compresa la Carta di Nizza-Strasburgo-ed addirittura nel diritto nordamericano (Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo) e delle Nazioni Unite (Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici), induce a ritenere opportuna una certa interpretazione dell'art.7 CEDU che va oltre il significato semantico delle espressioni ivi utilizzate.

In questa prospettiva viene ricordata la sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia *Berlusconi e altri* del 3 maggio 2005 della quale si è detto nel paragrafo precedente- unitamente ad altre pronunzie del giudice di Lussemburgo- ed anche una sentenza della Cassazione francese che aveva a sua volta evocato la vicenda *Berlusconi* sul falso in bilancio. Sottolinea il principio di effettività, coniugandolo con quello della certezza degli 800 milioni di persone soggette alla CEDU.

Per includere nel principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sancito dall'art.7 CEDU quello della *lex mitior* il giudice europeo ricorre, dunque, ad una tecnica argomentativa ben sperimentata, attingendo a fonti esterne alla CEDU ed alla c.d. teoria del consenso.

Poiché infatti la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere.

D'altra parte, se è di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e

⁷⁷ Comm.dir.uomo, 6 marzo 1978, *X. c. Repubblica federale di Germania* -ric.n. 7900/77-, pp. 70-72; Corte dir.uomo, 5 dicembre 2000, *Ian Le Petit c. Regno Unito* (dec.), -ric.n. 35574/97-; Corte dir.uomo, 6 marzo 2003, *Zaprianov c. Bulgaria* (dec.), -ric. n. 41171/98-.

non teoriche e illusorie, solo un approccio dinamico ed evolutivo consente di perseguire un approccio aperto a visioni rinnovate e migliorative della protezione dei diritti umani.

Ecco che l'art.49 della Carta di Nizza, nel prevedere che «se, posteriormente a tale reato, la legge prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata» viene individuato come strumento normativo contenente un principio che faceva parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Non ricorda, però, la Corte europea Corte cost. n.393/2006 sopra esaminata, nella quale il nostro giudice delle leggi, pur non attribuendo valenza costituzionale al principio della retroattività della legge *mitior*, lo aveva riconosciuto esistente nelle fonti sovranazionali ed aveva proprio richiamato la sentenza della Grande Sezione (della corte di giustizia nella causa *Berlusconi* e l'art.49 della Carta di Nizza), fino al punto da farne parametro valevole ai fini del test di ragionevolezza ex art.3 della norma sul regime transitorio in tema di prescrizione.

Ora, al di là delle ragioni del silenzio del giudice europeo sulla pronunzia del giudice costituzionale italiano, la sentenza *Scoppola* rappresenta anch'essa una pietra miliare, capace di rispondere a tanti interrogativi, alcuni dei quali legati ai "confini" del diritto comunitario - e non solo di quello- e dei principi fondamentali" che esso incarna.

Il metodo di Corte cost.n. 393/2006, del quale si è detto sopra, sembra lo stesso utilizzato dal giudice europeo nel caso *Scoppola*. Il richiamo alla sentenza *Berlusconi ed altri* alla Carta di Nizza operato dal giudice costituzionale non è frutto di insana tecnica redazionale volta a saccheggiare principi a bella posta rinvenuti nel sistema, ma è precisa scelta metodologica che, pur consapevole dei *confini* fra i sistemi- sui quali non si può transigere-, valorizza alcuni dati fondamentali comuni, abbattendo steccati apparentemente insormontabili e confermando la natura "vivente" delle - *rectius* di tutte le - Carte dei diritti fondamentali.

Ed ancora, non può non colpire come le giurisdizioni nazionali superiori e sovranazionali- qui Corte dei diritti umani, Cassazione penale francese e Corte costituzionale italiana- dialoghino *a distanza*, seguendo trame alla fine sovrapponibili fondate su un quadro normativo che appare sempre più "comune".

Ed ulteriormente si comprende come la Corte dei diritti umani, nell'evoluzione del suo procedere, utilizza un metodo che ai fini interpretativi la porta ad esaminare oltre la CEDU ed a misurarsi con essa guardando ciò che c'è fuori dalla CEDU.

E' fin troppo agevole, poi, muovere alla Corte quell'accusa di creatività che viene reiteratamente mossa a livello interno rispetto ad interpretazioni rese dalla Cassazione (evocata nel capitolo dedicato alla forza del giudicato interno), come ha cercato di argomentare l'opinione di minoranza⁷⁸.

⁷⁸ V.l'opinione dissenziente del Giudice Nicolaou, condivisa dai Giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajò a proposito dell'interpretazione dell'art.7 CEDU offerta dalla maggioranza, che si sarebbe discostata dal significato testuale della disposizione appena evocata dando luogo ad un'interpretazione "creativa": "... Noi rispettiamo tutte le norme internazionali in materia sancite dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), e il punto di vista che esprimiamo riguardo all'articolo 7 § 1, in quanto minoranza, non rimette in discussione la giurisprudenza della Corte - a cui la maggioranza si riferisce brevemente - relativa all'annullamento di decisioni anteriori, se necessario, o alla necessità di adeguarsi ai cambiamenti e di reagire all'emergere di un consenso riguardo a

Ma si tratta, a ben considerare, di obiezioni che non colgono fino in fondo il valore dell'interpretazione conforme per come si è cercato di delinearla.

Quello della Corte europea appare, in definitiva, un percorso ermeneutico circolare assolutamente sganciato non solo da schemi gerarchici, ma addirittura rivolto a sperimentare forme interpretative che utilizzano fonti esterne alla CEDU per individuare il significato attuale della Convenzione.

Affermazioni, queste, che paiono a chi scrive ulteriormente confermate dell'impossibilità di intravedere un "vincolo assoluto" a carico del giudice nazionale rispetto al diritto vivente della Corte europea.

8.4. La Corte costituzionale (sent.n. 236/2010) dialoga *ex officio* con la CEDU e con la sentenza Scoppola cercando un *distinguishing*.

Che il processo dialogico e di contaminazione fra Corti e Carte nazionali ed internazionali sia ormai senza sosta trova ulteriore conferma nell'ancorpiù recente Corte cost.n. 236/2010.

Ed infatti, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'incostituzionalità della normativa interna in materia di elezioni regionali, nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti endoprocedimentali del procedimento elettorale, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti, riconosce il *vulnus* agli articoli 3 e 24 Cost. e poi aggiunge, senza che il remittente avesse evocato il parametro di cui all'art.117 1[^] Cost. e tanto meno la norma CEDU(interposta) reputa di dover dedicare un autonomo punto al contrasto della normativa interna con gli art.6 e 13 CEDU: "...Deve rilevarsi, inoltre, che gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 riconoscono, tra l'altro, un diritto ad un ricorso effettivo, che verrebbe vanificato laddove l'art. 83-undecies del d.P.R. n. 570 del 1960 fosse inteso nel senso di escludere l'impugnabilità immediata degli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, come l'esclusione di liste o di candidati, che siano immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive".

Orbene, la circostanza che la sentenza da ultimo menzionata sia stata redatta da Sabino Cassese assume un evidente significato se la si mette in relazione con la visione dell'ordine globale che l'estensore della pronuncia da anni persegue.

nuove norme poiché, come spesso sottolineato, la Convenzione è uno strumento vivo che richiede un approccio dinamico ed evolutivo allo scopo di rendere i diritti pratici ed effettivi e non semplicemente teorici e illusori. Tuttavia, nessuna interpretazione giudiziaria, per quanto creativa possa essere, è totalmente esente da costrizioni. Ciò che importa anzitutto è non oltrepassare i limiti fissati dalle disposizioni della Convenzione. Come la Corte ha indicato nella causa *Johnston e altri c. Irlanda* (18 dicembre 1986, § 53, serie A n. 112):

«La Convenzione e i suoi Protocolli devono essere interpretati alla luce delle condizioni attuali (v., tra le altre, la sentenza *Marckx*, già cit., serie A n. 31, p. 26, § 58), ma la Corte non può estrarne, attraverso un'interpretazione evolutiva, un diritto che non vi è stato inserito in partenza. Questo accade in modo particolare quando si tratta, come in questo caso, di un'omissione deliberata.» Secondo l'opinione di minoranza "la maggioranza ha proceduto all'esame della causa sotto il profilo dell'articolo 7 § 1 e, per applicarlo, lo ha riscritto allo scopo di renderlo conforme a ciò che essa ritiene avrebbe dovuto dire. Ci permettiamo di dire che ciò oltrepassa i limiti."

Si ha, ancora una volta, piena conferma della quasi *naturale* capacità delle giurisdizioni- nazionale e comunitaria, nel caso di specie- di integrarsi vicendevolmente attraverso la creazione di criteri di raccordo fra ordini giuridici non improntati al rispetto di un ordine gerarchico⁷⁹.

E se da un *obiter* non è possibile certo trarre un principio, l'affermazione *ex officio* di uno scrutinio di convenzionalità per nulla sollecitato dal giudice remittente è, a giudizio sommesso di chi scrive, espressione massima di un sistema ancora una volta *in movimento*.

9. Internazionalizzazione dei valori costituzionali e costituzionalizzazione degli ordinamenti sovranazionali. Il valore di Corte cost. n.93/2010 in tema di misure di prevenzione.

Un punto a favore del processo osmotico di contaminazione dei sistemi sulla base dei valori fondamentali sovranazionali è rappresentato da Corte cost.n. 93/2010.

Il giudice costituzionale era stato chiamato a valutare la compatibilità della normativa interna che non prevedeva, nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione, l'udienza pubblica, con la giurisprudenza granitica della Corte dei diritti umani, formatasi sul caso *Bocellari* - Corte dir.uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*-.

In quell'occasione la Corte europea dei diritti dell'Uomo aveva sancito che il rito camerale italiano per l'applicazione di misura di prevenzione, previsto dall'art. 4 della legge n. 1423 del 1956, si pone in contrasto con l'art. 6, par. 1 CEDU nella parte in cui non prevedeva «la possibilità di ottenere un pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello».

Investita della questione di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione dell'art.117 1^Comma cost., la Corte ha ritenuto l'illegittimità della norma, superando i dubbi autorevolmente espressi in dottrina sulla fondatezza della stessa⁸⁰.

Dubbi che si appuntavano, in sintesi, sul carattere casistico della giurisprudenza europea⁸¹, sul valore modesto che doveva attribuirsi ai principi affermati dalla Corte dei diritti umani⁸² -al cui indirizzo non si lesinavano nemmeno giudizi

⁷⁹ S.Cassese, *I Tribunali di Babele*, cit., 70.

⁸⁰ P.Gaeta, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali", Roma, 22-24 giugno 2009, in www.csm.it.

⁸¹ P.Gaeta, op.ult.cit. : «<...Da quest'ultima è infatti assai difficile enucleare principi generali e formalizzare regole per categorie astratte ed universali. La disamina sopra effettuata conferma come la Corte EDU sia essenzialmente il giudice del caso concreto, del diritto (eventualmente) violato nella irripetibile vicenda al suo esame e che il "principio di diritto" enucleato in esito all'accertamento della violazione pur avendo, naturalmente valenza generale, sia spesso insuscettibile di proporsi quale autonoma categoria formale, autoapplicativa ed utilizzabile per una serie indefinita di casi "nazionali">>».

⁸² P.Gaeta, op.ult.cit.: "...L'imponente e consolidato richiamo alla pubblicità come valore "ontico" del processo lascia perplessi (quantomeno sul piano della relativa attualità) perché appare superata l'idea di raccordare alla sola presenza del pubblico, nel luogo e nel tempo di celebrazione del giudizio, l'esigenze di fondo che quel valore, per antica

particolarmente critici⁸³-, sulla necessità di operare comunque un corretto bilanciamento con altri valori costituzionali posti a base delle regole del processo penale⁸⁴.

In definitiva, seguendo l'impostazione critica della quale si è testè dato conto i principi del *diritto vivente* della CEDU, vacui e formalisti e per nulla dotati di valore assiologico- nel caso di specie- potevano (e dovevano) ben soccombere di fronte a canoni costituzionali di ben altro peso e consistenza-art.111 e 3 Cost.-.

Epperò Corte cost.93/2010 è stata di diverso avviso.

La Corte non si occupa di verificare che la norma CEDU sia in contrasto con altri parametri costituzionali.Va oltre, non ha bisogno di far ciò- anche se l'interrogativo se lo pone-.

Ad esso, però, risponde, sorprendentemente rilevando che è proprio la Costituzione a contemplare il principio della pubblicità delle udienze, non direttamente, ma attraverso il richiamo di una serie di fonti sovranazionali⁸⁵.

Si perita, poi, di differenziare la vicenda al suo vaglio dalle altre in generale ove si può porre un problema di pubblicità delle udienze, facendo ancora una volta delle affermazioni di straordinaria importanza ⁸⁶.

tradizione, intende preservare: vale a dire il controllo democratico sulla amministrazione della giustizia. Gli strumenti attraverso i quali può essere esercitato il "sindacato" sulla gestione e sul merito del processo, passano, infatti, attraverso meccanismi partecipativi e di conoscenza ormai non più identificabili con la mera "assistenza" personale che il *quisque de populo* è (soltanto teoricamente) in grado di prestare. Dunque, l'apertura dell'aula di udienza al pubblico, finisce per rappresentare, nei fatti, il retaggio – puramente declamatorio – di un principio senz'altro valido in altri tempi e contesti istituzionali, ma assai meno pregnante in una fase storica come l'attuale, in cui i mezzi di comunicazione di massa, gli strumenti di conoscenza e di partecipazione democratica, e le esigenze di garanzie sempre più "effettive", fanno virare l'attenzione dall'impianto "scenografico" – in sé e per sé considerato - al concreto rispetto dei beni e valori che quell'impianto intende esprimere e realizzare."

⁸³ P.Gaeta, op.ult.cit.: "... A costo di essere dissacrante, dico che talvolta la giurisprudenza di Strasburgo puzza di vecchio, di stantio ideologico, di tanfo declamatorio."

⁸⁴ P.Gaeta, op.ult.cit.: "...questa vicenda fornisce l'occasione per affermare un principio di metodo nell'approccio alle pronunce della Corte EDU: vale a dire, che la difesa dei diritti e delle garanzie non può neppure trasformarsi in idolatria entusiastica e supina per ogni *obiter* dei giudici di Strasburgo, come se le garanzie dispensate fossero sempre e comunque *essenziali*, storicamente impellenti, giuridicamente indispensabili. La vicenda Bocellari dimostra la fallacia di tale assunto... Se, infatti, quest'ultimo Organo ha riservato a sé una sorta di sindacato finale – nella consapevolezza che il controllo di compatibilità della norma interna rispetto a quella convenzionale «deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione» , allora le norme convenzionali, ancorché interpretate dal giudice di Strasburgo, rimangono pur sempre norme di rango sub-costituzionali e, come tali, soggette alla verifica della loro compatibilità armonica rispetto ad *ogni* norma della Carta fondamentale italiana..." "...il bilanciamento ragionevole del valore della "pubblicità del processo" rispetto agli altri valori costituzionali del processo penale – e non soltanto di essi – non pare esitare necessariamente (e quasi automaticamente) nella doverosa preminenza del primo: ed, anzi, reca con sé più di un indizio di una sua cedevolezza rispetto ai secondi..."

⁸⁵ P.Gaeta, op.ult.cit.: "...L'assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce, in effetti, il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie: principio che – consacrato anche in altri strumenti internazionali, quale, in particolare, il Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881 (art. 14) – trova oggi ulteriore conferma nell'art. 47, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dall'art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009."

⁸⁶P.Gaeta, op.ult.cit.: "...Le osservazioni della Corte di Strasburgo colgono, d'altro canto, le specifiche peculiarità del procedimento di prevenzione, che valgono a differenziarlo da un complesso di altre procedure camerali. Si tratta, cioè, di un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in

Qua è infatti palese come la Corte specifichi un principio costituzionale ritrovandone la "fonte" al di fuori di essa.

A dimostrazione, dunque, che non ha più tanto senso discutere di sistema delle fonti, ma oramai, di valori⁸⁷.

Emerge, così, la scelta della Corte costituzionale che, prendendo in considerazione la seria possibilità di una "condanna" da parte della Corte europea di una decisione contraria al diritto vivente di Strasburgo, viene influenzata, positivamente, dalla interpretazione offerta dal giudice europeo di un principio ora mutuato a livello interno. A conferma ulteriore non solo del carattere autenticamente "aperto" della Costituzione ma anche della imperiosità del processo di internazionalizzazione nel campo dei diritti umani⁸⁸.

10. Dalla teoria alla prassi. Il problema delle scommesse in Italia. Il giudice nazionale si confronta con la Corte di Giustizia. Il ruolo svolto dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale alla ricerca di un terreno comune.

La giurisprudenza di legittimità aveva più volte ritenuto che integra il reato di cui al comma 4 bis dell'art. 4 della l. 13 dicembre 1989, n. 401, l'attività organizzata al fine di accettare o raccogliere scommesse di qualsiasi genere, quando manca la concessione, l'autorizzazione o la licenza previste dall'art. 88 del R.D. 18 giugno 1931, n.773(T.u.l.p.s.), anche nel caso che l'agente operi mediante comunicazioni telefoniche o telematiche ed abbia ottenuto per l'uso di tali mezzi l'apposita autorizzazione prescritta dal comma 4 ter della norma citata(Cass. 18 giugno 2003 n.26145,Lattanti).

Si era pure riconosciuto che la gestione di una agenzia per la raccolta di scommesse per conto di bookmakers stranieri, con trasmissione dei dati agli stessi ed il loro pagamento, in difetto di autorizzazione, configura il reato di cui all'art. 4 della legge 13 dicembre 1989 n. 401-Cass. 18 marzo 2003 n.14833,

componenti di particolare rilievo, come del resto nel procedimento a quo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965). Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato."

⁸⁷ Le considerazioni esposte nel testo, peraltro, non elidono le critiche che possono essere mosse alla Corte per aver escluso il ricorso al canone dell'interpretazione analogica. Epperò, nel "bilanciamento" fra la rilevanza della sentenza ed un declaratoria di inammissibilità per essere possibile l'interpretazione conforme, deve valutarsi positivamente la declaratoria di incostituzionalità che ha dato la possibilità alla Corte di esprimere principi straordinariamente importanti contribuendo ad edificare un *diritto costituzionale europeo* che, certo, il singolo giudice non avrebbe potuto fare. Inalterato rimanendo, peraltro, il dilemma fra capacità del sindacato accentrato di modificare il sistema e sindacato diffuso sicuramente dotato di effettività maggiore ma anche un deficit di incertezza marcato.

⁸⁸ B.O.Bryde, *Il giudice costituzionale e il dialogo dei costituzionalisti internazionali*, in *Giudici e diritto straniero*, a cura di B.Markesinis e J.Fedtke, Bologna, 2009, 401:"...In Europa le nuove democrazie hanno cercato di evitare ogni possibile conflitto tra il nuovo diritto costituzionale e il diritto europeo dei diritti umani, integrando le leggi e la giurisprudenza di Strasburgo nei propri testi costituzionali...Un altro modo in cui il diritto internazionale dei diritti umani influenza il diritto nazionale è l'interpretazione del diritto nazionale in conformità a quello internazionale."

Giampaolletti;Cass.19 febbraio 2003 n.8122-. Per Cass. 13 novembre 2002 n.38058,Fischetti, quando manchino la concessione, l'autorizzazione o la licenza previste dall'art. 88 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773(T.u.l.p.s.), l'attività organizzata al fine di accettare o raccogliere scommesse di qualsiasi genere integra il reato di cui al comma 4-bis dell'art. 4 della l. 13 dicembre 1989, n. 401, anche nel caso che l'agente operi mediante comunicazioni telefoniche o telematiche ed abbia ottenuto per l'uso di tali mezzi l'apposita autorizzazione prescritta dal comma 4-ter della norma citata. Cass. 6 ottobre 2001 n. 36206, Pugliese,aveva infine dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale - proposta con riferimento ai principi di libera iniziativa contenuti nel Trattato CEE, in particolare negli artt.59 e 60, e ai principi di uguaglianza e di libera iniziativa contenuti negli artt.3 e 41 della Costituzione o quelli contenuti negli artt.10 e 11 della Costituzione stessa in tema di rapporti con le norme di diritto internazionale - dell'art.4 legge n.401 del 1989 e successive modifiche, sotto il profilo della possibilità di ricomprendere nella fattispecie incriminatrice anche l'ipotesi in cui ad operare senza autorizzazione fosse una ditta collegata telematicamente con una società di "bookmakers" situata in territorio estero, affermando la rilevanza degli interessi legati alla sicurezza pubblica.

Con una sentenza del novembre 2003 la Corte di giustizia -sent.6 novembre 2003 , causa C-243/01, *Piergiorgio Gambelli e altri*, ha messo in crisi i principi appena ricordati, affermando il seguente principio: "Una normativa nazionale - come quella italiana - contenente divieti - penalmente sanzionati - di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi."

Orbene, per chiarire la portata dei principi affermati dal giudice comunitario - aventi efficacia *erga omnes* e costituenti essi stessi interpretazione autentica, con efficacia retroattiva, delle norme del Trattato C.E.- va ricordato che in Italia, ai sensi dell'art. 37 della l. 23 dicembre 2000, n. 388 la licenza di esercizio delle scommesse è accordata solo ai concessionari o autorizzati da un ministero o altro ente al quale la legge riserva la facoltà di organizzare o accettare scommesse. Le scommesse possono riguardare tanto il risultato di eventi sportivi posti sotto il controllo del CONI o delle organizzazioni da esso dipendenti, quanto il risultato delle corse di cavalli organizzate tramite l'UNIRE.

Occorre ancora rammentare che in forza di una modifica introdotta dall'art. 22,n. 11, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 per superare la disciplina prevista dall'art. 2, n. 6, del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 2 giugno 1998, n. 174 tutte le società di capitali, senza limitazione alcuna relativamente alla loro forma, possono ormai partecipare alle gare per l'attribuzione delle concessioni.

Va aggiunto che gli artt. 4, 4 bis e 4 ter della legge 13 dicembre 1989, n. 401 come modificata dall'art. 37, n. 5, della legge n. 388/00, che ha introdotto gli artt. 4 bis e 4 ter nella legge n. 401/89, puniscono l'esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa, disponendo in particolare. *Articolo 4:* Chiunque esercita abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi comunque organizza scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dalle organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE). Chiunque abusivamente esercita l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali e giuochi di abilità è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore a lire un milione. Quando si tratta di concorsi, giuochi o scommesse gestiti con le modalità di cui al primo comma, e fuori dei casi di concorso in uno dei reati previsti dal medesimo, chiunque in qualsiasi modo dà pubblicità al loro esercizio è punito con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda da lire centomila a lire un milione. Chiunque partecipa a concorsi, giuochi, scommesse gestiti con le modalità di cui al primo comma, fuori dei casi di concorso in uno dei reati previsti dal medesimo, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda da lire centomila a lire un milione. (...) *Articolo 4 bis:* Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accertare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero. *Articolo 4 ter* (...) le sanzioni di cui al presente articolo si applicano a chiunque effettui la raccolta o la prenotazione di giocate del lotto, di concorsi pronostici o di scommesse per via telefonica o telematica, ove sprovvisto di apposita autorizzazione all'uso di tali mezzi per la predetta raccolta o prenotazione».

Va ricordato che ai sensi dell'art. 37 della l. 23 dicembre 2000, n. 388 la licenza di esercizio delle scommesse è accordata solo ai concessionari o autorizzati da un ministero o altro ente al quale la legge riserva la facoltà di organizzare o accettare scommesse. Le scommesse possono riguardare tanto il risultato di eventi sportivi posti sotto il controllo del CONI o delle organizzazioni da esso dipendenti, quanto il risultato delle corse di cavalli organizzate tramite l'UNIRE. Gli artt. 4, 4 bis e 4 ter della legge 13 dicembre 1989, n. 401 come modificata dall'art. 37, n. 5, della legge n. 388/00, che ha introdotto gli artt. 4 bis e 4 ter nella legge n. 401/89, puniscono l'esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa.

10.1 Segue:la sentenza Gambelli

La vicenda che ha originato Corte giust. 6 novembre 2003 , causa C-243/01, **Piergiorgio Gambelli e altri** prende le mosse da un'indagine seguita dal pubblico

ministero presso il Tribunale di Fermo dalla quale era emerso che un'organizzazione, diffusa e capillare, di Agenzie italiane - collegata via internet con un allibratore inglese (soc. Stanley) - autorizzato ad esercitare tale attività da una licenza ai sensi della legge Betting, Gaming and Lotteries (legge inglese sulle scommesse, i giochi e le lotterie) e perfettamente in regola con le prescrizioni fissate in quel Paese membro quanto a modalità di esecuzione delle prestazioni - di cui fa parte il Sig. Gambelli unitamente ad altre 100 persone, si occupava della raccolta in Italia di scommesse riservate per legge allo Stato con modalità riassumibili nei seguenti termini: il giocatore comunica al responsabile dell'Agenzia le partite sulle quali intende scommettere e indica la somma giocata; il predetto responsabile invia, tramite sistema informatico internet, la richiesta di accettazione all'allibratore inglese con indicazione degli incontri di calcio nazionali e delle puntate effettuate; il predetto allibratore invia tramite il medesimo sistema informatico e senza ritardo (letteralmente: «in tempo reale») la conferma dell'accettazione della scommessa; tale conferma viene consegnata al giocatore il quale paga il corrispettivo dovuto, inoltrato poi all'allibratore inglese su apposito conto estero. Tali condotte e tali modalità di ricezione e trasmissione delle scommesse erano state ritenute dal G.I.P. presso il Tribunale di Fermo contrarie al regime di monopolio del CONI sulle scommesse sportive e quindi valutate come una violazione dell'art. 4 n.1 della legge n. 401/89, penalmente sanzionata - Art.4: Chiunque esercita abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi comunque organizza scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dalle organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE). Chiunque abusivamente esercita l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali e giuochi di abilità è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore a lire un milione.... -. In questo contesto erano stati emessi vari provvedimenti custodiali a carico dei soggetti che gestivano in Italia le scommesse - fra i quali anche un componente del consiglio di amministrazione della società Stanley - accompagnati dall'adozione di misure cautelari reali avverso le quali era stata proposta istanza di riesame dinanzi al Tribunale di Ascoli Piceno.

Secondo la prospettazione accusatoria gli indagati, iscritti alla Camera di Commercio quali titolari di imprese per l'avvio di un centro trasmissione dati regolarmente autorizzati dal Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni alla trasmissione di dati, non si erano limitati allo svolgimento dell'attività di raccolta delle scommesse dell'allibratore, sviluppando invece anche un'attività economica e così prestando nei confronti dell'impresa straniera un servizio non consentito.

Il giudice del rinvio rilevava che l'art. 4, n. 1, della legge n. 401/89 non esclude la punibilità nell'ipotesi in cui l'agente abbia la qualità di impresa estera comunitaria, che sia stata abilitata dalle competenti autorità del paese di appartenenza all'attività

di trasmissione di dati. Perciò potrebbe configurarsi un'inaccettabile discriminazione rispetto agli operatori nazionali che - sulla base delle concessioni o autorizzazioni ottenute - sono impegnati in identiche attività di raccolta ed accettazione di proposte di scommesse sportive per conto del CONI. Ciò avrebbe potuto contrastare con i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi transfrontalieri. Anche l'esame della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana -n. 1680/2000 - conduceva il giudice a quo a considerare, per quanto attiene al potenziale pericolo per l'ordine pubblico che deriverebbe dal libero esercizio delle attività connesse con le scommesse, come tali esigenze potevano essere adeguatamente salvaguardate nell'ipotesi in cui l'operatore fosse stata un'impresa già assoggettata al controllo circa le garanzie di correttezza del suo operato nel Paese di appartenenza. Nemmeno appariva sussistente il temuto rischio di un'ulteriore incitazione alla spesa, poiché secondo il giudice remittente in Italia era in corso un progressivo ampliamento delle possibilità di gioco e di scommessa. Rilevava ancora il giudice nazionale che dalla lettura dei lavori parlamentari alla legge finanziaria 2001 era chiaro che le ulteriori restrizioni a tale tipo di scommesse erano state dettate prioritariamente dall'esigenza di salvaguardare la categoria dei «Totricevitori» sportivi e non a preservare l'ordine pubblico, elemento che solo avrebbe potuto giustificare la compressione di diritti comunitari di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in tema di iniziativa economica privata su attività non assoggettate ad introito fiscale da parte dello Stato italiano come le scommesse su eventi sportivi esteri o su eventi non sportivi.

Il giudice del rinvio chiedeva pertanto alla Corte di chiarire se vi fosse incompatibilità, con conseguenti effetti nell'ordinamento giuridico interno, tra gli artt. 43 e segg. e 49 e segg. del Trattato CE ed una normativa nazionale quale quella italiana di cui agli artt. 4, primo comma e segg., 4 bis e 4 ter della legge n. 401/89 (come da ultimo modificata con l'art. 37, quinto comma, della legge 23 dicembre 2000, n. 388) contenente divieti - penalmente sanzionati - di svolgimento delle attività, da chiunque e ovunque effettuate, di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, in particolare, su eventi sportivi, in assenza di presupposti concessori e autorizzatori prescritti dal diritto interno...

Nel procedimento innanzi alla Corte l'indagato Gambelli sosteneva che l'attività di scommesse gestita dal CONI e dall'UNIRE presentava una tipica struttura di monopolio,aggiungendo che le preoccupazioni delle autorità nazionali circa la tutela degli scommettitori dai pericoli di frode erano strumentali, consentendo la normativa nazionale degli ultimi anni, un numero sempre più considerevole di giochi d'azzardo (Lotto, Totocalcio, Totip, scommesse ippiche, Totogol, Corsa tris, Totosei, Superenalotto, Bingo, Totobingol, Gratta e vinci, ecc.).Il che escludeva che tale legislazione fosse improntata alla finalità di ridurre le opportunità di gioco, onde evitare le conseguenze dannose, individuali e sociali, e l'incitamento alla spesa o allo scopo di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblici. D'altra parte, la sanzione penale doveva rappresentare in linea di principio l'*extrema ratio* a cui ricorrere solo laddove le altre misure o strumenti non fossero state in grado di

assicurare un'adeguata tutela dei beni che si intendono proteggere. Sicchè la pena detentiva comminata per la mera raccolta di scommesse contrastava in modo eclatante con il principio di proporzionalità.

Il Gambelli sosteneva ancora che il materiale trasmesso dalla società estera ai centri, le quote delle giocate, il calendario degli eventi, le ricevute e quant'altro necessario alla conferma e all'individuazione e all'accettazione delle scommesse, esercitate e gestite all'estero, cosiccome il trasferimento delle prenotazioni delle giocate e delle quote rimosse da parte dei centri costituivano la prestazione di servizi transfrontalieri conformemente alle libertà fondamentali sancite dal Trattato.

Il governo italiano, per converso, riteneva che alla luce dei principi espressi in passato dalla Corte di giustizia la legge italiana doveva ritenersi compatibile con le disposizioni comunitarie in materia di prestazioni di servizi e in materia di libertà di stabilimento. Se era vero, infatti, che la causa *Zenatti* -Corte giust. 21 ottobre 1999, causa C-67/98, in *Racc.* pag. I-7289- riguardava le disposizioni relative all'autorizzazione amministrativa di svolgere l'attività di raccolta e di gestione delle scommesse in Italia (art. 88 RD 18 giugno 1933, n. 773) e non la sanzione penale del divieto della raccolta e della gestione delle scommesse, tuttavia le due normative perseguivano l'unitario obiettivo di vietare l'attività al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Ed anche la Corte di cassazione nella ricordata sentenza 28 aprile 2000, n. 1680, aveva già valutato la normativa interna alla luce dei principi della sentenza *Zenatti*, ritenendola legittima in quanto volta a ridurre le opportunità di gioco e a tutelare l'ordine pubblico.

Il governo belga condivideva la linea del governo italiano, precisando che la normativa interna esulava dal divieto di cui all'art. 49 Tr.CE ed era conforme al principio di proporzionalità, risultando giustificata dalle medesime ragioni che riguardano la restrizione della libera prestazione di servizi. Sulle stesse posizioni si schieravano Grecia, Spagna e Portogallo. Anche per il Lussemburgo la normativa italiana costituiva una restrizione alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, ma era giustificata, soddisfacendo i quattro criteri sviluppati dalla giurisprudenza per ammettere una tale restrizione. Per i governi svedese e finlandese il divieto penalmente sanzionato previsto in Italia tutelava un monopolio compatibile a determinate condizioni con il diritto comunitario né determinava comunque un effetto discriminatorio essendo applicata indistintamente ad operatori nazionali e stranieri. Ed agli effetti del diritto comunitario, di nessuna rilevanza era la natura della sanzione - penale o amministrativa- applicata per impedire determinate condotte.

La Commissione proponeva di risolvere la questione pregiudiziale nel senso che le disposizioni del Trattato CE relative al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi non ostano ad una normativa nazionale, come quella italiana, che riserva a determinati enti il diritto di esercitare, anche per via telematica, scommesse sugli eventi sportivi o di altro genere, ove tale normativa sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti a limitare gli effetti nocivi di tali attività e ove le restrizioni da essa imposte non siano

sproporzionate rispetto a tali obiettivi, spettando comunque al giudice nazionale di verificare se la normativa nazionale, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, soddisfi effettivamente gli obiettivi che possono giustificarla e se le restrizioni da essa imposte non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

Secondo l'Avvocato Generale Albert, nelle conclusioni pubblicate il 13 marzo 2003, l'accesso ad un'attività economica e il suo esercizio in un altro Stato membro nel contesto della libertà di stabilimento in un ambito, che è soggetto nello Stato membro ospitante a determinate condizioni, devono soddisfare, alla stregua di quanto precisato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, quattro condizioni dovendo: a) applicarsi in modo non discriminatorio; b) essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico; c) essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; d) non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo scopo. Ha pure rilevato che se uno Stato membro disciplina il settore dei giochi d'azzardo con un sistema concessorio, a priori questo non deve essere contestato, anche se l'operatore economico straniero deve essere messo in condizione di potere avanzare domanda per ottenere la concessione come un operatore nazionale. Il sistema concessorio deve dunque soddisfare i quattro presupposti per una disciplina nazionale che restringa l'esercizio di un'attività economica. Quanto all'effetto discriminatorio, l'Avvocato generale precisava che la struttura monopolistica gestita dal Coni era aperta alla partecipazione di altri operatori economici che potevano partecipare facendo richiesta di una concessione. Il problema, pertanto, si spostava sulla concreta articolazione delle condizioni per il rilascio di una concessione. Ciò significava che se anche nelle condizioni del bando per il rilascio di una concessione non erano comprese condizioni direttamente discriminatorie in ragione della cittadinanza, tuttavia determinati presupposti - quali il requisito di un locale di esercizio già presente sul territorio italiano - potevano avere come effetto quello di avvantaggiare gli operatori economici nazionali e di svantaggiare quelli stranieri. In un caso del genere si sarebbe dovuta ipotizzare una discriminazione indiretta, la quale pure è vietata dal diritto comunitario. Anzi, la condizione, già menzionata, secondo cui il potenziale concessionario deve già disporre di un locale di esercizio sul territorio italiano, lasciava ritenere che i presupposti per una concessione per l'accettazione di scommesse su eventi sportivi in Italia fossero strutturati in modo discriminatorio. Parimenti discriminatorio doveva ritenersi il fatto che determinati tipi di società - quali le società di capitali quotate sui mercati regolamentati dell'Unione europea - erano a priori esclusi come concessionari. E ciò trovava conferma nella proposizione di una procedura di infrazione iniziata precedentemente dalla Commissione nei confronti dell'Italia.

Secondo l'Avvocato generale l'offerta della possibilità di partecipare dietro pagamento ad un gioco d'azzardo era da intendere come prestazione di servizi ma giustificava la riserva allo Stato di un potere organizzativo molto ampio nel settore dei giochi d'azzardo per ragioni di pubblica sicurezza e di ordine. E proprio la predisposizione di sanzioni penali, presenti sia in Italia che in altri Stati membri, per la violazione delle disposizioni che istituiscono il monopolio statale del gioco

d'azzardo, deponeva a favore della valutazione legislativa della pericolosità del gioco d'azzardo. Tuttavia, anche lo *Stato italiano* aveva per legge creato le possibilità di ampliare chiaramente sul mercato italiano l'offerta di giochi, anzi facilitando la raccolta delle scommesse. Il che consentiva di escludere la presenza di una coerente politica per la restrizione dell'offerta dei giochi d'azzardo. Gli obiettivi dichiarati, ma non (più) effettivamente perseguiti, non dovevano pertanto ritenersi idonei a giustificare gli ostacoli alla libera prestazione di servizi da parte di offerenti aventi sede in altri Stati Membri e lì regolarmente autorizzati. Nemmeno la restrizione della libera prestazione di servizi poteva considerarsi giustificata da motivi imperativi di interesse generale per i motivi adottati e alla luce delle circostanze date. Da qui la conclusione circa la contrarietà agli artt. 49 e seguenti CE sulla libera prestazione di servizi degli artt. 4, nn. 1-4, 4-bis e 4-ter della legge 13 dicembre 1989, n. 401 (come da ultimo modificata con l'art. 37, n. 5, legge 23 dicembre 2000, n. 388), contenente divieti - penalmente sanzionati - di svolgimento delle attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, in particolare su eventi sportivi, se queste attività vengono svolte da, presso oppure per un organizzatore di scommesse, che ha sede in un altro Stato membro e che esercita queste attività regolarmente in conformità alle normative ivi vigenti.

La sentenza *Gambelli*, pur non discostandosi sostanzialmente dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, è pervenuta ad una conclusione meno netta, rinviando al giudice nazionale la valutazione circa la congruità della normativa interna regolante il sistema di concessione delle autorizzazioni con i principi comunitari dalla stessa Corte interpretati ed enucleati in modo netto.

La Corte ha anzitutto esaminato la questione se una normativa quale la legge n. 401/89 di cui alla causa principale costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento. Occorre infatti capire se esistessero restrizioni all'attività di raccolta di scommesse con l'intermediazione di una organizzazione di agenzie situate in un altro Stato membro, quali le agenzie degli indagati di cui alla causa principale svolta dalla società inglese, con sede in uno Stato membro. Ha poi osservato che, in risposta ai quesiti posti dallo stesso giudice comunitario all'udienza pubblica, il governo italiano aveva riconosciuto che la normativa italiana relativa ai bandi di gara per le attività di scommessa in Italia conteneva delle restrizioni. La circostanza che nessun ente aveva ottenuto l'omologazione per tali attività, salvo quello detentore del monopolio nel settore, doveva spiegarsi alla luce del fatto che la normativa italiana era stata concepita in modo tale che solo alcuni soggetti potevano ottenere la concessione. Siffatti chiarimenti hanno indotto la Corte a ritenere che se l'assenza di operatori stranieri tra i concessionari del settore delle scommesse relative ad eventi sportivi in Italia sia da addebitare alla esclusione delle società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri, la normativa nazionale costituisce, *prima facie*, una restrizione alla libertà di stabilimento, anche se tale restrizione si impone indistintamente a tutte le società di capitali potenzialmente interessate da tali concessioni, indipendentemente dal fatto che abbiano sede in Italia o in un altro Stato membro. Non si può allora escludere, secondo la Corte, che i requisiti dettati dalla normativa italiana per

partecipare ai bandi di gara, ai fini dell'attribuzione delle dette concessioni, costituiscano parimenti un ostacolo alla libertà di stabilimento. Quanto alla possibilità che la normativa italiana integri una restrizione alla libera prestazione dei servizi, la Corte ha affermato che l'art. 49 CE dev'essere interpretato nel senso che esso concerne i servizi che un prestatore offre telefonicamente a potenziali destinatari stabiliti in altri Stati membri e che questi fornisce senza spostarsi dallo Stato membro nel quale è stabilito (sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments*, in *Racc.*, pag. I-1141, punto 22). Tale disposizione, pertanto riguardava anche i servizi che un prestatore quale la società Stanley, con sede nel Regno Unito, offriva via Internet a destinatari che si trovino in un altro Stato membro.

Orbene, la Corte, prendendo atto dei chiarimenti forniti dal governo italiano secondo cui anche l'attività di un privato che si connette in Italia dal proprio domicilio, via Internet, con un bookmaker stabilito in un altro Stato membro, facendo uso della propria carta di credito quale mezzo di pagamento, costituiva un reato ai sensi dell'art. 4 della legge n. 401/89, ha ritenuto che tale divieto, penalmente sanzionato, di partecipare a scommesse organizzate in Stati membri diversi da quello sul cui territorio risiede il giocatore, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi. Analoghe conclusioni la Corte ha espresso in ordine al divieto, del pari penalmente sanzionato, nei confronti degli intermediari, quali gli indagati nella causa principale, di agevolare la prestazione di servizi di scommesse su eventi sportivi organizzati da un prestatore, quale la società Stanley, con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui i detti intermediari svolgono la propria attività, poiché un tale divieto costituisce una restrizione al diritto del bookmaker alla libera prestazione dei servizi, anche se gli intermediari si trovano nello stesso Stato membro dei destinatari dei servizi medesimi. Il giudice comunitario ritenne così che una normativa nazionale quale la legislazione italiana sulle scommesse, in particolare l'art. 4 della legge n. 401/89, costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

Occorreva, a questo punto, valutare se tali restrizioni potevano essere giustificate a titolo di misure derogatorie espressamente previste agli artt. 45 CE e 46 CE, ovvero da motivi imperativi di interesse generale. In questo senso, la Corte ha ribadito che la riduzione o la diminuzione delle entrate fiscali non rientra fra i motivi enunciati all'art. 46 CE e non può essere considerata come un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione dei servizi (v., in tal senso, Corte giust. 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, in *Racc.* pag. I-4695, punto 28, e Corte giust. 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, in *Racc.* pag. I-8147, punto 56). Il giudice comunitario ha invece ribadito, in linea con la propria giurisprudenza- citare *Schindler*-24 marzo 1994, C-275/92, (in *Racc.* pag. I-1039)-, *Läärä*-(21 settembre 1999, causa C-124/97, in *Racc.* pag. I-6067) e a. e *Zenatti*- , che le considerazioni di ordine morale, religioso o culturale, nonché le conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono

collegate ai giochi d'azzardo e alle scommesse possono giustificare che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente a determinare le esigenze di tutela del consumatore e dell'ordine sociale sempreché dette restrizioni risultino essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito non superino quanto necessario per il raggiungimento di questo e siano applicate in modo non discriminatorio. Rispetto a tale problema, però, il giudice di Lussemburgo ritenne che spetta al giudice del rinvio stabilire se, nella causa principale, le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi previste dalla legge n. 401/89 siano proporzionate allo scopo e discriminatorie. Per agevolare il compito del giudice *a quo*, la Corte si peritò di precisare le restrizioni fondate sulla tutela del consumatore e la prevenzione della frode devono essere idonee a garantire la realizzazione dei detti obiettivi, contribuendo a limitare le attività di scommessa in modo coerente e sistematico. Se dovesse allora risultare, come aveva paventato il giudice remittente, che le autorità italiane inducano ed incoraggiano i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale. Occorrerà ancora acclarare se le restrizioni imposte dalla normativa italiana in materia di bandi di gara dovevano essere indistintamente applicabili agli operatori stabiliti in Italia ed a quelli provenienti da altri Stati membri. Infine - ed è forse questa la valutazione più difficile demandata al giudice nazionale - viene chiarito che le restrizioni imposte dalla normativa italiana non devono eccedere quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito.

Al giudice del rinvio veniva quindi chiesto di esaminare se la sanzione penale irrogata a chiunque effettui scommesse dal proprio domicilio in Italia via Internet con un bookmaker situato in un altro Stato membro non sia sproporzionata alla luce della giurisprudenza della Corte (v. sentenze 29 febbraio 1996, causa C-193/94, Skanavi e Chryssanthakopoulos, Racc. pag. I-929, punti 34-39, e 25 luglio 2002, causa C-459/99, MRAX, Racc. pag. I-6591, punti 89-91), soprattutto dal momento che la partecipazione alle scommesse viene incoraggiata allorché si svolge nel contesto di giochi organizzati da enti nazionali autorizzati. Il giudice del rinvio dovrà inoltre chiedersi se la circostanza di imporre restrizioni penalmente sanzionate sino a un anno di arresto per gli intermediari che facilitino la prestazione di servizi da parte di un bookmaker stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui i detti servizi sono offerti, mettendo a disposizione degli scommettitori nei propri locali la connessione via Internet con il bookmaker, costituisca una restrizione che ecceda quanto necessario per la lotta alla frode, soprattutto in considerazione del fatto che il prestatore di servizi è sottoposto, nello Stato membro in cui è stabilito, ad un sistema normativo di controlli e sanzioni, gli intermediari sono legittimamente costituiti e, prima delle modifiche normative di cui alla legge n. 388/00, tali intermediari si ritenevano autorizzati a trasmettere scommesse su eventi sportivi esteri.

Non meno oneroso appariva il compito, demandato al giudice nazionale, di valutare la proporzionalità della normativa italiana con riguardo alla libertà di stabilimento. Anche se l'obiettivo perseguito dalle autorità di uno Stato membro è quello di evitare il rischio che i concessionari dei giochi siano implicati in attività criminali o fraudolente, escludere la possibilità per le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione di scommesse sportive, soprattutto quando esistano altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle dette società, può risultare una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per impedire la frode. Spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

10.2. (Segue):l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Una presa di posizione della Cassazione sul tema dopo la pubblicazione della sentenza Gambelli non si è fatta attendere.

Ed infatti, i giudici della 3^a Sezione penale –Cass. III sez.pen.(ord.) 18 novembre-18 dicembre 2003, n. 48506, in *Diritto e Giustizia on line* – hanno rilevato che se la parte finale del dispositivo della sentenza dalla Corte di Giustizia sembra conformarsi all'indirizzo giurisprudenziale appena ricordato facendo riferimento al rispetto (in funzione dell'ordine pubblico) dei margini di derogabilità degli articoli 42 e 49 cit, lo sviluppo delle motivazioni della decisione sembrano invece dimostrare “un concreto e ripetuto giudizio negativo sulla normativa italiana, che comporterebbe la necessità del ribaltamento del citato indirizzo della giurisprudenza di questa Corte”. Per tali ragioni, tenuto conto anche della notevole importanza delle questioni, in ragione dei rilevanti e diffusi interessi implicati e della delicata e non agevole valutazione da formularsi in ordine alla correttezza, adeguatezza e proporzionalità della normativa nazionale in considerazione, la questione è stata rimessa al Primo Presidente della Corte per l'eventuale rimessione alle Sezioni Unite.

10.3 Cass.S.U. 26 aprile-18 Maggio 2004, n. 111

In effetti, le Sezioni Unite, con la sentenza resa il 26 aprile-18 Maggio 2004, n. 111 (nota come sentenza Gesualdi), decidendo un procedimento ove si controverteva della legittimità del sequestro preventivo dei locali ove veniva esercitata l'attività di raccolta delle scommesse poi dall'operatore italiano trasferite in via telematica alla società inglese Stanley-tale società di diritto inglese opera in Italia tramite l'intermediazione di oltre

duecento agenzie, comunemente denominate «centri di trasmissione dati» (c.d.«CTD») che offrono i loro servizi in locali aperti al pubblico in cui mettono a disposizione degli scommettitori un percorso telematico che consente loro di accedere al server della Stanley situato nel Regno Unito. Gli scommettitori possono in tal modo, per via telematica, inviare alla Stanley proposte di scommesse sportive selezionate all'interno dei programmi di eventi e quotazioni forniti dalla Stanley,

nonché ricevere l'accettazione di tali proposte, pagare le loro poste e, se del caso, riscuotere le loro vincite- hanno offerto un'articolata lettura della sentenza *Gambelli*.

Muovendo dall'esame della normativa inglese di autorizzazione e dalla precedenti sentenze del giudice comunitario che si erano occupate della materia, il giudice di nomofilachia, pur riconoscendo il primato del giudice di Lussemburgo sull'interpretazione del diritto comunitario, ritenne che la normativa interna -art.4 bis l.n.401/1989 come modificata dalla l.n.388/2000- fosse compatibile con i principi comunitari.

I capisaldi della decisione possono così sintetizzarsi:a) i controlli operati nella legislazione straniera sull'attività di raccolta di scommesse ha una connotazione *territoriale*, inidonea a spiegare effetti sugli esercenti la medesima attività fuori dal territorio nazionale;b) il sistema di monopolio italiano non contrasta con i principi comunitari, perseguendo una finalità di ordine pubblico che giustifica le restrizioni alle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. Ed infatti, la politica espansiva delle scommesse e dei giochi pronostici aveva, anche, la finalità di evitare infiltrazioni criminali.

Essa, infatti, essendo volta a sottoporre a controllo preventivo e successivo la gestione delle lotterie, delle scommesse e dei giochi d'azzardo, si proponeva non già di contenere la domanda e l'offerta del gioco, ma di canalizzarla in circuiti controllabili al fine di prevenirne la possibile degenerazione criminale, sicché tale legislazione risultava pienamente compatibile col diritto comunitario-sent.ult.cit.“... Questa finalità è ben individuata nella relazione conclusiva della Commissione parlamentare di indagine conoscitiva sul settore dei giochi e delle scommesse, recentemente approvata il 26.3.2003, laddove sottolinea che “le esigenze di bilancio [che ispirano la politica espansiva: n.d.r.] devono trovare un rigoroso limite nella conferma dei compiti di tutela dell'ordine pubblico e della salute dei cittadini, che potrebbero essere messi in pericolo da una diffusione incontrollata, indiscriminata e senza regole di tipologie di giochi e scommesse” (Senato, XIV Legislatura, Doc. XVII n. 10, pag. 3)”;c) il giudizio circa la proporzionalità della sanzione penale prevista nel sistema interno impone valutazioni latamente discrezionali riservate, per costante giurisprudenza di legittimità e costituzionale, al legislatore interno, non potendo il giudice ordinario ritenere l'incongruità a pena di esorbitare dai suoi limiti istituzionali;d)nessuna discriminazione viene creata tra società interne e società estere quanto all'accesso al bando di gara per la concessione per la gestione delle scommesse;e) non può nemmeno ritenersi operante il limite del reciproco riconoscimento stabilità dall'art.47 Tr.CE in assenza di norma attuative del principio del Trattato nella materia specifica.

10.4 Segue):Corte giust. 6 marzo 2007, *Placanica*.

All'indomani della presa di posizione delle Sezioni Unite, si comprese bene che l'arresto del giudice di nomofilachia non avrebbe potuto rappresentare la parola finale sul tema delle scommesse.

Ed infatti, il Tribunale di Larino si è rivolto, sempre in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia, manifestando dei dubbi relativamente alla fondatezza delle conclusioni cui la Corte di Cassazione è pervenuta nella sentenza dell'aprile 2004 per quanto riguarda la compatibilità dell'art. 4, n. 4 bis, della legge n. 401/89 con il diritto comunitario, chiedendosi se gli obiettivi di ordine pubblico invocati dal giudice di legittimità fossero idonei a giustificare le restrizioni di cui trattasi.

Anche il Tribunale di Teramo sollevava questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia, ritenendo che le restrizioni imposte alle società di capitali quotate nei mercati regolamentati - per effetto delle quali le stesse non avevano potuto partecipare alla gara bandita per l'attribuzione di concessioni per l'esercizio delle attività di scommessa erano incompatibili con i principi del diritto comunitario poiché operano una discriminazione nei confronti degli operatori non italiani.

La Corte di giustizia-sent.6 marzo 2007, C-338/04, C-359/04 e C-360/04 *Placanica*-sgombrato il campo dalle questioni di ricevibilità- superate osservando che i quesiti pregiudiziali erano sostanzialmente rivolti a comprendere se l'ordinamento comunitario ostava alla normativa italiana di settore (e non ad interpretare l'ordinamento interno-attività quest'ultima come è noto impedita al giudice di Lussemburgo ed invece riservata a quello interno)- nel ricostruire il sistema interno, caratterizzato dalla necessità di ottenere -mediante gara- una delle 1000 concessioni previste per tutto il territorio nazionale e l'autorizzazione di polizia - pena l'applicazione di sanzioni penali, ha ribadito i concetti espressi dalla sentenza *Gambelli*. Una volta riaffermato che la normativa nazionale, contenendo il divieto - penalmente sanzionato - di esercitare attività nel settore dei giochi d'azzardo in assenza di concessione o di autorizzazione rilasciata dallo Stato, comporta restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi la Corte europea non ha inteso porsi in netto contrasto con la posizione espressa sul punto dalla Cassazione. Essa, infatti, non ha escluso che tali restrizioni potessero essere giustificate da motivi imperativi di interesse.

Il giudice comunitario, infatti, ha preso atto che la normativa italiana persegue l'obiettivo di incrementare le attività di gioco anche per canalizzare le giocate nel mercato lecito, in tal modo contrastando quello illecito. Per tale motivo, l'accertamento in ordine alla compatibilità del sistema delle concessioni previste in Italia col diritto comunitario spetta al giudice nazionale al quale è riservato il potere di a) verificare se la normativa nazionale, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, risponda realmente all'obiettivo invocato dal governo italiano, ossia quello mirante a prevenire l'esercizio delle attività in tale settore per fini criminali o fraudolenti; b) se queste restrizioni soddisfino le condizioni che risultano dalla giurisprudenza della Corte per quanto riguarda la loro proporzionalità.

Quanto all'esclusione dai bandi di gara per l'attribuzione di concessioni delle società quotate nei mercati regolamentati, il giudizio della Corte è stato molto più netto.

Ricordando che la Commissione delle Comunità europee era stata del parere che tale restrizione aveva come conseguenza di escludere da queste gare gli operatori

comunitari più importanti nel settore dei giochi d'azzardo, il giudice comunitario ha escluso che la modifica normativa medio tempore introdotta dal legislatore interno- che aveva eliminato il divieto di partecipazione alle società di capitale - potesse spiegare effetto pratico, risultando le concessioni già attribuite nel 1999 valida per sei anni e rinnovabili per analogo periodo-.La stessa Corte ha quindi aggiunto che, indipendentemente dalla questione se l'esclusione delle società di capitali quotate nei mercati regolamentati si applichi, in effetti, allo stesso modo agli operatori stabiliti in Italia ed a quelli provenienti da altri Stati membri, tale esclusione totale andava oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo mirante ad evitare che soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo siano implicati in attività criminali o fraudolente. Ciò perché esistono altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività degli operatori nel settore dei giochi di azzardo che limitano in modo minore la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, come quello consistente nel raccogliere informazioni sui loro rappresentanti o sui loro principali azionisti.

Interessante è, peraltro, il passaggio, contenuto nel punto 63 della motivazione, allorché la Corte si preoccupa delle conseguenze derivanti dall'illegittima esclusione di alcuni degli operatori che non potevano, secondo l'ordinamento nazionale, partecipare alla gara, chiarendo che "spetta all'ordinamento giuridico interno stabilire le modalità procedurali che garantiscano la tutela dei diritti che gli operatori derivano dall'efficacia diretta del diritto comunitario, a condizione tuttavia che le dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)".

Ed è in questo contesto interessante rilevare come la Corte di giustizia, prendendo a prestito la tendenza della Corte europea dei diritti umani- recentemente manifestatasi nelle ipotesi di c.d."violazioni di sistema" accertate per contrasto con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani- si prende cura di ipotizzare quelle "misure idonee" capaci di elidere gli effetti di una violazione palese del diritto comunitario che potrebbe colpire tanto le amministrazioni che, si badi bene, i giudici nazionali che hanno riconosciuto la legittimità delle esclusioni.

Ecco che in questa prospettiva - apertamente orientata a "suggerire" alle autorità interne l'adozione di misure che possano contenere gli effetti dannosi delle violazioni ed al contempo rendere "effettiva" la tutela delle posizioni giuridiche soggettivi di matrice comunitaria- si coglie ancora una volta come "il sistema" delle giurisdizioni sovranazionali si vada, più o meno consapevolmente, uniformando su standard di tutela che non guardano solo e tanto al singolo caso, ma si preoccupano di arginare gli effetti dannosi che possono derivare in caso di danno plurioffensivo. Il giudice di Lussemburgo ha quindi chiarito che "tanto una revoca e la redistribuzione delle precedenti concessioni quanto la messa a concorso di un numero adeguato di nuove concessioni potrebbero essere soluzioni appropriate", fermo restando che la mancanza di concessione non può costituire oggetto di sanzioni nei confronti degli operatori esclusi.

Analoghe considerazioni a quelle da ultime espresse sono state fatte dalle Corte di giustizia a proposito del sistema delle autorizzazioni di polizia- direttamente collegate al previo ottenimento della concessione- precisandosi così che la mancanza di autorizzazione non potrà essere addebitata a soggetti che non avrebbero potuto ottenere tali autorizzazioni per il fatto che la concessione di tale autorizzazione presuppone l'attribuzione di una concessione di cui i detti soggetti non hanno potuto beneficiare in violazione del diritto comunitario.

Il passo forse più delicato della decisione è però quello relativo alla legittimità delle sanzioni penali previste dall'ordinamento interno in caso di trasgressione della normativa ricordata.

Sul punto, infatti, la Corte di Cassazione, con la sentenza Gesualdi, aveva ritenuto che *“secondo dottrina e giurisprudenza costanti, il giudizio di congruità della sanzione penale è lasciato alla discrezionalità politica del legislatore e sottratto alla valutazione del giudice. Anche il giudice delle leggi, che pure ha titolo specifico per intervenire in questa materia alla luce del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., rispetta prudentemente questa discrezionalità legislativa, salvo casi eccezionali, come quello del delitto (ormai abrogato) di oltraggio (C. Cost. 341/1994)”, poi aggiungendo che “il giudice ordinario, quando sia chiamato – come nel caso – a compiere questa valutazione di congruità dalla Corte di Giustizia europea, non può fare a meno di osservare da una parte che il diritto comunitario lascia in genere al legislatore nazionale il potere di ricorrere alla sanzione penale per rafforzare precetti imposti o consentiti dallo stesso diritto comunitario, e dall'altra che il bilanciamento degli interessi in gioco nella soggetta materia si presenta talmente delicato da giustificare il ricorso a strumenti più o meno intensi di deterrenza penale.”*

Da qui la conclusione che *“il giudice ordinario non può, senza esorbitare dai suoi limiti istituzionali, ritenere incongruo il ricorso alla sanzione penale che sia dettato dalla preoccupazione di contrastare l'infiltrazione criminale, anche organizzata, nella gestione dei giochi, delle scommesse e dei concorsi pronostici.”*

Di diverso tenore le conclusioni fatte proprie dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia.

Questa, dopo aver ricordato che *“in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri”* ha però aggiunto che secondo una costante giurisprudenza comunitaria *“il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario”*, poi aggiungendo che la stessa Corte, in altra occasione, aveva ritenuto che uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l'adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto comunitario. Osservato così che i soggetti coinvolti nei procedimenti penali che avevano suscitato le questioni pregiudiziali, nella loro qualità di gestori di centri scommesse collegati ad una società che organizza scommesse quotata nei mercati regolamentati e stabilita in un altro Stato membro, non potevano ottenere le concessioni e le autorizzazioni di polizia richieste dalla normativa italiana, la Corte ha ritenuto che la Repubblica italiana non può

applicare sanzioni penali per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o autorizzazione di polizia a soggetti quali gli imputati nelle cause principali.

10.5 L'ulteriore intervento della Cassazione dopo la sentenza Gambelli- Cass.pen. n. 16969 del 28/03/2007 -.

Seguiva, quindi, Cass n. 16969 del 28/03/2007. In quest'ultima occasione il giudice di legittimità, preso atto del persistente e per certi versi acuito contrasto sorto tra le Sezioni Unite della Cassazione (sentt.Costa e Gesuali del 26 aprile 2004) ed il giudice comunitario (sent.Placanica), era giunto alla conclusione che il quadro normativo interno, contrastando con gli artt.43 e 49 Tr.CE- rispettivamente dedicati alla libertà di stabilimento ed alla libertà di prestazione di servizi- non potesse più trovare applicazione, dovendo farsi applicazione del meccanismo della non applicazione del regime sanzionatorio interno - se ed - in quanto contrastante con le due libertà fondamentali contenute nel Trattato. E ciò malgrado il diverso avviso espresso dalle Sezioni Unite, per le quali il giudice ordinario non poteva, *senza esorbitare dai suoi limiti istituzionali, ritenere incongruo il ricorso alla sanzione penale che sia dettato dalla preoccupazione di contrastare l'infiltrazione criminale, anche organizzata, nella gestione dei giochi, delle scommesse e dei concorsi pronostici.*

Il giudice di legittimità concludeva nel senso che il regime della gestione delle attività di giochi e scommesse vigente in Italia non poteva essere ulteriormente applicato dal giudice italiano, ma solo nella parte in cui prevede limiti alle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi che la sentenza 6/3/2007, Placanica e altri aveva ritenuto ingiustificati.

10.6 La risposta della Corte costituzionale in tema di scommesse(Corte cost.nn.454/2006 e 284/2007).

La vicenda "scommesse" è poi transitata anche presso la Corte costituzionale. Dapprima occorre rammentare Corte cost.18 dicembre 2006 n.454 che, con ordinanza, aveva dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di costituzionalità proposte dal Tribunale di Teramo -che pure aveva sollevato la questione pregiudiziale poi decisa dalla Grande sezione della corte di giustizia il 6 marzo 2007, cit. -e dal Tribunale di Sassari rispetto all'art.88 r.d.n.773/1931 richiamato dall'art.4, comma 4 bis, l.n.401/1989- ritenendo che i rimettenti avessero evidenziato problemi di compatibilità comunitaria delle norme denunciate che non potevano ad essa Corte costituzionale essere demandate.

Corte cost.n.284/2007 è poi recentemente intervenuta sull'identico tema della legittimità costituzionale degli artt.88 e 4 sopra citati prospettato questa volta dal Tribunale di Macerata.

A giustificare la competenza del giudice delle leggi era, secondo il remittente, la situazione di contrasto aperto fra la giurisprudenza comunitaria e quella di diritto interno posto che, impregiudicata la natura vincolante dell'interpretazione del diritto comunitario operata dalla Corte di giustizia, *verrebbe a ledersi il «principio di*

esclusività della competenza del giudice nazionale nell'interpretazione del diritto interno», se il giudice di merito, insoddisfatto dell'esegesi della Corte di cassazione, piuttosto che adeguarvisi in ossequio al «concetto di uniformità del diritto nazionale», potesse «direttamente richiamarsi all'ordinamento comunitario e questo applicare».

Il giudice di merito, ben conscio del meccanismo di non applicazione del diritto interno contrastante con quello sovranazionale, aveva ritenuto di non potersi fare ricorso in quanto la prevalenza eventualmente riconosciuta all'orientamento espresso dalla Corte di giustizia avrebbe "scalfito" il canone, ritenuto evidentemente fondamentale nel nostro ordinamento, che riconosce, appunto, alle Sezioni Unite il ruolo nomofilattico rispetto all'interpretazione del diritto interno.

La circostanza che il giudice di legittimità avesse elaborato un *diritto vivente* sulla base di un'interpretazione erronea dei principi comunitari enucleati dalla Corte di giustizia rappresentava per il tribunale di Macerata un ostacolo insormontabile alla disapplicazione da parte del giudice di merito, rendendo peraltro necessario ed obbligato l'intervento del giudice delle leggi, al quale sarebbe così spettato il compito di rimuovere la norma interna siccome "interpretata" erroneamente dal giudice di legittimità.

10.7 Il giudice delle leggi e l'art.117 Cost. Secondo Corte cost.n.284/2007.

Rispetto alla chiave di lettura offerta dal rimettente Corte Cost. n.284/2007 non ha ritenuto di ritagliarsi alcuno spazio operativo, riaffermando alcuni principi già noti ed introducendo, fra le righe, qualche importantissima precisazione in ordine al suo ruolo in caso di contrasto della normativa interna con fonti comunitarie non dotate di efficacia diretta.

Si è, anzitutto, esclusa la rilevanza, ai fini della questione di costituzionalità sollevata, del parametro di cui all'art.10 Cost. pure evocato dal rimettente, osservandosi che oltre a non risultare alcuna motivazione specifica a sostegno dell'illegittimità per contrasto con tale disposizione, l'art. 10 non è utilizzabile per le norme comunitarie, posto che l'esigenza di coerenza con l'ordinamento comunitario trova collocazione adeguata nell'art. 11 della Costituzione.

Esigenza che, prosegue la Corte, "a seguito della riforma del titolo V, risulta dall'art. 117, primo comma, della Costituzione."

Tale accenno - apparentemente scarno - alla disposizione introdotta con la novella al Titolo V della Costituzione, oltre ad essere l'unico che si rinviene nel tracciato motivazionale, sembra confortare una lettura *soft* dell'art.117 cit. almeno per ciò che concerne i rapporti fra ordinamento interno e diritto comunitario, inidonea, in ogni caso, a stravolgere il *diritto vivente* a fatica sedimentatosi sul punto.

In effetti, all'indomani dell'approvazione della novella al Titolo V della Costituzione, ci si era chiesto se l'esplicito riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ponesse un nuovo, espresso e specifico parametro - quello della c.d. "conformità comunitaria" - alla cui stregua ragguagliare la legittimità costituzionale della legge stessa. E se, conseguentemente, il mancato rispetto di tali vincoli da parte del legislatore statale o regionale determinasse l'illegittimità costituzionale della legge, in ragione del mancato rispetto dei

vincoli stessi. Ed ancora se la relativa violazione fosse sindacabile soltanto (in forma esclusivamente "accentrata") dalla Corte costituzionale e non più anche dai giudici comuni (in forma "diffusa").

E' dunque al giudice nazionale che spetta il dovere di trarre le conseguenze precisate da Corte cost.n.284/2007 in caso di riscontrato conflitto fra disposizioni interne e norme del diritto comunitario immediatamente efficaci- *id est* non applicare la norma interna-.

Nel far ciò, la Consulta riconosce un ruolo relevantissimo al rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art.234 Tr.CE, indicato a ragione quale "fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri" sempre che il giudice -di merito- "conservi dubbi rilevanti" sulla compatibilità delle norme interne col diritto comunitario.

In questa prospettiva, viene chiarito che se dubbi in ordine a tale incompatibilità non dovesse avere il giudice nazionale, questi è tenuto a non applicare il diritto interno, dovendo- nel caso del giudice di ultima istanza- e potendo- nel caso di altro giudice- sperimentare il rinvio pregiudiziale in esito al quale la sentenza della Corte comunitaria varrà a rendere evidente o meno il conflitto e dunque ad imporre- o meno- la non applicazione della norma interna.

Con la quasi scontata precisazione, assolutamente in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale, che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto al dubbio di costituzionalità, concernendo la stessa applicabilità della norma censurata e, dunque, la rilevanza di tale questione.

La Corte delle leggi ha così l'occasione per ritornare, quasi incidentalmente, sul rilievo che la pronunzia del giudice comunitario può avere rispetto al giudizio di costituzionalità ed al contrasto insorto fra diversi giudici interni sull'applicazione di una normativa che intercetta materie di competenza comunitaria, in tal modo offrendo all'interprete ulteriori argomenti favorevoli al pieno dispiegarsi del principio del *primato*, tante volte evocato.

Muovendo dal postulato, assoluto nella giurisprudenza comunitaria, che l'interpretazione del diritto nazionale è riservata al giudice domestico - risultando invece il compito della Corte di giustizia limitato a colmare eventuali dubbi interpretativi concernenti la normativa comunitaria- il tribunale di Macerata, come si è visto, si era chiesto se il giudice nazionale fosse abilitato a discostarsi dall'indirizzo del giudice di legittimità che si poneva in una linea di discontinuità col diritto comunitario.

A tale questione la Consulta risponde, come già si è detto, in modo lineare, ed in piena sintonia con le conclusioni espresse dall'Avvocato Generale Colomer nella causa *Placanica* sopra ricordata.

In quella circostanza, invero, l'Avvocato generale, trovatosi ad esaminare un rinvio pregiudiziale basato sul disaccordo dei giudici di grado inferiore rispetto allo sviluppo operato dalla Corte di cassazione dei criteri contenuti in una decisione del giudice comunitario, aveva ritenuto di superare i possibili dubbi circa la

competenza della Corte europea a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale⁸⁹ osservando che la rilevanza interna della questione non elideva il ruolo della Corte di giustizia⁹⁰.

Anzi, proprio la funzione primaria della Corte di giustizia, consistente nel garantire con carattere esclusivo l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme europee lasciava intendere che il giudice comunitario, attraverso il rinvio pregiudiziale, potesse mediare nella disputa giuridica tra gli organi giudiziari di un paese con riferimento all'interpretazione dell'ordinamento dell'Unione effettuata da un giudice di grado superiore⁹¹.

Se dunque la Corte di giustizia è *supremo interprete dell'ordinamento europeo, vertice essenziale per l'esistenza di una vera comunità di diritto*- p.89 Concl.Av. Gen.Colomer in causa Placanica- non stupisce che il giudice delle leggi italiano abbia espresso un avviso che quei postulati finisce indiscutibilmente per corroborare, portando alle

⁸⁹ V.conc.Placanica Avv.gen.V.Colomer. ult.cit.: "...Vi sono vari argomenti a favore di una soluzione negativa di tale problema: in primo luogo, nell'ambito del rinvio, l'interpretazione della norma statale spetta ai giudici del paese membro, meglio collocati per tale operazione, avendo sempre di mira il procedimento pendente, nel rispetto delle regole interpretative fornite dalla Corte di giustizia. Conformemente a questa idea, la sentenza Gambelli ha affidato esplicitamente ai giudici italiani il compito di valutare se le disposizioni del proprio diritto rispettino le libertà comunitarie. In secondo luogo, se i giudici pervengono a risultati diversi o contraddittori, spetta al loro ordinamento giuridico porre in essere gli strumenti per uniformare le opinioni. In tal senso, la pronuncia di un giudice di ultimo grado vincola i giudici di grado inferiore, ai quali dovrebbe essere vietato far ricorso, per saltum, alla giustizia europea, poiché il Trattato non prevede alcun ricorso diretto contro le decisioni degli organi giurisdizionali nazionali, anche se statuscono in ultimo grado applicando erroneamente il diritto dell'Unione."

⁹⁰ Concl.Placanica, cit. punti 81 ss;quando la Corte di giustizia affida ai giudici degli Stati membri il compito di valutare le norme nazionali in relazione a quelle comunitarie, non rinuncia alle sue attribuzioni in questo campo, ma mette in pratica i principi che ispirano il dialogo pregiudiziale, riconoscendo i vantaggi della prossimità alla controversia, conservando però la decisione definitiva in tale materia. Così ha ammesso nuove questioni, se il giudice nazionale si trova di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza della Corte di giustizia, se sottopone a quest'ultima una nuova questione giuridica o se le sottopone nuovi dati di valutazione tali da indurre la Corte a risolvere altrimenti una questione che era già stata sollevata. Gli stessi principi valgono quando le difficoltà provengono da una sentenza di un giudice nazionale di ultimo grado che applica i criteri della Corte di giustizia. Se si impedisse ai giudici italiani di rivolgersi alla Corte di giustizia in casi come quelli di cui trattasi, le anomalie si correggerebbero solo mediante un ricorso per inadempimento, analogamente a quanto successo nella sentenza 9 dicembre 2003, Commissione/Italia. L'uso di questa via causa alcuni problemi: 1) lascia in mano a chi è legittimato ad agire la valutazione dell'infrazione e del momento in cui denunciarla dinanzi alla Corte di giustizia, allorché i giudici nazionali si trovano in una situazione idonea per effettuare entrambe le operazioni; 2) comporta che, nella fase precontenziosa del procedimento relativo al ricorso per inadempimento, in seguito alle ingiunzioni della Commissione, i poteri legislativo ed esecutivo dello Stato membro condizionano il potere giudiziario, con il rischio di menomare la sua indipendenza; e 3) fa riflettere sul contenuto e sulle conseguenze della dichiarazione di inadempimento, poiché la menzionata sentenza Commissione/Italia è stata motivata, in parte, con la presenza nell'ordinamento giuridico nazionale di una norma che ammetteva un'interpretazione contraria allo spirito comunitario.

⁹¹ V. ancora concl.Av. gen.causa Placanica, cit.,p.88 ss. : "... In questa linea di pensiero, nella sentenza 16 gennaio 1974, Rheimühlen-Dusseldorf, la Corte ha ammesso che la questione pregiudiziale svolge la funzione essenziale di garantire che il diritto istituito dal Trattato abbia la stessa efficacia in tutto il territorio della Comunità; ha aggiunto che intende anche assicurare l'applicazione uniforme, «offrendo al giudice nazionale il mezzo per sormontare le difficoltà che possono insorgere dall'imperativo di conferire al diritto comunitario piena efficacia nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri» (punto 2), con una discrezionalità molto ampia per sottoporre la questione alla Corte di giustizia (punto 3), di modo che «il giudice che non si pronuncia in ultimo grado, qualora ritenga che il vincolo a rispettare le valutazioni contenute nella sentenza di rinvio del Tribunale superiore possa risolversi in pratica in una sentenza incompatibile con il diritto comunitario deve rimanere libero di interpellare la Corte di giustizia sui punti che gli paiono nebulosi» giacché, se fosse vincolato, senza sottoporre la questione, la competenza della Corte di giustizia e l'applicazione del diritto comunitario in ogni grado di giudizio dinanzi alle magistrature nazionali «ne verrebbero pregiudicate», salvo se le questioni «[fossero] materialmente identiche» a quelle formulate dal giudice di ultimo grado (punto 4)

estreme conseguenze quel *cammino comunitario*⁹² di cui tanto la dottrina parlò per contestare le aperture di credito progressivamente accordate dalla Corte costituzionale al sistema comunitario.

10.8 Corte cost.n.284/2007 ed i controlimiti.

Tanto chiarito, il giudice delle leggi non ha poi condiviso l'opinione del giudice rimettente circa l'asserita impossibilità del giudice nazionale di non fare applicazione della norma interna quando essa è interpretata autenticamente dal giudice di legittimità in modo erroneo rispetto al diritto vivente espresso dalla Corte di giustizia.

La situazione perpetuata dalle sentenze *Costa* e *Gesualdi* delle Sezioni Unite penali ed il loro contrasto con norme comunitarie "*pacificamente provviste di effetto diretto*", "non vale certo a trasformare in questione di costituzionalità una questione di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto".

Dunque, le preoccupazioni palesate dal giudice remittente si dissolvono attraverso il richiamo al noto principio che preclude al giudice comune l'applicazione di disposizioni del diritto interno contrastanti col diritto comunitario dotate di efficacia diretta quando egli non ha dubbi in ordine all'esistenza del conflitto.

Richiamo che, peraltro, si completa con l'inserimento, nell'impianto motivazionale di Corte cost.n.284/2007, della c.d.teoria dei controlimiti⁹³ e del rinvio, espresso, fatto a Corte cost.n.454/2006, cit., in cui il giudice delle leggi, posto di fronte a quesiti sostanzialmente sovrapponibili rispetto a quelli evidenziati dal giudice di Macerata, aveva ritenuto che il giudice nazionale può investire la Corte costituzionale della questione di compatibilità comunitaria anche "qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, sindacabile *esclusivamente* dalla Corte costituzionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona".

Ora, è ben chiaro che il giudice costituzionale, nel dichiarare precluso il proprio sindacato rispetto alla questione sollevata dal Tribunale di Macerata, ha sostanzialmente escluso che il dubbio sollevato potesse integrare uno di quei "controlimiti" tanto spesso evocati dal giudice delle leggi- ma mai concretamente applicati- anche solo per riaffermare l'argine oltre il quale non è ammessa l'espansione del diritto comunitario e torna a prevalere la sovranità statale(per

⁹² Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur.cost.*,1973, 2406.

⁹³ Per comprendere la genesi dei controlimiti nell'ambito dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno v. Corte cost. n. 183/1973, in *Giur. Cost.* 1973, 2401 ss. : "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; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini – , possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare *i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*".V anche Corte cost.n. 170/1984, in *Giur. Cost.* 1984, 1222 ss.: "Le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai *principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale* e ai *diritti inalienabili della persona umana*, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronunzia".

bocca del giudice costituzionale) ma mai concretamente applicati dal giudice delle leggi.

Del resto, il tema sollevato dal rimettente era assai stimolante, avendo sostanzialmente quel giudice ipotizzato che nella "scala" dei valori dell'ordinamento l'inosservanza del canone dell'interpretazione conforme ai precedenti resi in sede di conflitto esegetico dalla Corte di Cassazione- soprattutto se provenienti dalle Sezioni Unite- pur se resi in contrasto i *dicta* autoapplicativi del giudice comunitario, avrebbe provocato la *rottura* del sistema, tanto da imporre una declaratoria di incostituzionalità della norma come interpretata dal giudice nazionale.

Tra i pensieri del giudice rimettente aleggiava, probabilmente, l'idea che la giurisdizione nazionale fosse da considerare un canone caratteristico della sovranità della quale questa rappresenta un elemento costitutivo e che una gerarchizzazione fra giudicati comunitari e giudicati nazionali, quando questi ultimi provengono dalla Corte di legittimità alla quale è affidato il principio dell'uniforme interpretazione del diritto non potesse che passare attraverso il sindacato accentrato del giudice delle leggi tenuto, però, secondo lo stesso remittente, a riportare ordine nel sistema eliminando il dissidio in favore dei principi espressi dal giudice comunitario-ai quali, pertanto, doveva comunque riconoscersi un diritto di prevalenza-.

La Corte costituzionale non ha condiviso il duplice assunto del giudice del riesame lucano e si è allineata ai principi in passato espressi, non solo con riguardo ai rapporti fra diritto interno e diritto comunitario, ma anche quando è stata chiamata a valutare la rilevanza delle pronunzie rese dai tribunali ecclesiastici, appunto negando che nell'ordinamento italiano la giurisdizione fosse da considerare assolutamente inderogabile("...una inderogabilità assoluta della giurisdizione statale non risulta da espresse norme della Costituzione, né è deducibile, con particolare riguardo alla materia civile, dai principi generali del nostro ordinamento, nel quale ipotesi di deroga sono stabilite da leggi ordinarie")⁹⁴.

Facendo applicazione di tale principio al caso sottopostole, Corte cost.n.284/2007, evocando correttamente il parametro costituzionale dell'art.11 - e non menzionando, questa volta, l'art.117 1^a comma Cost.- ha ritenuto che anche nel caso di "contrasto" fra *diritto vivente* del giudice interno e *diritto vivente* del giudice comunitario il primo debba dare prevalenza e rilievo al secondo, non applicando il primo.

In altre parole, anche con riferimento ai rapporti fra ordinamento interno e diritto comunitario, la Corte, dopo essersi autoattribuito *in via esclusiva* il compito di individuare i controlimiti che potrebbero (in via astratta) elidere il potere di non applicazione, ha espressamente escluso che nel caso posto al suo vaglio potessero ritenersi ragioni plausibili- che invece furono affermate in Corte cost.n.2 febbraio 1982 n.18⁹⁵- per ritenere che la riserva di giurisdizione nazionale costituisse un *super* principio costituzionale tale giustificare la regressione del diritto comunitario.

⁹⁴ Corte cost.n.175/173, in *Giur.cost.*, 1973,2335.

⁹⁵ in *Giur.cost.* 1982, 133 ss.-

Anzi, proprio la presenza dell'art.11 Cost. giustifica agli occhi della Corte costituzionale la "prevalenza" della pronunzie della Corte di giustizia, dotate di operatività immediata negli ordinamenti interni- in questa prospettiva si richiamano Corte cost.n.389/1989 e Corte cost.n.11/1985-.

Si comprenderà, allora, come il riferimento ai controlimiti che pure continua ad evocarsi dal giudice delle leggi operato da Corte cost.n.284/2007 finisce sempre più con l'assomigliare ad un baluardo che la Corte mantiene quasi più per ragioni di forma che non di sostanza finendo, peraltro, per mitigare i tentativi giurisprudenziali, anche recenti, che intendono invece riempire di contenuti i controlimiti fino al punto di escludere il dovere del giudice di ultima istanza di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando la norma comunitaria dovesse "cozzare" contro una di tali *controlimitazioni* e di affermare che il sindacato sui controlimiti spetta allo stesso giudice e non è "sindacabile esclusivamente" dalla Consulta, come invece affermato da Corte cost.n.454/2006,cit. e ribadito dalla pronunzia che si commenta⁹⁶.

Si ha così la sensazione che la teoria dei controlimiti sembri destinata, nel medio-lungo periodo, a progressivamente arenarsi⁹⁷. Se non è seriamente ipotizzabile che vi siano norme comunitarie in grado di vulnerare il principio democratico su cui poggia l'ordinamento nazionale⁹⁸ o le radici stesse del Paese⁹⁹, per quel che riguarda il riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo¹⁰⁰ -che il giudice delle leggi sembra voler circoscrivere al circuito costituzionale interno - v'è da dire che esso va progressivamente assumendo una dimensione transnazionale per effetto di quel corposo numero di strumenti normativi sovranazionali- comunitari e non- che hanno disciplinato i diritti umani fondamentali e che si pongono con forza immediatamente precettiva e suprema per le giurisdizioni nazionali¹⁰¹. Senza dire

⁹⁶ Il tema è stato di recente affrontato da Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, può leggersi in www.lexitalia.it, n. 7-8/2005, con nota adesiva di Celotto, *I controlimiti presi sul serio* secondo il quale sussiste, tuttora, "uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. È appunto l'area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile "controlimite" alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato".

⁹⁷ Sul tema v.Ruggeri, *Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁹⁸ Corte cost.n. 48 del 1979, in *Giur. Cost.* 1979, 373 ss., 382, parlando dei limiti cui dovevano ritenersi sottese le norme internazionali consuetudinarie(art.10 Cost.) evocava la sovranità popolare e la rigidità della Costituzione.

⁹⁹ Va ricordato, al proposito, che Corte cost.n.1146/1988, in *Giur. Cost.* 1988, 5565 ss., con nota di Bartole, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, affermò che "la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali" e che "tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana".

¹⁰⁰ Osserva Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giureconsult.org, che con l'accezione *inviolabile* il giudice costituzionale intende riferirsi per un verso al fatto che un diritto avente tali caratteristiche non può essere oggetto di revisione costituzionale e, per altro verso, all'impossibilità che il contenuto di valore di tale posizione possa subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante.

¹⁰¹ cfr. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo*, in *Rass. Dir. Pub. Eur.*, 2002, 9 ss.; Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. pubb.*,

che la rigidità della prevalenza incondizionata del parametro costituzionale sulla norma eurounitaria in caso di acclarato controlimite è stata messa in discussione da autorevole dottrina, patrocinandosi il ricorso a valutazioni di tipo assiologico¹⁰². Ed in questa prospettiva il principio di supremazia che pare sottostare alla scelta del giudice costituzionale interno sembra recessivo rispetto ad un processo osmotico fra i diversi sistemi.

E non rileva, qui, che i diversi *cataloghi* dei diritti siano in tutto o solo in parte sovrapponibili, piuttosto dovendosi sottolineare che non esiste più quell'esclusiva che si giustificava, semmai, quando all'interno del diritto comunitario i diritti umani fondamentali trovano giustificazione e tutela solo pretoria- per effetto di commendevoli interventi del giudice comunitario¹⁰³- ma scarsa base normativa. E ciò proprio per i notevoli passi avanti che sono stati sul punto compiuti, anche attraverso l'assorbimento della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento comunitario, favorito dall'art. 6, n. 2 del TUE e più recentemente dalla Carta di Nizza-Strasburgo.

10.9 Il decreto *Bersani* e la nuova richiesta di chiarimenti alla Corte di Giustizia. Un'altra sconfitta per il "sistema Italia" agli occhi della Corte di Giustizia- Corte giust. 17 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/2010, *Costa e Cifone*.-

L'ordinamento interno ha cercato di porre rimedio, anche a livello legislativo, alla situazione appena descritta. Il decreto legge n. 223/2006 ("Decreto Bersani") ha quindi riformato il settore dei giochi d'azzardo ed al fine di rimediare all'illegittima esclusione di operatori che si erano organizzati in società di capitali

2002, 556 ss.; Onida, *Armonia tra diversi e problemi aperti, La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in Quad. Cost., 2003; Ruggeri, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in Falzea, Spadaio, Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 505 ss.V., ancora, di recente, Ruggeri, *Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it: "...lo schema esibito dalla giurisprudenza [costituzionale n.d.r.] sembra essere parziale e risentire – se posso esprimermi con franchezza – di una ispirazione "nazionalistica", frutto di una non paritaria considerazione riservata a tutti i valori fondamentali. È singolare che non si avverta come l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale sia richiesta (rectius, imposta) da uno dei nostri principi fondamentali: un'apertura che va, ovviamente, assunta non come incondizionata o illimitata e che va piuttosto – come si è venuti dicendo – misurata in concreto, secondo ragionevolezza..."

¹⁰² Ruggeri, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del titolo V?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it: "...Se ne ha, pertanto, che le norme comunitarie (e, per quest'aspetto, il discorso – come si è poc'anzi accennato – sembra estensibile anche alle norme internazionali) partecipano esse pure ad un "gioco" assiologico che, senza sosta, si svolge e da se medesimo rinnova, al momento in cui le norme stesse s'immettono nell'ordine interno. Detto altrimenti: il raffronto tra le norme in campo (e in reciproco conflitto) evoca di necessità i valori di riferimento, laddove dovesse dimostrarsi la diretta, immediata discendenza delle prime dai secondi, vale a dire il carattere servente di quelle rispetto a questi; ed il conflitto tra valori non può assiomaticamente, per sistema, risolversi a vantaggio di un valore su un altro (o altri)." ;idem, *Riforma del titolo V e giudizi di "comunitarietà" delle leggi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it : "...Il che – è bene che si dica con chiarezza – equivale, tuttavia, a dire che i "controlimiti" come categoria teorica non esistono, i principi fondamentali di volta in volta evocati in campo, in ragione della materia regolata e, soprattutto, del modo della sua regolazione da parte della normativa comunitaria, partecipando di un "gioco" assiologico dagli esiti astrattamente imprevedibili e piuttosto concretamente determinati dai casi, a seconda di come in questi ultimi fatti e norme (sia di diritto sovranazionale che di diritto interno) si combinino e conseguano un loro proprio equilibrio."

¹⁰³ E' sufficiente, dunque, evocare, sul versante giurisprudenziale, i casi *Stauder* –causa C-29/69- *Internazionale handels-gesellschaft*-causa C-11/70-*Nold*- causa C-4/73- ove emerge l'esigenza di riconoscere anche nell'ordinamento comunitario la tutela dei diritti fondamentali e la sentenza *Rutili*- causa C-36/75- nella quale compare un espresso riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, alla quale fece seguito la non meno storica decisione *Hauer* – causa C-44/1979-.

dalle gare svoltesi nel 1999, ha previsto l'assegnazione di nuove concessioni mediante gara.

All'indomani del Decreto legge appena ricordato sono tuttavia ricomparsi gli spettri di un'eventuale permanente contrasto della disciplina interna con i canoni dell'UE.

In tale contesto, alla Corte di Giustizia è stato nuovamente richiesto di pronunciarsi in via interpretativa circa la compatibilità della disciplina interna con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi sanciti dal diritto dell'UE (artt. 43 e 49 CE, ora artt. 49 e 56 TFUE), avendo specificamente di mira l'art. 38 del Decreto Bersani e l'art.23 dello Schema di Convenzione tra i concessionari e l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. In particolare, l'art. 38 del Decreto Bersani ha previsto che i nuovi concessionari devono collocare i loro punti vendita ad una distanza minima da quelli già esistenti, per i quali è stata rilasciata concessione a seguito delle gare del 1999. L'art. 23 dello Schema di Convenzione, invece, prevede, tra l'altro, la decadenza della concessione (e delle garanzie pecuniarie prestate per ottenerla), qualora la società titolare della concessione stessa abbia proposto giochi non autorizzati.

Corte giust. 17 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/2010, *Costa e Cifone*, ha quindi ritenuto che “ *Gli articoli 43 CE e 49 CE, nonché i principi di parità di trattamento e di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che uno Stato membro, il quale abbia escluso, in violazione del diritto dell'Unione, una categoria di operatori dall'attribuzione di concessioni per l'esercizio di un'attività economica e che cerchi di rimediare a tale violazione mettendo a concorso un numero rilevante di nuove concessioni, protegga le posizioni commerciali acquisite dagli operatori esistenti prevedendo in particolare determinate distanze minime tra gli esercizi dei nuovi concessionari e quelli di tali operatori esistenti. Gli articoli 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che vengano applicate sanzioni per l'esercizio di un'attività organizzata di raccolta di scommesse senza concessione o senza autorizzazione di polizia nei confronti di persone legate ad un operatore che era stato escluso da una gara in violazione del diritto dell'Unione, anche dopo la nuova gara destinata a rimediare a tale violazione, qualora quest'ultima gara e la conseguente attribuzione di nuove concessioni non abbiano effettivamente rimediato all'illegittima esclusione di detto operatore dalla precedente gara. Risulta dagli articoli 43 CE e 49 CE, dal principio di parità di trattamento, dall'obbligo di trasparenza, nonché dal principio di certezza del diritto che le condizioni e le modalità di una gara, quale quella in questione negli odierni procedimenti principali, e in particolare le norme contemplanti la decadenza di concessioni rilasciate al termine di tale gara, come quelle dettate dall'articolo 23, commi 2, lettera a), e 3, dello schema di convenzione tra l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato e l'aggiudicatario della concessione per giochi d'azzardo relativi ad eventi diversi dalle corse dei cavalli, devono essere formulate in modo chiaro, preciso e univoco, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare.>>*

10. 10 La lettura di Corte Giust. 17 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/2010, Costa e Cifone, da parte di Cass.n.18767/2012.

E' ancora una volta un recentissimo precedente della Corte di Cassazione chiamato a verificare la legittimità di una misura cautelare reale adottata dal GIP presso il tribunale di Palermo nei confronti di un gestore di un centro scommesse affiliato con una società austriaca a dimostrare quanto difficile sia la strada del dialogo fra le Corti ma, al contempo, quanto la stessa appaia comunque obbligata.

Cass. n.18767/12, già oggetto di commento critico in dottrina sulla rivista www.dirittopenalecontemporaneo¹⁰⁴, ha ritenuto di offrire una lettura riduttiva della sentenza resa dalla Corte europea, ritenendo che per giungere alla disapplicazione della normativa nazionale che sanziona penalmente l'assenza dell'autorizzazione e' condizione necessaria che la società straniera sia stata esclusa dalla gara in violazione del diritto UE e non sia stata posta successivamente in condizione di potere effettivamente rimediare alla illegittima esclusione. Secondo il giudice di legittimità la sentenza della Corte europea del febbraio 2012 avrebbe affermato i principi sopra ricordati nei confronti di società di diritto inglese che era stata esclusa dalla gara per l'assegnazione delle concessioni e non era stata messa in condizioni di partecipare alla gara del 2006. Era in questo contesto che andava inquadrato il principio espresso dal giudice eurounitario.

Orbene, quel che qui preme sottolineare non e' tanto la condivisibilità o meno della decisione ora brevemente ricordata, quanto la necessita' che sia il giudice nazionale "di merito" ad essere direttamente chiamato a valutare la portata ed il contenuto della sentenza resa dalla Corte europea. Ed in quest'attività di attuazione dei principi fissati dal giudice europeo sarà ancora una volta quel giudice, più che il giudice di legittimità, a dovere verificare il senso e la portata della sentenza del febbraio 2012. Decisione europea che a chi scrive sembra ancora una volta pesantemente orientata a stigmatizzare la scelta dell'ordinamento nazionale di lasciare valide e ferme le precedenti concessioni impedendo ai nuovi futuri concessionari di mettere in discussione la posizione di vantaggio goduta dai primi ed in tal modo ancora una volta dissuadendoli dal partecipare alla gara del 2006.

Ma al di là della condivisibilità o meno di questa lettura della sentenza della Corte europea, non pare revocabile in dubbio la migliore idoneità del giudice di merito a farsi diretto ed immediato tutore dei diritti fondamentali.

E' infatti la dimensione sempre più prepotentemente casistica e fattuale del diritto a dimostrare quanto la corretta e precisa dimensione della vicenda posta al vaglio del giudice porta a plasmare il diritto scritto verso soluzioni che nel caso riescono a fornire la migliore tutela possibile del diritto coinvolti. Valutazione, quella appena espressa, che non intende certo emarginare il ruolo del giudice di legittimità nel processo di concretizzazione del diritto ma che, molto più concretamente, prende atto delle dinamiche dei rapporti giudice di legittimità-giudice di merito, delle caratteristiche che istituzionalmente appartengono al sindacato di legittimità della

¹⁰⁴ Parodi-Viganò, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, 25 maggio 2012.

Cassazione e, in definitiva, della centralità del giudice del fatto che della vicenda ha la possibilità ed il dovere di conoscere tutti gli aspetti concreti necessari perché la risposta giudiziaria sia quanto più efficace, effettiva, adeguata e proporzionata.

10.11 L'obiter di Cass.18767/2012 sulla portata dei principi generali dei Trattati e sulla loro immediata operatività. Un ritorno al passato.

E' ancora Cass.n.18767/2012 ad offrire l'opportunità di riflettere su un'altra buona ragione per conoscere le regole che governano i sistemi che il giudice comune e' chiamato ad applicare.

Il tema, centrale, e' quello della portata ed efficacia dei principi generali contenuti nei Trattati UE e della loro capacita' di operare immediatamente fino a consentire al giudice nazionale di disapplicare una norma interna con essi contrastante.

Il giudice di legittimità, nella sentenza sopra evocata, non ha direttamente affrontato tale tema ritenendo, per quanto si e' detto, che non vi era dubbio circa la piena efficacia dell'ordinamento interno in tema di scommesse rispetto alle coordinate fissate dalla Corte di Giustizia. E tuttavia, lo stesso Giudice non ha mancato di sottolineare, in un'affermazione incidentale, che la non applicazione del diritto interno presuppone il contrasto con "*...un altro puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso.*" Aggiunge poi la Cassazione che tale situazione "*... può verificarsi ad esempio, quando un principio generale posto dal Trattato UE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di Giustizia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo*".

Quando, persegue la Cassazione, "*...si sia in presenza di una situazione di non conformità della norma interna con principi generali dell'ordinamento comunitario, il Giudice nazionale ha il dovere di operare una interpretazione conforme, ma se questa non e' possibile, il giudice non potrebbe far altro che eventualmente sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di Giustizia o una questione di legittimità costituzionale per la indiretta violazione dell'art.117 comma 1 Cost. Non si tratterebbe infatti di "non applicare" la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, disapplicare o eliminare la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito questo che però spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in pratica ad essere aggirata se si ammettesse una sorta di controllo diffuso di compatibilità comunitaria.*"

Nessuna delle proposizioni sopra riportate appare sostenuta, a sommo giudizio di chi scrive, da un percorso argomentativo solido e persuasivo anzi dimostrando, ancora una volta, quanto sia essenziale per il giudice nazionale affrontare le vicende che riguardano il diritto UE con un'ottica protesa a cogliere le regole rilevanti per l'applicazione del diritto all'interno di quel sistema e non "esportando" principi originati a livello nazionale, anche se legittimati dalla Corte costituzionale. L'idea che sembra patrocinare la Cassazione muove dal rilievo che i principi contenuti nei Trattati UE non sono *ex se* dotati di efficacia precettiva, acquisendo

tale caratteristica solo per effetto dell'attività concretizzatrice della Corte di Giustizia.

Tale affermazione non sembra cogliere la distinzione fra caratteristiche proprie di un diritto fondamentale, libertà o principi sanciti a livello di Trattato UE, Carta di Nizza-Strasburgo, principi generali sanciti dall'art.6 par.3 CEDU ed attività ermeneutica della Corte europea. Un conto sembra essere il carattere immediatamente vincolante di una di siffatte posizioni giuridiche, altra e' l'attività nomofilattica che e' chiamata a svolgere il giudice di Lussemburgo. Da ciò sembra doversi trarre il convincimento che l' eventuale rinvio pregiudiziale che il giudice nazionale può essere chiamato ad esercitare, pur essendo da uno strumento di straordinaria efficacia nel processo di attuazione dei diritti fondamentali, non e' condizione ineludibile per riconoscere l'immediata percettività di tali diritti fondamentali tutte le volte che il giudice nazionale, sulla base del diritto vivente nazionale o della stessa Corte di Giustizia ritenga di attribuire efficacia cogente a detto principio. Tanto e' sufficiente per sgombrare il campo dall'idea di considerare che la qualificazione in termini di precettività debba farsi in astratto sulla disposizione e non già sulla norma che prende forma dal significato che alla stessa viene dato ma non importa affatto di ritenere, come invece assume la Cassazione, che i principi generali siano privi di efficacia precettiva in assenza di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Nemmeno convincente sembra la conclusione che trae la Corte di legittimità ritenendo che il mancato rinvio pregiudiziale o il mancato rinvio degli atti alla Corte costituzionale perché questa possa eventualmente dichiarare la contrarietà della norma interna con il principio non dotato di immediata efficacia potrebbe determinare un aggiramento del sindacato diffuso della Corte.

Tali conclusioni sembrano contrastare radicalmente con i principi a suo tempo fissati da Corte cost.n.284/2007 - resa, come si è visto, proprio in tema di scommesse- della quale già si e' detto e nella quale era apparso evidente che le norme parametro primarie comunitarie fossero *pacificamente provviste di effetto diretto*, confermando semmai l'estrema problematicità della soluzione che ritiene possibile il sindacato di costituzionalità in siffatti ambiti.

A conti fatti *l'obiter* di cui si e' detto sembra riportare il sistema dei rapporti fra ordinamento interno e UE ad un'epoca remota, depotenziando pericolosamente il ruolo del giudice nazionale comune, travolgendo decenni di giurisprudenza della Corte di Giustizia e della stessa Corte costituzionale che, prima di Corte cost.n.227/2010, aveva costantemente favorito ed implementato il ruolo del giudice comune.

Proprio la delicatezza della questione sembra imporre un'ulteriore approfondimento sul ruolo della Corte costituzionale nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento eurounitario ed elle disposizioni UE non dotate di efficacia immediata, apparendo evidente che l'indirizzo incidentalmente espresso da Cass.n.18767/2012 trova importanti conferme proprio nella giurisprudenza costituzionale e, segnatamente, in Corte cost. nn. 28/2010 e 227/2010 sulle quali e' necessario soffermarsi.

Ma e' proprio la vicenda del mandato di arresto europeo della quale si e' già fatto cenno a dimostrare quanto ormai il ruolo di *leader* nel processo di implementazione dei diritti fondamentali debba essere svolto dal giudice comune perché così hanno stabilito la Costituzione e le Carte dei diritti fondamentali.

11. A mo' di conclusione. Il ruolo del giudice nazionale -di merito e di legittimità'- quando è chiamato a disapplicare una norma nazionale contrastante con il diritto UE o interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto eurounitario e' diverso se in gioco sono i diritti di matrice CEDU?

Al termine di queste riflessioni sembra doveroso un accenno al tema del ruolo del giudice nazionale rispetto all'applicazione della CEDU sul quale si è cercato in passato di fornire alcuni spunti di riflessione, cercando sì di valorizzare i risultati prodotti dalle stranote sentenze gemelle del 2007 in ordine ai rapporti fra diritto interno e CEDU rispetto alle riflessioni espresse in passato, al contempo evidenziando i punti meno virtuosi del ragionamento della Corte costituzionale, soprattutto in ordine alle dichiarata diversità ontologiche fra diritto UE e CEDU che renderebbero assolutamente impossibile esportare il meccanismo della disapplicazione previsto con riguardo al primo all'interno del rapporto norma interna CEDU¹⁰⁵.

In definitiva, la posizione espressa dalla Corte Costituzionale sembra direttamente collegato alla centralità e superiorità della Costituzione rispetto alle Carte ed agli obblighi internazionali ai quali rinvia l'art.117 1^ comma Cost.

Ancora una volta, chi scrive stenta a riconoscersi in un modo di pensare alla Costituzione come assoluto. La Costituzione ed i padri costituenti sono figli dei loro tempi che furono tempi straordinari, vissuti in Italia e fuori dai suoi confini.

Datano 1948 la dichiarazione dei diritti dell'uomo e la Costituzione, data 1950 la CEDU-forse questo non lo si ricorda abbastanza- e non si ricorda, ancora, che questi documenti non hanno " creato" i diritti umani, ma li hanno riconosciuti, come dice chiaramente l'art.2 Cost. e formalizzati. Il che Val quanto dire che i diritti fondamentali preesistevano alla stessa Costituzione.

La nostra Costituzione si e' posta, davvero, su un gradino più in alto. Ma io credo non perché i diritti umani li ha creati per prima o meglio delle altre carte e dunque su queste deve prevalere, piuttosto perché ha compreso la centralità della pace e della giustizia e dunque dei diritti umani fino al punto da riconoscere nell'art.11 cost. come nell'art.2 un'apertura straordinaria *all'altro* fino a giustificare limitazioni di sovranità.

¹⁰⁵ sia consentito il rinvio a Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, specificamente 105 ss.

L'argomento per cui l'art.11 Cost. guarda all'ordinamento e perciò non alla CEDU mi sembra contrasti con ragioni temporali evidenti oltre che storiche. L' art.11 fu pacificamente voluto guardando alla costituenda organizzazione della Nazioni Unite che non e' ordinamento. E la Comunità economica europea, come sistema ordinamentale, nel 1948 , non era ancora venuta ad esistenza ma anzi di profilava come organizzazione avente finalità prevelantemente se non esclusivamente mercantilistiche.

In definitiva, anche chi guarda a questi temi ponendo la Costituzione al di sopra degli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani, non pare potere disconoscere che la iena attuazione dei diritti di matrice convenzionale altro non e' se non dare massimo valore e spazio alla Costituzione che, come in maniera impareggiabile continua a scrivere Ruggeri, ha dato vita e continua ad alimentare un processo circolare che vede nella sua internazionalizzazione e nella costituzionalizzazione dei trattati internazionali sui diritti umani le ragioni feconde di un dialogo alla pari.

Grazie ad un'illuminata e feconda intuizione del Costituente, prosegue Ruggeri¹⁰⁶, la Carta esibisce <<una "struttura plurale", accogliente, che fa sì che ogni documento normativo reso efficace con le forme prescritte in ambito interno ed idoneo ad offrire, per la sua parte, un servizio ai valori suddetti possa, a motivo di siffatta sua qualità, vantare "copertura" costituzionale: una "copertura", in via di principio, non differenziata rispetto a quella stessa di cui godono le norme costituzionali e, a cascata, le altre che vi danno il primo, diretto e necessario svolgimento in ambito interno.>>

Colpisce - e convince - nel pensiero sopra riportato la dinamicità dello strumento costituzionale che finisce col partecipare dell'incessante opera di confronto fra gli stessi strumenti nazionali ed internazionali - a loro volta alimentati da una giurisprudenza delle Corti continuamente in movimento - nonchè la centralità riservata al binomio "pace - dignità".

Fermando lo sguardo sull'ultima constatazione, il primo termine sta ad indicare la corrispondenza biunivoca fra pace e diritti umani, questa trovando piena conferma nello Statuto del Consiglio d'Europa come nel Preambolo alla CEDU.

L'accento sulla dignità umana come *Grundnorm* attorno alla quale è possibile comporre il quadro dei valori fondamentali, ove questi vengano a confrontarsi dialetticamente ed anche a scontrarsi, costituisce piana dimostrazione di quanto l'argomentazione dialettica svolta da Ruggeri non sia indirizzata a tutelare poteri o interessi di parte, né tanto meno ad arricchire astratte correnti di pensiero, ma semmai solo ed unicamente a salvaguardare la persona umana e ad offrire, come a Lui piace dire, un piccolo servizio ai bisogni della gente.

¹⁰⁶ RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, cit., 11.

