

Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Marzia Barbera

1. Introduzione: la “questione federale”.	176
2. In principio era Mangold.	177
3. I percorsi tortuosi del dopo Mangold.	180
4. Il principio di eguaglianza e non discriminazione ha carattere sussidiario?	185
5. Il caso Abercrombie.	187
6. Chi ha paura dell’effetto diretto?	188
7. Il revival dei contro-limiti e “l’identità costituzionale”.	190

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 372/2018

1. Introduzione: la “questione federale”.

Con la proclamazione nel 2000 della Carta europea dei diritti fondamentali, si era cominciato a ragionare su come la Corte di giustizia e le corti costituzionali nazionali avrebbero reagito alla “*federal question*”⁵⁴⁷ sollevata dalla sua entrata in vigore e cioè all’interrogativo se l’adozione della Carta avesse o meno esteso le competenze dell’Unione europea oltre i limiti espressamente stabilito dai trattati, innescando un processo di *incorporation* strisciante⁵⁴⁸. Adopero qui il termine *incorporation* nel senso indicato da Joseph Weiler in uno scritto del 1986, vale a dire come un processo attraverso il quale principi fondamentali costruiti inizialmente come limiti al potere federale si impongono anche nei confronti dei singoli stati⁵⁴⁹. Se si rileggono le parole scritte da Joseph Weiler a proposito delle condizioni alle quali tale dottrina si impose negli Stati Uniti a partire dagli anni ‘20 del secolo scorso, si può rammentare che esse presupponevano due “ancore”: la proclamazione di diritti umani fondamentali a livello centrale; la proiezione di tali diritti nelle giurisdizioni nazionali. Nell’esperienza statunitense queste “ancore” furono il *Bill of Rights* (i primi dieci emendamenti alla costituzione americana introdotti nel 1791 a garanzia di una serie di libertà e diritti individuali dal potere federale) e la clausola d’eguaglianza sancita dal XIV° emendamento, che proteggeva i cittadini anche dalle violazioni perpetrate dagli Stati.

Al tempo dell’approvazione della Carta dei diritti fondamentali UE sembrava che tali condizioni fossero sul punto di realizzarsi, con i principi di eguaglianza e non discriminazione proclamati dalla Carta (artt. 20, 21 e 23) chiamati a svolgere la funzione specifica di “ancora” dei sistemi nazionali ai diritti proclamati a livello centrale.

Le cd. clausole orizzontali statuite agli artt. 51 e 52 della Carta UE costituiscono il tentativo di alcuni negoziatori della Carta di fornire una risposta negativa alla “*federal question*”, col prevedere che le disposizioni della Carta potessero essere invocate solo nei limiti delle competenze attribuite all’Unione europea e alle condizioni e nei limiti definiti dai Trattati. Tuttavia, l’ambiguità delle formule utilizzate, ma soprattutto la mancanza di un reale consenso sugli effetti di “costituzionalizzazione” dei diritti fondamentali prodotti dalla Carta, hanno dato origine ad una contesa che è lungi dall’essere stata superata.

A questo riguardo è possibile fare riferimento a due diverse linee di ragionamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia. La prima riguarda il primato e l’effetto orizzontale dei principi di uguaglianza e non discriminazione sanciti, in modo coordinato, dal diritto primario e secondario dell’Unione europea; la seconda riguarda l’effettiva portata dei limiti previsti dall’art. 51 della Carta. Qui ci occuperemo soprattutto della prima linea di ragionamento ma si dovrà necessariamente far riferimento anche alla seconda, giacché, negli articoli dedicati dalla Carta ai principi di eguaglianza e non discriminazione e nelle clausole orizzontali, sono in azione due spinte contrapposte: l’una ad espandere la portata dei diritti fondamentali, la seconda a contenerla. Questo doppio movimento sottopone la “questione federale” a una tensione non risolta e delinea un

⁵⁴⁷ Cfr P. Eeckhout, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *CMLR*, vol. 39, 2002, p. 945.

⁵⁴⁸ Riprendo qui e nei paragrafi che seguono alcune considerazioni già svolte in M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo “multilivello”*, in Paciotti E. (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, Viella, 2011.

⁵⁴⁹ J. Weiler, *Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities*, in *Wash. L. Rev.*, 1986, p. 1103 ss. Per un raffronto fra il processo di *incorporation* statunitense e quello europeo v. F. Micheli, *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *OC*, 2017, n.1.

processo di ridefinizione dei confini delle competenze incerto e non lineare, come del resto incerto e non lineare è in questo momento lo stato dell'integrazione europea.

In questo processo, la giurisprudenza europea non sempre appare guidata da una solida teoria sui principi generali dell'Unione, né da una chiara visione del ruolo del principio di eguaglianza nel sistema europeo. Ciò, tuttavia, non ha impedito che si arrivasse alla costruzione di un circuito di giurisdizione europeo, costituito dalla Corte di giustizia e dai giudici nazionali, in grado di by-passare le giurisdizioni delle alte corti nazionali. Tale circuito assegna al giudice nazionale la funzione di interprete e garante dei principi fondamentali dell'Unione, anche quando ciò possa significare entrare in conflitto con le prerogative delle corti costituzionali nazionali, alcune delle quali non hanno, infatti, tardato a far sentire la loro opposizione.

Il fatto che tali sviluppi si situino dopo il tramonto della prospettiva di una costituzione europea, la cui entrata in vigore avrebbe risolto a priori almeno alcune delle dispute in corso, e dopo l'inserimento nel Trattato di Lisbona e nei protocolli aggiuntivi di clausole che rendono incerto il significato del principio di supremazia e il rapporto fra diritti fondamentali e principi generali dell'ordinamento, può spiegare perché il *disaccordo* sembri in questo momento la nota di fondo del dibattito europeo sui diritti fondamentali.

Se si volessero cercare le ragioni profonde di questo disaccordo, è possibile individuarne una, risalente nel tempo e mai veramente risolta, di natura politico - istituzionale, che attiene alla "battaglia sulle competenze" che vede impegnate la corte sovranazionale e le alte corti nazionali; e una più recente, di natura politico-culturale, che attiene a questioni di "identità valoriali". Come vedremo, in questa partita, il ruolo dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza sembra essere quello di una "briscola" giocata dalla corte europea e dalle corti domestiche per riaffermare il proprio ruolo di interpreti ultimi dei *diritti* e del *diritto*.

2. In principio era Mangold.

Secondo una delle prime letture dei principi di eguaglianza e non discriminazione sanciti dalla Carta nonostante la Carta superasse il limite principale dell'art. 13 (ora 19) del Trattato (statuente una serie espressa di divieti di discriminazione ma non un diritto soggettivo a non essere discriminati azionabile in via diretta), a causa delle restrizioni poste dalle clausole orizzontali (artt. 51 e 52), tali principi avrebbero potuto essere invocati solo se la disparità di trattamento si fosse verificata in una delle aree di competenza della Comunità e alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi⁵⁵⁰. Altri avevano, però, fatto osservare la particolare natura del principio di eguaglianza e non discriminazione, il suo essere una "non materia", un meta-principio che taglia trasversalmente le sfere di competenza dell'Unione Europea e degli Stati membri. Poiché, in virtù dell'inclusione di una Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, tale principio diventava espressamente parte integrante di quel sistema legale, non era parso azzardato prevedere che esso avrebbero potuto essere il "grimaldello" in grado di scardinare l'assetto ipotizzato

⁵⁵⁰ V. J. Kenner, *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. Hervey, J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2003, p. 19; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, p. 95; K. Lenaerts, E. De Smijter, *A "Bill of rights" for the European Union*, in CMLR, 2001, p. 285.

dagli Stati Membri “signori” dei Trattati ed estensori della Carta⁵⁵¹.

Il caso *Mangold*⁵⁵² e la sua progenie, nei quali la Corte si trova a decidere per la prima volta in merito ai nuovi fattori di discriminazione introdotti dagli artt. 19 del Trattato CFUE e 21 della Carta, e precisamente in merito ai divieti di discriminazione basata sull'età, ha confermato tale previsione. Quello che forse non era prevedibile era l'asprezza del conflitto che ha visto opporsi in questi anni la corte europea e le corti nazionali e la rottura di quel consenso politico e di quella cooperazione fra istituzioni comunitarie e società civile che avevano portato alla rapida approvazione, agli inizi del 2000, delle nuove direttive antidiscriminatorie e al conseguente ampliamento della portata della tutela antidiscriminatoria. Tali conflitti, come si vedrà, sono anche il riverbero di conflitti che si sono svolti in altri ambiti: si pensi alla “sfida costituzionale” che si è svolta in questi anni a proposito delle misure di *austerità* adottate in risposta alla crisi dei debiti sovrani, con la quale quali i cittadini europei hanno cercato di ottenere dalle loro corti costituzionali una risposta a domande di tutela rimaste inascoltate dalla Corte di giustizia. Qui il fuoco dell'analisi sarà la giurisprudenza in tema di eguaglianza e non discriminazione, perché essa è il crocevia di molteplici questioni: assetto delle fonti e delle competenze, natura e funzioni dei principi generali, portata dei diritti fondamentali, limiti opponibili all'autonomia privata, riconoscimento delle differenze nazionali.

All'inizio di queste complesse vicende, come si è detto, sta il caso *Mangold*, il primo nel quale la Corte si trovi a decidere sui nuovi divieti di discriminazione stabiliti dalla Direttiva n. 2000/78, e precisamente sull'asserita violazione del divieto di discriminazioni fondate sull'età a opera di una legge adottata dal legislatore tedesco che stabiliva una differenza di trattamento basata sull'età in merito alla reiterabilità di contratti a termine. In *Mangold*, la Corte inverte il ragionamento usualmente seguito nella sua giurisprudenza in tema di eguaglianza. Mentre in passato essa era partita dagli espressi, specifici divieti di discriminazione contenuti nel Trattato, per arrivare a riconoscere all'eguaglianza lo status di “*principio fondamentale dell'ordinamento comunitario*”⁵⁵³, questa volta il cammino è inverso: è il principio di eguaglianza, ed in particolare il principio generale della parità di trattamento in ragione dell'età, la cui fonte è rinvenibile in strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che dà fondamento giuridico autonomo ai divieti di discriminazione, a prescindere dalla loro interdizione espressa nel Trattato e nel diritto derivato.

La conseguenza che ne trae la Corte è che:

“Il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni ... Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela

⁵⁵¹ Cfr. M. Barbera, *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order*, in T. Hervey, J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, op.cit., p. 152.

⁵⁵² Sentenza del 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709.

⁵⁵³ Si vedano Sentenza del 19 ottobre 1977, *Ruckdeschel*, C-117/76 e C-16/77, EU:C:1977:160 e Sentenza del 19 ottobre 1977, *Moulin Pont-à-Mousson*, C-124/76 e C-20/77, EU:C:1977:161 tutte e due in tema di divieti di discriminazione nel mercato agricolo. Nello stesso senso la Corte si era pronunciata anche in riferimento al divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità nella Sentenza del 22 giugno 1972, *Frilli*, C-1/72, EU:C:1972:56, e in riferimento alle discriminazioni di sesso in Sentenza del 8 aprile 1976, *Defrenne*, C-43/75, EU:C:1976:56 e Sentenza del 15 giugno 1978, *Defrenne*, C-149/77, EU:C:1978:130 (*Defrenne II* e *Defrenne III*).

giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale ... anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto”.

Dunque, sembra dire la Corte, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, i divieti di discriminazione vivono di una vita propria, che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri e prescinde anche dall'assetto presente e futuro delle competenze. Dalla natura precisa e incondizionata di tale principio discende la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possono spiegare i propri effetti su tutti i consociati ed essere dunque invocate dai privati verso lo Stato e dai privati verso altri privati. Il giudice nazionale è perciò tenuto a garantire piena efficacia a tale principio e a disapplicare ogni disposizione di legge nazionale contraria.

Si finisce, per questa strada, con l'attribuire ad una direttiva non ancora trasposta un effetto equivalente all'efficacia diretta orizzontale delle direttive trasposte nel diritto nazionale, in un giudizio che oppone due privati. Che sia in ultimo la direttiva quadro, e non (solo) il principio generale d'eguaglianza, a fungere da parametro interpretativo di riferimento per il giudice nazionale è dimostrato dal richiamo espresso che la Corte opera alle disposizioni della direttiva stessa, e in particolare a quelle dell'art. 6, che individuano le ipotesi di giustificazione legittima delle distinzioni basate sull'età.

Nei molti commenti critici che seguono alla sentenza, la dottrina fa subito rilevare come l'impossibilità di superare la teoria dell'effetto diretto solo verticale delle direttive (e cioè operante solo nel rapporto stato-cittadini e non nei rapporti inter-privati) trovi origine nella diversa natura conferita ai poteri della Comunità da atti come i regolamenti e le direttive⁵⁵⁴. Quello che si manca di osservare, però, è che, nella decisione della Corte, gli effetti orizzontali sono collegabili *non alla direttiva in sé*, ma all'operare del principio di eguaglianza e non discriminazione.

La valenza costituzionale del principio di eguaglianza non riguarda, *in fieri*, solo la sua portata *erga omnes*, la sua efficacia soggettiva, ma la sua stessa estensione, vale a dire il suo ambito oggettivo di applicazione. È insito nel principio di eguaglianza il rendere giudizialmente sindacabile *qualsiasi* differenza di trattamento ingiustificata, giacché quello che il principio impone, in quanto *principio sulla produzione di regole*, è di non trattare in modo diverso situazioni analoghe e in modo analogo situazioni diverse, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata⁵⁵⁵. Così inteso, il controllo d'eguaglianza finisce per assumere nell'ordinamento europeo una latitudine simile a quella che riveste negli ordinamenti costituzionali nazionali rispetto a qualsiasi differenziazione normativa, a prescindere dall'esclusione o dall'inclusione del criterio impiegato nella lista dei fattori espressi di discriminazione, e senza che rilevino la fonte o la natura delle competenze nel cui esercizio l'atto sia stato adottato.

In *Mangold* su questo punto permane, in verità, una certa dose di ambiguità. Da una parte la Corte, riallacciandosi alla sua assestata dottrina in tema di campo di applicazione dei principi generali del diritto comunitario, ricorda che il principio di eguaglianza trova applicazione perché la normativa nazionale in questione rientra nella sfera del diritto comunitario, in quanto misura di

⁵⁵⁴ Si. v., fra gli altri, Editorial Comment, *Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence?*, in CMLR, 2006, p. 1 ss.

⁵⁵⁵ Sentenza del 19 ottobre 1977, Ruckdeschel, cit.

attuazione della direttiva 1999/70 in tema di contratti a tempo determinato; dall'altro la Corte, qualche riga più avanti, e contraddicendo se stessa, afferma che la normativa contestata non è in alcun modo collegata con la medesima direttiva, essendo giustificata non già dalla necessità di applicare la direttiva ma da quella di incentivare l'occupazione delle persone anziane.

In ogni caso, che le implicazioni di *Mangold* siano di vasta portata e non riguardino soltanto le questioni più dibattute all'indomani della sentenza (vale a dire, l'effettiva sussistenza o meno, nel diritto comunitario, di uno specifico principio fondamentale che vieti le discriminazioni basate sull'età, la mancanza o meno di effetti diretti orizzontali delle direttive) è risultato subito chiaro in quella che può forse considerarsi come la critica più severa alle conclusioni della *Grand Chambre* in *Mangold*. Si tratta dell'Opinione dell'Avvocato generale Geelhoed nella causa *Chacon Navas* in tema di discriminazioni basate sulla disabilità⁵⁵⁶. Secondo Geelhoed, il rischio di un'interpretazione estensiva della portata del principio di non discriminazione era quello travalicare i limiti stabiliti dal Trattato alle rispettive competenze della Comunità e degli Stati Membri. L'Avvocato generale si riferiva, in particolare, alla possibilità di estendere in via interpretativa la lista dei divieti espressamente enunciati dal Trattato all'art. 19, in quanto espressione tutti del principio generale di eguaglianza, ma la sua preoccupazione riguardava, più in generale, la possibilità che i divieti di discriminazione, così intesi, si trasformassero in una "leva di Archimede" in grado di "correggere, senza l'intervento degli autori del Trattato o del legislatore comunitario, le valutazioni fatte dagli Stati membri nell'esercizio delle competenze di cui – tuttora – dispongono". In tal modo, l'ampio margine di valutazione discrezionale di cui gli Stati godono nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi, ad esempio in materia di politica occupazionale, rispetto alla quale la Comunità "dispone tutt'al più di competenze parziali, ma più spesso complementari", verrebbe ridotto al di là di quanto non consenta l'attuale riparto di competenze.

Come avviene in molti casi, le argomentazioni della Corte sono molto più concise di quelle dell'Avvocato generale. Ma la Corte non si sottrae al suo richiamo alla prudenza. In un conciso ma significativo passaggio, i giudici precisano che:

«È ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione...Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunciati in modo esaustivo nell'art. 1 di quest'ultima»⁵⁵⁷.

3. I percorsi tortuosi del dopo *Mangold*.

La decisione *Chacon Navas* apre più problemi di quanti non ne chiuda. Il senso della decisione non è del tutto chiaro. È possibile che la Corte abbia voluto far ritorno a *Grant*⁵⁵⁸ e che perciò, come aveva già fatto allora, quando si era rifiutata di estendere in via interpretativa il divieto di discriminazioni di genere alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, non si sia voluta sostituire al legislatore nel sanzionare come illecito per il diritto un ulteriore fattore di discriminazione, non menzionato espressamente nella legislazione comunitaria. Ma è anche possibile che

⁵⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 16 marzo 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, EU:C:2006:184.

⁵⁵⁷ Sentenza del 11 luglio 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, EU:C:2006:456.

⁵⁵⁸ Sentenza del 17 febbraio 1998, *Grant*, C-249/96, EU:C:1997:449

essa abbia voluto compiere un passo indietro rispetto all'implicazione di maggior portata di *Mangold* e cioè, come si è detto, rispetto alla possibilità di introdurre un sindacato di eguaglianza diffuso, simile a quello esercitato dalle corti costituzionali europee e dalla Corte Suprema nordamericana.

Che la Corte esiti a proseguire su questa strada è comprensibile, ma ciò che ne deriva, nelle cause seguenti, è una giurisprudenza oscillante e incerta non solo sui grandi principi e sulla teoria delle fonti (il rapporto fra principi generali e direttive, la portata del primato del diritto dell'Unione, il superamento o meno della teoria tradizionale dell'effetto diretto) ma anche sulle specifiche questioni che il nuovo diritto antidiscriminatorio pone, e in particolare sul rapporto fra principio generale di eguaglianza e divieti espressi di discriminazione e sulla profondità del controllo giudiziale nell'applicazione del primo e dei secondi.

Si tratta, per molti aspetti, di questioni discusse animatamente anche a livello degli ordinamenti nazionali e che, in questo caso, il dissenso emerga in modo esplicito non solo nel dibattito dottrinale ma anche nelle opinioni degli avvocati generali, è emblematico. Le opinioni fanno risaltare più di quanto non accada nella fase della decisione (tanto più per l'assenza dello strumento dell'opinione dissenziente) il fatto che, in un'Unione di 28 Stati membri, la Corte stessa è il riflesso della diversità culturale, prima ancora che giuridica, dei sistemi nazionali, oltre che della personale formazione dei suoi componenti.

Il raffronto fra le opinioni degli avvocati generali nei casi *Palacios de la Villa*⁵⁵⁹, *Coleman*⁵⁶⁰, *Bartsch*⁵⁶¹, *Kücükdeveci*⁵⁶² mostra una spaccatura netta sul modo di intendere il principio d'eguaglianza e il ruolo del controllo giudiziale, tanto da far concludere a uno studioso francese che non esiste neppure un consenso minimo, nel sistema eurounitario, sul senso, la funzione e la portata di un principio così importante⁵⁶³.

Nelle decisioni successive a *Mangold*, comunque, la questione principale sembra essere divenuta quella di chiarire i limiti che la Corte incontra nell'esercizio delle sue funzioni d'interprete del principio di eguaglianza e non discriminazione ovvero, ed è lo stesso, dei limiti che il diritto europeo incontra rispetto al diritto nazionale.

⁵⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 15 febbraio 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, EU:C:2007:106.

⁵⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 31 gennaio 2008, *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:61.

⁵⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 22 maggio 2008, *Bartsch*, C-427/06, EU:C:2008:297.

⁵⁶² Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 7 luglio 2009, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2009:42.

⁵⁶³ D. Martin, *De Mangold à Bartsch: heurts et malheurs di principe d'égalité en droit communautaire*, in *JTT*, 2008, p. 427. Vi è chi ritiene che il principio d'eguaglianza non sia in grado di estendere la latitudine del campo di applicazione materiale dell'art. 13 (ora art. 19), o sembra mettere in discussione persino che esista nell'ordinamento un principio generale di non discriminazione (Màzak); chi, non solo ne riafferma l'esistenza, ma sostiene che lo stesso art. 13 (ora art 19) e la normativa adottata su questa base debbano essere letti e interpretati alla luce del principio generale e dei valori ad esso sottesi, vale a dire la dignità umana e l'autonomia della persona (Poirares Maduro). In mezzo si situa una posizione difficile da comprendere: quella secondo la quale "il principio generale di uguaglianza opera in talune circostanze nel senso di vietare la discriminazione fondata sull'età ma non esiste, dall'inizio, un principio distinto e specifico di diritto comunitario che ha sempre vietato la discriminazione in ragione dell'età" (Sharpston). Infine, vi è chi imbocca una via mediana, per concludere che il principio di non discriminazione è un principio fondamentale del diritto comunitario perché questo è quello che dice l'evoluzione del diritto comunitario e questo è quello che dice la volontà espressa dagli Stati membri e dalle istituzioni comunitarie di favorire tale evoluzione (Bot).

La posizione espressa in proposito in *Bartsch* è netta. “Il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione fondata sull’età di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l’applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario”⁵⁶⁴. La Corte, dunque, si pone nel solco della sua dottrina tradizionale: perché essa possa conoscere una controversia e rendere una decisione, occorre che la causa principale ricada nel cono d’ombra del diritto dell’Unione. La Corte ritiene che nessuno dei classici criteri di collegamento sia presente nella causa principale; in particolare, ritiene che né la direttiva 2000/78 né l’art. 19 del Trattato TFUE consentano di ricollegare, di per sé, la situazione oggetto della causa all’ambito di applicazione del diritto europeo. La prima, *ratione temporis*, perché, al tempo dei fatti, doveva ancora essere recepita nel diritto interno; il secondo, *ratione materiae*, “perché non è di per sé idoneo a collocare nell’ambito di applicazione del diritto comunitario, situazioni che non rientrano nell’ambito delle misure adottate sulla base di detto articolo”.

Tralasciando qui l’analisi della natura dell’art. 19, la circostanza, richiamata dalla Corte, che la direttiva 2000/78/CE non fosse ancora scaduta al tempo in cui è insorto il caso non appare un argomento decisivo, se si tiene presente che anche in *Mangold* la direttiva non era ancora stata trasposta e che, come si è visto, anche in quel caso il nesso con il diritto UE era molto labile. In realtà, la questione cruciale che la Corte omette di affrontare è se tale nesso non possa essere istituito proprio dalla direttiva stessa e che cosa comporti l’obbligo di dare attuazione al principio generale di eguaglianza e non discriminazione, che preesiste alla direttiva e allo stesso art. 19.

La questione viene posta nel caso *Kücükdeveci* dal giudice nazionale remittente, il quale chiede alla Corte di chiarire se l’eventuale esistenza di una discriminazione diretta connessa all’età debba essere valutata sulla base del diritto primario dell’Unione, come “sembra suggerire la sentenza *Mangold*”, oppure alla luce della direttiva 2000/78. Il giudice pone poi un’ulteriore questione, relativa alla necessità o meno di passare da una pronuncia della Corte di giustizia prima di disapplicare la normativa nazionale, in modo da salvaguardare la certezza del diritto e le aspettative dei singoli⁵⁶⁵.

Mentre la risposta della Corte su quest’ultimo quesito è quanto mai chiara, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda il primo. La Corte statuisce in modo netto e conciso che, in virtù del principio del primato, il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, ha il compito di garantire il rispetto del diritto dell’Unione, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dalla sottoposizione alla Corte di una questione pregiudiziale sull’interpretazione di tale principio ed anche indipendentemente dalle modalità che si impongono al giudice nazionale, nel diritto interno, per poter disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria alla costituzione⁵⁶⁶.

Ma di quella diritto dell’Unione si tratta? Del principio generale o della direttiva? La risposta si pone nel mezzo: il diritto da far rispettare è “il principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78”. Il rapporto in cui si pongono principio e direttiva è di tipo circolare: da un lato, è il principio generale a dotare le prescrizioni della direttiva della posizione nella gerarchia delle fonti tipica del diritto primario, con la conseguente possibilità

⁵⁶⁴ Sentenza del 23 settembre 2008, *Bartsch*, C-427/06, EU:C:2008:517.

⁵⁶⁵ Sentenza del 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, *cit.*

⁵⁶⁶ Tale obbligo incombe al giudice nazionale indipendentemente dall’esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo (sentenza del 7 settembre 2006, *Cordero Alonso*, C-81/05, EU:C:2006:529).

di farle valere nei rapporti fra i privati; dall'altra, è la direttiva, *attraverso il suo campo di applicazione*, a consentire, una volta spirato il termine per la sua trasposizione, che la normativa nazionale rientri nell'ambito del diritto europeo.

La Corte si rifà nella motivazione alla sentenza al precedente *Defrenne II*⁵⁶⁷, ma l'analogia regge solo in parte: *Defrenne II* era stata l'occasione per enunciare la dottrina dell'applicabilità diretta del principio generale di eguaglianza di genere anche sul piano dei rapporti fra i privati, mentre alle direttive veniva affidata la funzione di specificare il principio e facilitarne l'applicazione; in *Kücükdeveci*, la forza e la portata di un principio generale viene costretto nel letto di Procuste delle condizioni (anche temporali) di efficacia del diritto derivato. Ma, al tempo stesso, è la direttiva ad attrarre il caso nell'orbita del diritto europeo e, dunque, a consentire l'applicazione del principio di eguaglianza. Gli effetti diretti, per altro, riguardano non solo il principio di non discriminazione ma l'intero sistema di attuazione del principio previsto dalla direttiva (sanzioni, protezione dalle ritorsioni, etc.), confermando, anche in quest'ambito, l'importanza che i rimedi assumono, nella visione della Corte, quali strumenti di riaffermazione del primato del diritto dell'Unione.

Il risultato è una formula ambigua, che rischia di passare per un'ennesima eccezione delle tante create dalla giurisprudenza europea alla regola della mancanza di effetti diretti orizzontali delle direttive⁵⁶⁸. In verità, la distinzione che la Corte traccia, fra effetti di una direttiva ed effetti del principio generale di cui la direttiva è espressione, è una distinzione abbastanza artificiale. Se a tale distinzione si accompagna la precisazione che una situazione rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE ogni volta che la normativa nazionale ad essa applicabile riguardi una materia rientrante nell'ambito di applicazione di una direttiva, ciò alla fine corrisponde al fare rientrare dalla porta quello che era uscito dalla finestra, vale a dire effetti diretti orizzontali e disapplicazione del diritto nazionale per difformità dal diritto dell'UE.

Questo rapporto di circolarità fra nome di diritto primario e norme di diritto secondario è difficilmente comprensibile se lo si guarda dal punto di vista delle teorie tradizionali delle fonti, secondo le quali sarebbe da escludere sia che l'efficacia di una fonte di diritto primario (la Carta) possa dipendere da quella di una norma secondaria (la direttiva), sia che una fonte di diritto primario possa conferire i propri effetti ad una fonte di diritto secondario. Diventa, invece, comprensibile, e persino condivisibile, se lo si guarda dal punto di vista delle teorie dell'interpretazione⁵⁶⁹, che ritengono che un sistema coerente delle fonti sia irrealizzabile e che si debba far riferimento ai principi fondamentali, a cominciare dal principio di eguaglianza e non discriminazione, come principi la cui validità e applicabilità non dipende da criteri formali o dalla loro specifica collocazione in un ordinamento giuridico particolare ma da criteri sostanziali assiologicamente orientati: sono principi per così dire sono auto-fondanti, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU.

⁵⁶⁷ Sentenza del 8 aprile 1976, *Defrenne*, cit.

⁵⁶⁸ Cfr. P. Craig, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions*, in *ELR*, 2009, p. 349 ss.

⁵⁶⁹ Cfr. A. Ruggeri, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, p. 7, intervento al Convegno *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: efficacia ed effettività*, Corte di Cassazione, Roma, 15-16 marzo 2018, reperibile su http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-euro_16-03-2018.php.

Le implicazioni di *Kücükdeveci* sono importanti anche sul piano dei legami esistenti fra principio del primato del diritto sovranazionale ed effetti diretti, che si presentano, nella decisione, come corollari del principio del primato. Inoltre, la sentenza chiarisce quale sia l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione: il semplice fatto che l'oggetto di una controversia rientri nel campo materiale di applicazione della direttiva è sufficiente a far sì il principio stesso trovi anch'esso applicazione, senza che sia necessario che la norma nazionale costituisca misura di attuazione della direttiva stessa o misura nazionale di attuazione di obblighi del diritto dell'UE o di deroga a detti obblighi.

La Corte aveva detto qualcosa di simile nella sentenza *Del Cerro Alonso*⁵⁷⁰, quando, contravvenendo all'opinione dell'Avvocato generale Poirares Maduro⁵⁷¹, aveva ritenuto che il divieto di discriminazione fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, sancito dalla direttiva 1999/70/CE, si applicasse a tutte le condizioni di impiego, ivi compresa la retribuzione, nonostante tale materia fosse espressamente esclusa dal Trattato dalle competenze comunitarie. E questo perché il principio di non discriminazione sancito dalla direttiva operava in relazione *all'insieme* delle condizioni d'impiego, ivi compresa la retribuzione.

Nel caso *Kücükdeveci* la medesima conclusione era apparsa a qualcuno come una conclusione non in linea con l'art. 51 della Carta, laddove dispone che la Carta stessa si rivolge agli Stati membri solo quando essi "*applicano*" il diritto dell'Unione. Nella sentenza *Åkerberg Fransson*⁵⁷², che appartiene al secondo filone giurisprudenziale richiamato all'inizio, la Corte supera, però, questa interpretazione riduttiva dell'art. 51. Dopo aver affermato che la Carta dei diritti fondamentali recepisce interamente la propria giurisprudenza ante-Lisbona - smentendo così chi vedeva l'ambito di applicazione della Carta come più ristretto rispetto quello dei principi generali - la Corte ribadisce che "*i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*" e, conseguentemente, che "*non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione*"⁵⁷³. Non è necessario, quindi, che la misura nazionale in questione sia stata emanata in attuazione di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione. Qualsiasi norma nazionale può essere oggetto dello scrutinio della Corte di giustizia quando presenti un tale collegamento, anche quando sia emanata nell'ambito di competenze statali esclusive.

È proprio quest'ultima implicazione di *Åkerberg Fransson* ad aver suscitato reazioni discordi nelle giurisdizioni nazionali, in particolare nella Corte costituzionale tedesca, il che ha portato la Corte, nella successiva sentenza *Siragusa*, a precisare che occorre "*un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra*"⁵⁷⁴. Come vedremo, tuttavia, neppure dopo tale decisione può dirsi che la questione di quale sia l'ambito di applicazione dei principi fondamentali stabiliti a livello sovranazionale sia veramente assestata.

⁵⁷⁰ Sentenza del 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509.

⁵⁷¹ Conclusioni dell'avvocato generale Poirares Maduro del 10 gennaio 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:3.

⁵⁷² Sentenza del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105

⁵⁷³ Nel recente caso *Associação Sindical*, (sentenza 27.2.2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, EU:C:2018:11), la Corte ha ritenuto sufficiente che le misure impugnate rientrassero fra «i settori disciplinati dal diritto dell'Unione» per ritenerle soggette ai principi sanciti dall'art. 19 TUE in tema di protezione effettiva dei diritti e di indipendenza della magistratura. Le implicazioni più vaste di questa decisione sul piano di un possibile ampliamento dell'ambito di applicazione dei principi generali dell'ordinamento UE in funzione di tutela della *rule of law* sono ancora da esplorare.

⁵⁷⁴ Sentenza del 6 marzo 2014, *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126.

4. Il principio di eguaglianza e non discriminazione ha carattere sussidiario?

Kücükdeveci può essere letta in tanti modi: come un arretramento rispetto a *Mangold*, come passo avanti rispetto alla prudenza esibita dalla Corte in *Chacon Navas* e *Bartsch*, oppure come un nuovo punto di equilibrio del dialogo fra Corte di giustizia e corti nazionali e fra Corte di giustizia e legislatori.

Il fatto che la causa *Kücükdeveci* venga decisa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione di efficacia vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, sembra far avvertire alla Corte che i principi e i diritti fondamentali ivi sanciti, con la loro natura di fonti che si autoimpongono, siano in grado di fornirle un titolo di legittimazione forte, risolvendo o attenuando il deficit di legittimità e garantendo una sufficiente flessibilità e indeterminatezza nei rapporti fra le strutture del sistema multilivello. D'altra parte, l'insistere della Corte sul rapporto fra diritto primario e diritto derivato può essere inteso anche come la percezione da parte della Corte stessa di un consenso *attivo* e già raggiunto fra gli Stati membri circa la delimitazione in concreto della sfera di applicazione di tali principi e diritti. Infine, il fatto che le direttive siano espressione e, al tempo stesso, mezzo di attuazione di un principio generale costituzionalizzato spinge verso la loro stessa "costituzionalizzazione"⁵⁷⁵.

Nelle sentenze successive, tuttavia, la Corte pare voler rimettere in discussione questo punto di equilibrio, rovesciando il rapporto fra principio generale e diritto derivato e spingendo, per questa via, nella direzione di un controllo d'eguaglianza diffuso, che conferisce ai singoli diritti azionabili *erga omnes*.

La sentenza *Test-Achats*⁵⁷⁶ è la prima a riaprire la questione dell'applicabilità diretta del principio di eguaglianza. In *Test Achats* alcune disposizioni della direttiva beni e servizi 2004/113 (più precisamente, le clausole derogatorie che ammettono differenze di genere in materia di calcoli attuariali nel mercato assicurativo) non sopravvivono all'applicazione diretta del principio di eguaglianza di genere sancito dall'art. 23 della Carta e al giudizio di non conformità formulato dalla Corte.

Si tratta di un caso ampiamente discusso, anche per le sue ricadute pratiche sulla regolazione del sistema delle assicurazioni private, ma che si pone in linea di continuità con una linea giurisprudenziale in tema di effetti diretti del principio di eguaglianza di genere che si era assestata fin da *Defrenne II*. In secondo luogo, qui non c'è straripamento dal campo di applicazione: il principio di eguaglianza si applica ad atti dell'Unione (una direttiva).

I casi in cui la Corte statuisce in maniera più chiara e dirompente la diretta applicabilità del principio generale di eguaglianza e non discriminazione ad atti degli Stati membri sono *ASM*⁵⁷⁷ e *Dansk Industri*⁵⁷⁸. Nel primo, la formula *Kücükdeveci* viene espressamente superata in un veloce inciso nel quale la Corte, nel decidere su una questione riguardante l'arte. 27 della Carta, che stabilisce il diritto all'informazione e alla consultazione all'interno dell'impresa e nell'affermare la non di-

⁵⁷⁵ Cfr. M. Bell, *Constitutionalization and EU Employment Law*, in H. Micklitz (ed.), *The Constitutionalization of European Private Law*, OUP, Oxford, 2014.

⁵⁷⁶ Sentenza del 1 marzo 2011, *Test-Achats*, C-236/09, EU:C:2011:100.

⁵⁷⁷ Sentenza del 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2.

⁵⁷⁸ Sentenza del 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, EU:C:2016:278.

retta applicabilità di tale norma, fa riferimento all'art. 21 in un argomento *a contrario*. A differenza del primo, afferma la Corte, quest'ultimo “è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale”. Non è questo il luogo per affrontare la questione del perché quel che è vero per l'art. 21 non lo sia invece per l'art. 27. Qui quello che interessa sottolineare è che in *ASM* il principio di non discriminazione per età può essere invocato direttamente *in sé* e non necessariamente in combinazione con la direttiva che vi dà attuazione. Dunque, ancora più chiaramente di quanto non risultasse in *Mangold* e in *Kücükdeveci*, parrebbe di doverne logicamente dedurre che possa essere invocato in modo trasversale, qualunque sia la natura e il contenuto dell'altra norma dell'UE che funge da meccanismo di innesco dell'applicazione dei principi fondamentali della Carta.

Nella successiva sentenza *Dansk Industri*, la Corte compie altri importanti passi avanti sulla strada della diretta applicabilità del principio di eguaglianza e non discriminazione. Le questioni poste alla Corte di giustizia sono due. La prima riguarda, ancora una volta il rapporto fra principio generale e diritto derivato: il giudice remittente chiede alla Corte se il principio generale di non discriminazione in ragione dell'età abbia o meno lo stesso contenuto e la medesima portata della direttiva 2000/78. La seconda riguarda la possibilità di bilanciare l'applicazione diretta di tale principio nei rapporti tra privati con il principio della certezza del diritto nonché con il principio della tutela del legittimo affidamento, suo corollario.

Dopo aver ricordato come già dalla sua precedente sentenza *ASM* risultasse che il principio di non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati un diritto soggettivo invocabile in quanto tale, la Corte precisa che il principio opera, nel rispetto del canone dell'effettività, “*persino in controversie tra privati*” e “*obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio*” e a disattendere le eventuali interpretazioni contrarie datene in precedenza. E ciò anche quando la direttiva non risulti applicabile; in particolare, nel caso in esame, quando il giudice si trova nell'impossibilità di procedere a un'interpretazione conforme del diritto nazionale. Nel bilanciare il principio di non discriminazione con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, conclude la Corte, i secondi non possono prevalere sul primo, perché ciò significherebbe pregiudicare il potere della Corte di interpretare il senso in cui il diritto dell'Unione “*deve o avrebbe dovuto essere inteso e applicato sin dalla data della sua entrata in vigore*”, ivi compreso il momento in cui il privato che ha intrapreso la causa beneficia di tale interpretazione, e limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte.

Alcuni commentatori hanno ritenuto che in *Dansk Industri* il principio di eguaglianza e non discriminazione assuma un carattere *sussidiario* rispetto alla direttiva, trovando applicazione quando questa non possa averla⁵⁷⁹.

Non sono certa che questa definizione catturi veramente la natura dei rapporti intercorrente fra principio generale e diritto derivato, se per *sussidiario* si intende, secondo il significato comune, qualcosa che costituisce un mezzo complementare e integrativo di qualcos'altro. La Corte è chiara nel ricordare ancora una volta come la direttiva 2000/78 non sancisca di per sé il principio generale di non discriminazione ma soltanto lo esprima concretamente nella materia dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e come, dunque, la portata della tutela conferita da tale direttiva non eccede quella accordata da detto principio, perché si limita a darvi espressione.

⁵⁷⁹ G. Zaccaroni, *More on the horizontal direct effect of the principle of non discrimination on the ground of age: Dansk Industries (DI)*, in *EU Law Analysis*, 14 July 2016.

Ciò non vuol dire che le disposizioni della direttiva cessino di aver rilievo. Come già in *Mangold*, sebbene sia il principio generale a spiegare effetti diretti di tipo orizzontale, sono poi le concrete disposizioni della direttiva (nel caso specifico quelle che vietano discriminazioni nelle condizioni di lavoro, ivi compreso il licenziamento) a trovare applicazione. Il che significa che siamo qui in presenza di un combinarsi di fonti in grado di produrre effetti che nessuna di esse sarebbe in grado, da sola, di avere⁵⁸⁰.

Tuttavia, per lo stesso motivo, e cioè per il fatto che l'ambito di applicazione del principio generale d'eguaglianza e non discriminazione sia più ampio della direttiva, si può ritenere che, come detto prima, il principio stesso sia applicabile in tutte le situazioni che cadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione quale che sia la norma *trigger*. Nel momento in cui risulta impossibile risolvere il contrasto attraverso l'interpretazione conforme, il giudice nazionale sarà comunque tenuto ad *“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 disposizione della normativa nazionale contraria a tale principio”*.

Questa conclusione è avvalorata dalla successiva sentenza *Milkova*⁵⁸¹, ove il riconoscimento del diritto alla parità di trattamento tra lavoratori disabili del settore pubblico e di quello privato (in ordine ad una tutela rafforzata in caso di licenziamento collettivo) si basa sull'applicabilità diretta dell'articolo 20 della Carta dei diritti, unitamente all'art. 21 della stessa Carta e in connessione con la Convenzione Onu sulla disabilità (come noto, ratificata nel 2009 dall'Unione in quanto tale), con la direttiva 2000/78 che serve solo come norma d'inesco. Lo stesso era accaduto in *Chatzi*⁵⁸², in cui la Corte aveva riletto il diritto secondario alla luce del principio generale di eguaglianza, *“il cui carattere fondamentale è sancito dall'art. 20 della Carta”*, per farne discendere obblighi non ricavabili dalla direttiva in gioco (direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, concernente l'accordo quadro sui congedi parentali), assegnando al giudice nazionale il compito di dare attuazione a detti obblighi, attraverso l'interpretazione conforme.

5. Il caso *Abercrombie*.

Da noi, i riflessi più immediati della dottrina *Kücükdeveci* si sono avvertiti nel caso *Abercrombie*, nel quale la Corte d'Appello di Milano, dopo aver saggiato ed escluso la possibilità di un'interpretazione conforme al principio di non discriminazione sulla base dell'età dell'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui il contratto di lavoro intermittente può stipularsi solo con soggetti che abbiano meno di venticinque anni di età, era pervenuta alla disapplicazione della norma interna, ritenuta contrastante con quella dell'Unione, richiamandosi alle sentenze *Mangold* e *Kücükdeveci*⁵⁸³. La Cassazione, adita dalla parte soccombente, aveva invece ritenuto di dover chiedere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se la normativa nazionale fosse o meno contraria al princi-

⁵⁸⁰ E. Gualco, L. Lourenço, *Clash of Titans*. *General Principles of EU Law: Balancing and Horizontal Direct Effect*, in *European Papers* Vol. 1, 2016, No 2, p. 649.

⁵⁸¹ Sentenza del 9 marzo 2017, *Milkova*, C-406/15, EU:C:2017:198.

⁵⁸² Sentenza del 16 settembre 2010, *Chatzi*, C-149/10, EU:C:2010:534.

⁵⁸³ App. Milano, sent. 15 aprile 2014, n. 406.

pio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva 2000/78, e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁸⁴. La Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione nella sentenza *Abercrombie*, affermando la conformità della normativa nazionale all'art. 6 par. 1 della direttiva 2000/78⁵⁸⁵.

Le vicende del caso, che parevano riguardare fino ad un certo momento l'effettiva portata delle giustificazioni alle differenze di trattamento basate sull'età ammesse dall'art. 6 della direttiva e l'esito senz'altro discutibile del bilanciamento operato della Corte, si sono incrociate, nelle fasi finali, con una vicenda di maggiori dimensioni, che riguarda la contesa sulle competenze in corso fra corti costituzionali e Corte di giustizia.

Nella recentissima sentenza con la quale la Corte di Cassazione si è adeguata alle indicazioni della Corte di giustizia⁵⁸⁶, traspare il desiderio dei giudici di ribadire il carattere progressivo della giurisprudenza europea, anche a fronte della giurisprudenza costituzionale, la comunanza fra gli obiettivi sociali menzionati dalla Corte e quelli del nostro ordinamento costituzionale, la “*fusione di orizzonti*” verificatasi proprio in materia di discriminazione fra livello nazionale e livello sovranazionale. Questo atteggiamento non si comprenderebbe appieno, a fronte di una delle sentenze più deludenti fra quelle rese dalla Corte di giustizia sotto il profilo proprio dell'effettività della tutela antidiscriminatoria, se non si inquadrasse la pronuncia a quella contesa fra corti, alla quale occorre volgere ora la nostra attenzione. Letta in questa luce, come si vedrà, la decisione della Cassazione suona come una netta presa di posizione a difesa di un costituzionalismo dialogico.

6. Chi ha paura dell'effetto diretto?

È stata la “costituzionalizzazione” del principio generale di eguaglianza e non discriminazione operata dalla Carta dei diritti fondamentali a legittimare gli sviluppi prima descritti. Ma è proprio tale processo di costituzionalizzazione, sembrerebbe, a suscitare una spinta eguale e contraria da parte delle giurisdizioni nazionali, che avvertono l'attivismo della Corte come una minaccia al loro ruolo di custodi della costituzione, mentre il consenso politico all'operato della Corte ha subito una netta battuta d'arresto con la dura opposizione di alcuni Paesi Membri, in particolare la Germania, alla nuova proposta di direttiva quadro, che avrebbe dovuto estendere l'operatività dei divieti di discriminazione a nuovi ambiti⁵⁸⁷.

Il caso *Danski Industri* si segnala anche qui come un caso cardine, perché è all'origine di un clamoroso caso di disubbidienza di un'alta corte nazionale alle prescrizioni della Corte di giustizia. Al momento di dare applicazione alla sentenza, la Corte suprema danese, titolare in ultima istanza anche del controllo di costituzionalità delle leggi, poiché il sistema danese è un sistema a controllo di costituzionalità diffuso, si è rifiutata di seguire la strada indicata dai giudici di Lussemburgo ed ha proceduto all'applicazione della disciplina nazionale a scapito di quella dell'Unione europea. Alla base della decisione vi è l'opinione che la Corte di giustizia avesse ecceduto i propri poteri nel

⁵⁸⁴ Cass. 29 febbraio 2016, n. 3982.

⁵⁸⁵ Sentenza del 19 luglio 2017, *Abercrombie*, C-143/16, EU:C:2017:566.

⁵⁸⁶ Cass. 21 febbraio 2018, n. 4223.

⁵⁸⁷ Si veda *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation* SEC(2008) 2172 [2008] OJ C303/21. Su tali sviluppi cfr. R. Xenidis, *Shaking the normative foundations of EU Equality Law: evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales*, EUI Working Paper, LAW 2017/04.

chiedere di dare applicazione al principio di non discriminazione sulla base dell'età ad una controversia tra privati, in quanto lo Stato danese non avrebbe mai delegato all'Unione europea i poteri necessari per attuare un principio non scritto. Né, secondo la Corte danese, la codificazione del principio stesso all'interno della Carta dei diritti fondamentali ha cambiato tale stato di cose, in quanto ciò comporterebbe un ampliamento delle competenze dell'Unione europea, in violazione dell'articolo 51 paragrafo 2 della Carta.

Non è questo il solo caso e il solo ambito in cui si sono avute situazioni di attrito tra Corti: alcune di queste si sono concluse positivamente, come nel caso della richiesta di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca sul programma "OMT" annunciato dalla Banca centrale europea (sentenza *Gauweiler*⁵⁸⁸, a cui poi la Corte costituzionale tedesca si è conformata) o nel caso della richiesta di rinvio della Corte costituzionale italiana nel caso *Taricco*⁵⁸⁹, in tema di principio di legalità dei reati e delle pene, risolta anch'essa positivamente con la recente sentenza *M.A.S.*⁵⁹⁰; altre volte, si sono concluse negativamente, come nel caso delle sentenze della Corte costituzionale ungherese e della Corte costituzionale della Repubblica slovacca, che hanno annullato la disciplina interna di recepimento di alcune norme di diritto dell'Unione (si trattava, rispettivamente, dell'annullamento per contrasto con il dettato costituzionale di una disciplina interna adottata in applicazione di un regolamento e in esecuzione di una direttiva) e della sentenza della Corte costituzionale della Repubblica ceca che ha dichiarato *ultra vires* la sentenza *Landtová*⁵⁹¹ della Corte di giustizia.

Nel dibattito italiano, il caso di cui si parla di più, al momento, è quello della recente sentenza n. 269/17 della nostra Corte costituzionale la quale, acclarata l'impronta tipicamente costituzionale della Carta dei diritti dell'Unione e, dunque, la possibile sovrapposizione fra le garanzie codificate dalla Carta e quelle presidiate dalla Costituzione italiana, in un discusso *obiter dictum*, ha ritenuto che tocchi alla Corte costituzionale stessa "assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali"⁵⁹² e ha dunque avocato a sé un sindacato *accentrato* di legittimità di leggi che siano oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il tono della sentenza è diverso da quello dell'ordinanza *Taricco*, con la quale la Corte italiana aveva imbastito con la Corte di Lussemburgo un dialogo certamente non privo di insidie per i giudici europei ma condotto nei termini di un "meraviglioso esercizio di diplomazia giudiziale", per esprimersi con le parole di Daniel Sarmiento⁵⁹³; il che aveva consentito alla Corte di giustizia, nella successiva sentenza *M.A.S.*, di addivenire, a sua volta, ad un saggio ripensamento e affina-

⁵⁸⁸ Sentenza del 16 giugno 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400.

⁵⁸⁹ Corte cost. ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.

⁵⁹⁰ Sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S.*, C-42/17, EU:C:2017:936.

⁵⁹¹ Sentenza del 22 giugno 2011, *Landtová*, C-399/09, EU:C:2011:415.

⁵⁹² Corte cost. sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.

⁵⁹³ Cfr. D. Sarmiento, *To bow at the rhythm of an Italian tune*, in <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/12/05/to-bow-at-the-rhythm-of-an-italian-tune/>

mento delle proprie posizioni, precisando meglio quel doppio standard di tutela dei diritti fondamentali già indicato dalla sentenza *Melloni*⁵⁹⁴ e bilanciando l'effettività del diritto dell'Unione con la protezione dei diritti fondamentali offerta dal diritto nazionale.

Il caso *Taricco* ha anche confermato l'importanza di canali formalizzati di dialogo, come il rinvio pregiudiziale che ha consentito alla Corte costituzionale di illustrare alla Corte di giustizia la portata effettiva dei rischi che si presentavano e alla Corte di giustizia di riconsiderare la propria posizione⁵⁹⁵. Del resto, va ricordato che Corte costituzionale italiana è stata la prima a far uso del rinvio pregiudiziale con l'ordinanza n. 103/08⁵⁹⁶ (nella quale, modificando un orientamento giurisprudenziale consolidato, la Corte si era riconosciuta soggetta all'obbligo di indirizzare alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali relative all'interpretazione e alla validità del diritto comunitario) e ha sempre fatto uso della teoria dei contro-limiti con moderazione e senza l'arroganza mostrata da altre corti.

È indubbio che “il tono” del dialogo in corso fra corti costituzionali (compresa la nostra) e corte europea non può essere dato da una singola, sia pure significativa, pronuncia, della quale, peraltro, nei numerosissimi commenti che ne sono seguiti, sono state date interpretazioni diverse. La posizione della Corte costituzionale italiana nella sentenza in esame offre, però, l'occasione per tornare alle considerazioni di partenza e cioè alle duplici ragioni della “contesa sulle competenze”.

7. Il revival dei contro-limiti e “l'identità costituzionale”.

In due studi condotti qualche anno fa da Giulio Itzcovich e da chi scrive, era stato osservato come, nel processo di creazione di un nuovo spazio giuridico indotto dall'integrazione europea, il ruolo dei principi fondamentali, ed in particolare del principio di eguaglianza, in virtù del loro carattere “fondamentale”, in virtù della loro forza retorica e legittimante, fosse quello di fornire una base non solo formale ma sostanziale di legittimazione all'autorità degli attori dello spazio giuridico in integrazione, e in particolare alle corti. Il discorso sui diritti fondamentali e sul principio di eguaglianza avrebbe potuto determinare esiti diversi. Gli ordinamenti e le corti avrebbero potuto trovarsi a convergere su valori comuni, oppure a divergere su valori diversi o, quantomeno, sulla interpretazione giudiziale dei valori. In questo caso, i diritti fondamentali avrebbero potuto produrre un effetto di delegittimazione reciproca e conflitto fra le corti e di incertezza del diritto. È per questa ragione che l'integrazione veniva descritta come un processo di “*disordinamento giuridico*”, cioè di «*continua rottura e spiazzamento dei parametri di legalità interni agli ordinamenti che si integrano*»⁵⁹⁷.

Nelle vicende interpretative relative agli effetti di “costituzionalizzazione” prodotti dalla Carta dei diritti fondamentali abbiamo visto all'opera entrambe le dinamiche: dapprima un processo di convergenza, successivamente di divergenza e (in parte) di delegittimazione reciproca.

⁵⁹⁴ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/1, EU:C:2013:107.

⁵⁹⁵ La sentenza 10 aprile 2018, n. 115, con la quale la Corte costituzionale ha chiuso definitivamente il caso *Taricco*, ha anche suggellato “la vittoria della strategia diplomatica messa in atto a tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno” (così C. Cupello *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *DPC*, 2018, n. 6).

⁵⁹⁶ Corte cost. ordinanza 15 aprile 2008, n. 103.

⁵⁹⁷ Cfr. G. Itzcovich, *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: the Federfarma Case*, Jean Monnet Working Paper, 12/08; M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo “multilivello”*, cit.

Alla base di questa *contesa sui principi*, come si è detto, non vi sono non solo questioni di tipo politico istituzionale, relative a pretese di autorità (cioè relative alla questione a chi tocchi “l’ultima parola” in tema di interpretazione dei diritti fondamentali) ma anche questioni di tipo culturale-identitario, relative ai valori sottostanti le scelte interpretative. Vi sono, cioè, *principi contesi*. Chi ha steso la sentenza della Corte costituzionale n. 269/17 non nasconde da tempo le sue preoccupazioni sulle conseguenze di una *incorporation* strisciante. Questo processo, si è detto, comporterebbe il rischio di un “*colonialismo giurisdizionale*” che, in nome di una battaglia di civilizzazione condotta con l’arma dei diritti fondamentali, potrebbe sacrificare i modelli culturali e sociali nazionali già esistenti⁵⁹⁸.

Non è dunque un caso se qualche commentatore della sentenza n. 269/17 si sia chiesto se “*dietro alla pretesa corrispondenza assiologica tra Carta dei diritti e Costituzione, la Corte accolga una sostanziale supremazia dei diritti garantiti dall’ordinamento interno*”⁵⁹⁹. Se la sentenza della Corte costituzionale italiana lascia adito a dubbi (la si potrebbe anche leggere come il riconoscimento di una sostanziale eguale valenza costituzionale della Carta nazionale e di quella europea), così non è per le affermazioni di quella parte dei costituzionalisti che negli anni scorsi aveva sostenuto che “*i contro-limiti sono intimamente connessi al principio democratico*” e che essi stanno lì per far sì che il “*predominio assiologico della Costituzione*”, che la Corte costituzionale ha affermato nella sentenza n. 49/2015 in riferimento alla CEDU, diventi operativo anche in riferimento al diritto dell’Unione⁶⁰⁰.

Come è noto, la teoria dei contro-limiti, elaborata dalla Corte costituzionale italiana⁶⁰¹ e da altre alte corti (in primo luogo quella tedesca), è servita a individuare i casi in cui le costituzioni nazionali pongono un argine alle limitazioni di sovranità accettate dallo Stato con la partecipazione all’Unione europea e lo Stato può quindi riprendersi la propria sovranità. Tali limiti fanno riferimento, nel caso dell’Italia, al rispetto dei «*principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale*» e dei «*diritti inalienabili della persona*”.

La teoria dei contro-limiti può essere usata in due modi: o come strumento di dialogo e di ricordo fra corti nazionali e Corte di giustizia, all’interno di un quadro di valori giuridici comuni; oppure come strumento di difesa di valori costituzionali propri nei confronti di valori giuridici ritenuti con essi incompatibili⁶⁰². Nel revival della teoria dei contro limiti cui stiamo assistendo, i contro limiti vengono impugnati soprattutto nella seconda accezione: come forma di difesa della propria identità costituzionale.

Ma davvero l’identità costituzionale di cui sarebbe espressione la nostra Carta Costituzionale è diversa dall’identità costituzionale di cui è espressione la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea?

⁵⁹⁸ Cfr. M. Cartabia, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 59.

⁵⁹⁹ C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di QC*, 2017.

⁶⁰⁰ Cfr. M. Luciani, *Il brusco risveglio. I contro-limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2.

⁶⁰¹ Corte cost. sentenza 27 dicembre 1965, n. 98 e sentenza 27 dicembre 1973, n. 183.

⁶⁰² Cfr. G. Itzcovich, *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: the Federfarma Case*, cit.

La Carta è il precipitato di una tradizione costituzionale comune cui già la Corte di giustizia si era ispirata nella costruzione di quel *Bill of Rights* comunitario che precede l'adozione della Carta UE. E d'altra parte, avendo una sua propria identità e autonomia, la Carta, nella applicazione giudiziale che se ne dà, sollecita una "rigenerazione" dei significati delle tradizioni costituzionali stesse, secondo un processo di circolarità dei circuiti interpretativi⁶⁰³.

Questa circolarità, questo pluralismo normativo e di poteri prodotto dall'integrazione, esigono la ricerca di soluzioni condivise e si oppone all'applicazione unilaterale dei principi fondamentali, sia da parte della Corte di giustizia che da parte delle corti nazionali. Tale ricerca di soluzioni condivise richiede un atteggiamento di "tolleranza costituzionale", una disponibilità all'ascolto che è intrinseca alla pratica del dialogo.

Sarebbe illusorio pensare che di questo dialogo si possa fare a meno e che ciascuna cultura giuridica possa tornare a prosperare richiudendosi nei propri recinti nazionali. Illusorio e perdente: la difesa delle "identità costituzionali" non ci proteggerà dalla sottrazione di sovranità che deriva dall'affermarsi delle pretese egemoniche delle grandi potenze economiche e politiche, che sono in grado di imporre il loro diritto, le loro "leggi", a livello universale.

L'Unione europea è un'invenzione che non nasce dagli stessi processi storici da cui sono nati gli Stati nazionali. Ma così come questa invenzione è stata capace di proteggerci - ieri - contro le guerre fratricide è anche l'unica - oggi - capace di proteggerci veramente dai rischi della globalizzazione finanziaria ed economica e di contribuire a un assetto globale pluralista⁶⁰⁴. *"Non dovremmo dimenticare - è stato scritto - che siamo l'unica regione in cui ci si è sforzati di coniugare legalismo e pluralismo, di inventare un pluralismo ordinato. Certamente questa scommessa ambiziosa non è vinta ma se rinunciamo a questa ambizione, la paura da sola non ci proteggerà né dal grande disordine né da un ordine giuridico egemonico imposto a profitto dei più potenti, siano essi stati o mercati"*⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Cfr. A. Ruggeri, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, cit., p. 4.

⁶⁰⁴ Cfr. M. Delmas-Marty, *L'intégration européenne entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016, p. 447 ss.

⁶⁰⁵ *Op. ult. cit.*