

LA SENTENZA *KÜCÜKDEVECİ* E LE PROSPETTIVE DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE EUROPEA*

VINCENZO SCIARABBA

(testo provvisorio)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il precedente *Mangold*. - 3. Alcune peculiarità del caso *Küçükdeveci*. - 4. Una questione centrale: il ruolo svolto dal principio generale di non discriminazione in ragione dell'età e il ruolo svolto dalla direttiva 2000/78/CE (ovvero: cosa c'è dietro l'ambigua formula del “*principio quale espresso concretamente dalla direttiva...*”). - 5. (Segue:) Una possibile osservazione critica. - 6. (Segue:) Una possibile risposta. - 7. (Segue:) Il residuo problema della riconducibilità della fattispecie al “campo di applicazione del diritto comunitario” e il ruolo decisivo svolto in proposito dalla direttiva. - 8. Alcune riflessioni più generali sulle prospettive della “giustizia costituzionale europea”. - 9. (Segue:) Gli obblighi di disapplicazione in capo ai giudici comuni nazionali. - 10. (Segue:) Il quadro generale che si profila all'orizzonte. - 11. (Segue:) La disciplina della doppia pregiudiziale (costituzionale e internazionale/comunitaria) nella recente legge organica francese, la “ribellione” della *Cour de cassation* e la cruciale importanza dell'attesa decisione della Corte di giustizia circa la compatibilità con l'art. 267 TFUE dell'imposta priorità del giudizio di costituzionalità interno rispetto a quello europeo.

1. INTRODUZIONE

In data 19 gennaio 2010 la Grande Sezione della Corte di giustizia ha pronunciato una importante sentenza (causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*) con la quale ha affermato, per un verso, che «[i]l diritto dell'Unione, in particolare il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non sono presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal

* Il seguente scritto è presentato come contributo al dibattito in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa del 4-5 giugno 2010.

Attualmente inedito, in alcuni dei primi paragrafi il testo riprende parzialmente (con diverse modifiche e integrazioni) i contenuti di una breve nota a sentenza elaborata in parallelo ad esso e di prossima pubblicazione sulla rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*. In altre parti, il testo ripropone e sviluppa riflessioni già avviate in passato ed oggi di maggiore attualità proprio in relazione alle vicende affrontate o richiamate nel corso della trattazione.

dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età»; e, per l'altro verso, che «[è] compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio».

Oltre a presentare una serie di più specifici motivi di interesse, dei quali si renderà ampiamente conto nelle pagine immediatamente seguenti, tale decisione, insieme ad altre vicende che più avanti saranno richiamate, suggerisce di riflettere con la massima attenzione sulle prospettive di quell'epocale fenomeno giudiziario in via di inevitabile sviluppo, tanto più a seguito dell'attribuzione di pieno valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali ad opera del Trattato di Lisbona, che sembra oggi indispensabile affrontare ragionando apertamente (e all'occorrenza criticamente) di *giustizia costituzionale europea*, al di là di possibili scrupoli definitivi di certo giustificabili ed opportuni sotto taluni profili ed a determinati fini.

Il ricorso a tale formula (del resto non certo nuova, sia con riguardo al sistema della CEDU sia, per quanto qui interessa, con riguardo al sistema dell'Unione) e, soprattutto, il riferimento ai concetti e ai problemi che essa evoca, sembra imposto da concrete e precise circostanze tecniche relative ai rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne, ai rapporti tra diverse fonti dell'Unione, ai contenuti e all'operatività del diritto primario dell'Unione (e, sotto altro profilo, delle direttive), al ruolo della Corte di giustizia e dei giudici nazionali quali custodi dei diritti e dei principi (in vario senso) "costituzionali" dell'Unione a fronte di legislazioni nazionali con essi contrastanti: aspetti tutti – questi appena elencati – sui quali la sentenza *Kücükdeveci* (come già in passato avevano fatto altre fondamentali e notissime sentenze del giudice di Lussemburgo) ci dice qualcosa di significativo, o almeno ci induce a riflettere in una nuova ottica.

2. IL PRECEDENTE *MANGOLD*

La sentenza, è bene chiarire subito, non contiene in sé e per sé statuizioni di portata rivoluzionaria.

Sotto questo profilo generale, e sotto molti profili specifici, è molto istruttivo un confronto con la sentenza *Mangold* (22 novembre 2005, C-144/04), rispetto alla quale si notano certamente alcune differenze di rilievo (o almeno elementi di novità), ma anche profondi motivi di continuità.

In quel caso, come si ricorderà, la Corte aveva affermato (tra l'altro) che: «Il diritto comunitario e, in particolare, l'art. 6, n. 1, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in

materia di occupazioni e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale autorizza, senza restrizioni, salvo che esista uno stretto collegamento con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato stipulato con lo stesso datore di lavoro, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore abbia raggiunto l'età di 52 anni. È compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia *del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età* disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora *il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto*» (corsivi aggiunti, come sempre in seguito ove non diversamente specificato).

Molte discussioni e anche alcuni equivoci erano derivati dalle statuizioni della sentenza *Mangold*; e in effetti, può notarsi, il dispositivo appena citato – forse anche a causa del modo in cui erano state poste alla Corte le relative questioni pregiudiziali (mentre, come si tornerà a dire, ben più articolate e nitide erano le conclusioni dell'Avvocato generale) – risultava piuttosto *ellittico* ed oggettivamente ambiguo: tra l'altro per il fatto che, nella sua prima parte, esso faceva riferimento alla direttiva 2000/78/CE e non al principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, mentre, nella sua seconda parte, esso faceva riferimento a tale principio generale ma non alla direttiva 2000/78/CE¹.

D'altra parte, però, dalla motivazione della decisione (v. in particolare i p.ti 74-77) risultava abbastanza chiaramente quale fosse il rapporto tra la direttiva e il principio generale; e, in stretta relazione a ciò, quale fosse il ruolo di tale principio con riguardo ai compiti del giudice nazionale, anche nell'ambito di una *controversia tra privati* relativa a *fatti anteriori alla scadenza del termine di recepimento* della direttiva.

Convienne richiamare qui brevemente i passaggi logici decisivi, non prima però di aver ricordato come tali passaggi si inserissero nella parte conclusiva della motivazione – dopo cioè che la Corte aveva nei punti precedenti già acclarato il contrasto tra la normativa interna e le finalità della direttiva (v. oltre per questo profilo “di merito”) – con lo scopo precipuo di superare (insieme ad altri argomenti: p.ti 67-73) le difficoltà apparentemente nascenti dalla «circostanza che, alla data della stipula del contratto [la cui validità era indubbiata], il termine di trasposizione della direttiva 2000/78 non era ancora scaduto»².

¹ O meglio, a tale direttiva faceva sì riferimento, ma al solo scopo di precisare l'irrilevanza della mancata scadenza del termine per il suo recepimento ai fini della configurazione dell'obbligo di disapplicazione di ogni disposizione di legge nazionale contraria al principio generale prima menzionato...

² Così il p.to 66 della sent. *Mangold*. A tal proposito, sembra peraltro indispensabile osservare che il problema di fondo che la Corte avrebbe dovuto porsi, in realtà, non risiedeva tanto nel fatto che il termine di trasposizione non era ancora scaduto, quanto piuttosto nel semplice fatto che – scaduto o non scaduto che fosse tale termine – la direttiva, che era stata invocata nell'ambito di rapporti orizzontali, *non era stata attuata*: sul punto si tornerà con riguardo alla sentenza *Kücükdeveci*. D'altra parte però – e ciò spiega la sostanziale irrilevanza, a conti fatti, dell'osservazione appena svolta – i p.ti 74-77 che si andranno ora a citare, pur essendo

Ebbene, per affrontare le difficoltà in questione la Corte affermava anzitutto che «la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro», il quale invece «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», così che il «principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario».

Ciò premesso, e risolto anche il problema della riconducibilità della normativa nazionale “impugnata” alla sfera di applicazione del diritto comunitario (altro profilo, di fondamentale importanza, che si riprenderà con riguardo alla sentenza *Küçükdeveci*), la Corte affermava che essa, «adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità della detta normativa *con tale principio*».

Ancora, «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 fondate sull'età»: dunque, «è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione *il principio di non discriminazione in ragione dell'età*, assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale».

Tirando le fila, da questi passaggi sembra emergere con sufficiente chiarezza, come si diceva, la effettiva valenza della decisione *Mangold*, al di là della semplicistica impressione potenzialmente derivante dal dispositivo forse un po' troppo sbrigativo e “scoordinato”, ed a prescindere da qualsiasi tentativo di ulteriore approfondimento (ad esempio alla luce delle già ricordate conclusioni che erano state presentate dall'Avvocato generale Antonio Tizzano, sulle quali sarà comunque necessario tornare più avanti).

3. ALCUNE PECULIARITÀ DEL CASO *KÜÇÜKDEVECİ*

Venendo ora alla sentenza *Küçükdeveci*, con alcune considerazioni relative proprio al dispositivo, può notarsi anzitutto come in questo caso esso sia stato formulato facendo espressamente (ed egualmente) riferimento, in entrambe le sue parti, al... «principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva...».

esplicitamente rivolti a “rispondere” solo al problema della *mancata scadenza del termine* di trasposizione della direttiva, possiedono una valenza ed una “portata” assai più ampia, tale da offrire “virtualmente” una risposta anche al problema di fondo sottaciuto dalla Corte e qui segnalato, vale a dire quello della *mancata attuazione* della direttiva: che poi la risposta sia da considerarsi soddisfacente oppure no è questione diversa, da porsi in un momento successivo.

Si tratta di una formula innovativa (almeno così sembrerebbe a prima vista) che, per un primo verso, rispecchia con maggior fedeltà e coerenza di quanto non accadesse nella sentenza *Mangold* la “logica” e la reale portata della decisione, dissipando definitivamente quegli equivoci sorti a suo tempo in dottrina, in specie allorché si era arrivati a ragionare in modo un po’ troppo indiscriminato di una rivoluzionaria e generalizzata attribuzione di effetti diretti orizzontali alle direttive in quanto tali. Per altro verso, l’utilizzo della formula che fa riferimento al «principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente nella direttiva...» (formula invero non priva anch’essa di una certa ambiguità e problematicità, come si tornerà a dire) sembra avere l’effetto, per così dire, di “cristallizzare” il sottostante schema logico creando quasi un “modello” astratto, una sorta di “figura normativa complessa” che sembra suscettibile di, e probabilmente destinata a, trovare in futuro numerose applicazioni e “repliche” (ben potendosi tale schema logico mutuare e riutilizzare con riguardo ad altre direttive e/o ad altri principi generali; o ancora, per iniziare ad aprire un nuovo fronte di ragionamento, con riguardo ad altre norme di diritto primario dell’Unione e, in particolare, a *diritti fondamentali previsti oggi nella Carta*).

Di non particolare interesse, invece, sembra tutto sommato quella differenza tra la sentenza *Mangold* e la sentenza *Kücükdeveci* consistente nel fatto che in questa seconda l’obbligo di disapplicazione del diritto interno contrastante col principio generale (quale espresso concretamente ecc.) è stato affermato in un contesto nel quale il termine di attuazione della pertinente direttiva (e si usa l’espressione “pertinente direttiva” nella consapevolezza della sua vaghezza, in attesa di tornare sul punto) era già nel frattempo scaduto. Sotto questo profilo, s’intende dire, risultava anzi più “audace” la sentenza *Mangold*, nella quale l’obbligo di disapplicazione del diritto interno contrastante col principio generale era stato affermato in un contesto nel quale il termine di recepimento della pertinente direttiva (per inciso, sempre la medesima) *non* era scaduto. In altre parole, sembra doversi ritenere che se l’obbligo era configurabile (o comunque era stato configurato dalla Corte) prima della scadenza del termine, *a maggior ragione* esso si può (e anzi a questo punto si deve) configurare dopo che il termine è scaduto.

Piuttosto, un aspetto che chi scrive ha trovato molto singolare nella vicenda *Kücükdeveci* risiede nella circostanza che, come la sentenza stessa ricorda (p.to 10), al momento dei fatti in relazione ai quali è sorta la causa (lettera di licenziamento del 19 dicembre 2006, con effetti dal 31 gennaio 2007) non solo era già scaduto il termine ultimo per il recepimento della direttiva 2000/78/CE (2 dicembre 2006) ma era anche già stata adottata (tra l’altro precedentemente alla scadenza del termine) la legge interna di attuazione della direttiva in questione (legge generale 14 agosto 2006 sulla parità di trattamento, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, BGBl. 2006 I, 1897).

A meno di incorrere in qualche equivoco, da ciò sembra doversi trarre la conseguenza per cui il giudice del rinvio, anziché sottoporre alla Corte di Lussemburgo una questione sostanzialmente irrilevante ed astratta (quale quella di fatto affrontata), avrebbe probabilmente potuto (se non dovuto) risolvere immediatamente la questione *sulla base del diritto nazionale*, in specie considerando la norma “impugnata”³ direttamente *abrogata* ad opera della legge nazionale 14 agosto 2006 di attuazione della direttiva (salva s’intende la possibilità, e anzi probabilmente l’opportunità, di sottoporre previamente alla Corte di giustizia una assai più “banale” questione interpretativa volta soltanto a ricostruire con precisione i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario allo scopo di determinare i corrispondenti vincoli da imputarsi direttamente alla legge interna con la quale si era data fedele attuazione alla direttiva 2000/78/CE; nonché, se si vuole, al principio generale di parità di trattamento, questo secondo peraltro già virtualmente operativo in quanto autonomamente e direttamente ricavabile dai trattati, anche se qui la questione diventa più complessa e conviene per il momento accantonarla).

A sostegno della teorica possibilità, che si è appena illustrata, di risoluzione del caso *Kücükdeveci* da parte del giudice nazionale mediante l’applicazione del solo diritto interno⁴, è appena il caso di precisare che la citata legge tedesca del 14 agosto prevedeva (e prevede) testualmente all’art. 10 (richiamato sempre nel p.to 10 della sent. *Kücükdeveci*) che «è ammissibile una disparità di trattamento collegata all’età laddove essa sia oggettiva, ragionevole e giustificata da una finalità legittima. I mezzi per il conseguimento di tale finalità devono essere appropriati e necessari».

La legge interna conteneva (e contiene) cioè una norma perfettamente coerente (e anzi pressoché coincidente anche nella formulazione testuale, risultando di fatto irrilevante il “taglio” dell’inciso «compresi...»: v. subito oltre in nota) alla norma contenuta nell’art. 6, n. 1 della direttiva 2000/78/CE⁵: norma che – come può notarsi dai p.ti 32-43, e specialmente dal p.to 37 della sent. *Kücükdeveci* – ha svolto il

³ Si trattava della previsione contenuta, in virtù di una legge del 1926, nella parte finale del par. 2 dell’art. 622 del codice civile tedesco, secondo cui «[n]el calcolo della durata dell’impiego [finalizzato all’individuazione del corrispondente termine minimo di preavviso per il licenziamento, alla stregua della “tabella di progressione” riportata subito prima] non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore».

⁴ Tutt’al più, se reputato necessario, ricorrendo all’ausilio fornito dall’obbligo di *interpretazione conforme* al diritto dell’Unione, inteso nel senso consolidato di «fare tutto ciò che rientra nella competenza» del giudice interno, «prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale» mediante tutti i «metodi di interpretazione ad esso riconosciuti», per «conseguire il risultato perseguito» dalle pertinenti direttive o norme comunitarie (sent. Corte di giustizia 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, Racc. pag. I-8835, p.ti 113, 115, 116 e 118, come citati e “assemblati” dall’allora Avvocato generale Antonio Tizzano nelle conclusioni relative alla causa *Mangold*).

⁵ «Gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell’età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell’ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari».

ruolo *decisivo* nella soluzione della questione pregiudiziale (o meglio, della sua parte “di merito”; essendovi poi, come si è anticipato, una seconda parte della questione di natura per così dire “istituzionale”, relativa al ruolo del giudice interno). È infatti dal mancato superamento di questo articolato “test” di “giustificabilità”, e in particolare della sua ultima parte (quella che richiede che la disparità di trattamento rappresenti un mezzo *appropriato e necessario* per il conseguimento della finalità legittima), che la Corte di giustizia ha desunto il contrasto della norma impugnata⁶ rispetto al... «principio di non discriminazione in base all’età cui ha dato espressione concreta la direttiva 2000/78» (p.to 32) o, con formula simile e parimenti significativa, adottata nel p.to 43 nonché nel dispositivo, col «principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE» (o ancora – secondo la terminologia utilizzata nel p.to 27 – col «principio generale di diritto dell’Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all’età, come specificato dalla direttiva 2000/78»).

4. UNA QUESTIONE CENTRALE: IL RUOLO SVOLTO DAL PRINCIPIO GENERALE DI NON DISCRIMINAZIONE IN RAGIONE DELL’ETÀ E IL RUOLO SVOLTO DALLA DIRETTIVA 2000/78/CE (OVVERO: COSA C’È DIETRO L’AMBIGUA FORMULA DEL “PRINCIPIO QUALE ESPRESSO CONCRETAMENTE DALLA DIRETTIVA...”)

Tralasciando a questo punto le speculazioni su ciò che avrebbe potuto (se non dovuto) accadere, ma non è accaduto, occorre prendere le mosse proprio dalle formule da ultimo citate per iniziare ad affrontare di petto quello che sembra uno dei nodi problematici principali (in parte) affrontati e (in altra parte) posti dalla sentenza *Kücükdeveci*, vale a dire quello del ruolo del principio generale di non discriminazione in ragione dell’età e del suo rapporto con la direttiva 2000/78/CE.

La questione, ovviamente, presenta un interesse assai più generale, se è vero che, come si diceva, lo schema logico adottato con riguardo a tale principio e a tale direttiva potrebbe estendersi ad altre direttive e ad altri principi⁷.

Inoltre, la questione si ricollega strettamente a quella (posta anch’essa dal giudice del rinvio nella causa *Kücükdeveci*) relativa al ruolo del giudice nazionale in situazioni quali quella in questione. Sembra anzi molto significativo, a questo riguardo, che nella sentenza *Mangold* – dove pure al giudice comunitario erano state prospettate

⁶ Quella cioè per cui «[n]el calcolo della durata dell’impiego non vanno considerati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore».

⁷ O ad altre norme di diritto primario dell’Unione: e il pensiero va, come si diceva, soprattutto alle previsioni della Carta dei diritti fondamentali, in parte certamente espressive di principi generali già precedentemente riconosciuti come tali – e qui il ruolo della Carta sarà, come nel caso di specie, essenzialmente di tipo “confermativo” o, se si vuole, “probatorio” –, ma in altra parte, come è noto, almeno in qualche misura “innovative” e quindi suscettibili di svolgere un ruolo autonomo e maggiormente significativo, come sembrerebbe essere accaduto in un’altra recente decisione della Corte di Giustizia successiva all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

sia una prima questione relativa alla “compatibilità comunitaria” della disciplina interna, sia una seconda questione relativa al ruolo del giudice in un contesto litigioso che, per un verso, riguardava (come poi nella sent. *Küçükdeveci*) rapporti giuridici di tipo “orizzontale”, tra privati, e, per l’altro verso (e sempre in sostanziale analogia con la sent. *Küçükdeveci*), chiamava in causa in funzione parametrica non regolamenti o disposizioni puntuali dei trattati bensì direttive e/o principi generali – la Corte di Lussemburgo avesse addirittura ritenuto che le due questioni andassero «esaminate congiuntamente» (p.to 55 sent. *Mangold*).

Rinviando (pur nella consapevolezza di quanto appena scritto) l’approfondimento della seconda questione (ruolo del giudice) al *prosieguo* della trattazione, occorre dunque soffermarsi, come si diceva, sul problema del ruolo del principio generale di non discriminazione in ragione dell’età e del suo rapporto con la direttiva 2000/78/CE.

Sotto questo profilo, si è già anticipato, con la sent. *Küçükdeveci* la Corte sembra compiere qualche passo in avanti, in particolare in virtù del fatto che – lo si è pure ricordato poc’anzi – essa si premura di affermare esplicitamente nel dispositivo, e non solo nelle pieghe della motivazione, che la incompatibilità comunitaria della disciplina interna non deriva dal mero contrasto *con la direttiva* 2000/78/CE⁸.

La Corte precisa infatti correttamente (e sia pure sollevando o risollevando un certo numero di problemi che emergono così con maggiore trasparenza) che l’incompatibilità comunitaria del diritto interno deriva dal contrasto col «principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente nella direttiva» del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE» (o col «principio di non discriminazione in base all’età cui ha dato espressione concreta la direttiva 2000/78»; o ancora col «principio generale di diritto dell’Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all’età, come specificato dalla direttiva 2000/78»: si tratta delle formule già citate poc’anzi, e contenute, nel primo caso, nel dispositivo e nel p.to 43; nel secondo caso, nel p.to 32; e, nel terzo caso, nel p.to 27 della sentenza *Küçükdeveci*).

Ecco: cosa vuol dire (o cosa può voler dire) *sul piano logico-giuridico*, e quali problemi teorici e soprattutto pratici pone, la formula (senz’altro funzionale ed anche efficace sul piano retorico-argomentativo) del “principio... quale espresso concretamente”...

⁸ Il cui termine di recepimento era peraltro, questa volta, scaduto prima dei fatti: ma questo poco conta o poco dovrebbe contare, trattandosi di rapporti orizzontali. Avrebbe invece potuto o dovuto contare semmai, alla stregua di quanto si diceva, la circostanza che la direttiva era stata *recepita* nell’ordinamento interno; ma da questa seconda circostanza, come si è visto, tanto il giudice “a quo” quanto la Corte di giustizia sembrano invece non aver tratto alcuna conseguenza; sicché pare a questo punto più utile continuare a ragionare, sulla scia della sentenza *Küçükdeveci*, “come se” si stesse parlando di una direttiva non recepita, così da poter affrontare, anche *pro futuro*, tutti quei seri problemi che l’avvenuto recepimento della direttiva potrebbe, o meglio avrebbe potuto, in questo caso evitare.

La questione è quanto mai complessa e non la si intende ovviamente affrontare qui in termini generali.

Si possono però formulare almeno un'osservazione critica (essa si effettivamente generale) e, in risposta (questa però non generale, ma limitata al caso di specie) a tale osservazione, alcune riflessioni, che si ricollegheranno ad alcuni passaggi delle già più volte citate conclusioni di Antonio Tizzano nella causa *Mangoldt*: passaggi che, pur se non ripresi dalla Corte né in quell'occasione né nella sentenza *Kücükdıveci*, sembrano assolutamente illuminanti e, per più versi, risolutivi.

5. (SEGUE:) UNA POSSIBILE OSSERVAZIONE CRITICA

L'osservazione critica che si intende formulare fa perno in sostanza su un argomento analogo a quello che Alessandro Pace aveva a suo tempo utilizzato con riguardo all'ipotesi di *immediata* applicabilità della Carta di Nizza (all'epoca meramente "proclamata") in virtù del suo carattere ricognitivo di diritti già esistenti a livello comunitario. Osservava Pace: «delle due l'una: o si applica la Carta nel testo rielaborato delle "vecchie fonti", e allora non si applicano queste; oppure si applicano le "vecchie" fonti, ma allora il richiamo alla Carta non solo è inutile, ma addirittura inesatto»⁹.

Ebbene, *mutatis mutandis*, sembra oggi doversi affermare (e senza che sia possibile formulare "riserve" analoghe a quella appena ricordata in nota), a fronte di una formula quale quella utilizzata dalla Corte¹⁰ e ponendosi in un'ottica garantista attenta alla preservazione dei valori della certezza del diritto e dell'affidamento¹¹: delle due l'una, o si applica (solo) il principio generale, sia pure estrapolandone tutte le sue più recondite ma "intrinseche" valenze normative, e allora il riferimento alla direttiva non solo è inutile, ma addirittura inesatto (e, si può aggiungere, parecchio fuorviante, oltre che quanto mai problematico data l'assenza delle tradizionali condizioni di applicazione delle direttive, trattandosi di rapporti tra privati); oppure, bisogna ammettere, si sta applicando (*anche*, e) *almeno in qualche misura e/o con qualche effetto* la direttiva (v. oltre, per un'ulteriore, sottile,

⁹ Cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, I, 196. A questo proposito, per inciso e senza che la cosa abbia alcuna rilevanza ai fini attuali, si deve ricordare, per pura completezza ed a scanso di equivoci, che tale notazione, di per sé ineccepibile, era stata ritenuta da chi scrive non necessariamente e del tutto "paralizzante" *in quel contesto del tutto particolare*, in considerazione del fatto che, se non altro con riferimento alle *tradizioni costituzionali comuni*, non pienamente e univocamente verbalizzate, la Carta poteva forse effettivamente *svolgere un ruolo*, di tipo sostanzialmente "probatorio", allo stesso tempo *autonomo e rispettoso della realtà giuridica pregressa* (quantomeno ragionando in termini di "presunzioni relative" e non assolute).

¹⁰ "principio... quale espresso concretamente".

¹¹ ...e attenta alla posizione dei soggetti privati che potrebbero vedersi danneggiati dagli *effetti in vario modo prodotti* da una direttiva *non recepita* e da loro legittimamente ignorata: magari "scaduta" (ma, almeno nell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale, ciò dovrebbe comunque risultare di per sé irrilevante), magari neanche "scaduta"...

ma assolutamente fondamentale questione che si pone sotto questo profilo in relazione ai p.ti 23-25 della sentenza *Küçükdeveci*).

In altri termini: o il riferimento al principio generale è sufficiente per motivare l'incompatibilità comunitaria della disciplina interna, e allora non solo non occorre ma è molto meglio (oltre ad essere forse in sé e per sé doveroso) *non* riferirsi alla direttiva non recepita; oppure il riferimento al principio generale non è sufficiente allo scopo, e in questo secondo caso, ovviamente e inevitabilmente, si ripresentano tutti (o almeno una parte de)i problemi legati al riconoscimento di efficacia orizzontale alle direttive non recepite.

Ancora più esplicitamente e “crudamente”: che una direttiva non recepita la si applichi per fornire integralmente la disciplina di una fattispecie, oppure che la si applichi – all'estremo opposto – al solo scopo di far rientrare una determinata disciplina nazionale nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (ecco il problema cruciale cui si accennava poc'anzi, collegato ai p.ti 23-25 della sentenza, su cui comunque si avrà modo di tornare) per poi consentire il sindacato di “conformità comunitaria” di tale disciplina nazionale (in riferimento, a questo punto, magari anche solo al principio generale sottostante e già pienamente operativo: e peraltro pienamente operativo, per l'appunto, soltanto nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione...)... poco o nulla cambia, a conti fatti, per il privato che si trova a soccombere in un giudizio a causa, in sostanza, del suo aver agito facendo legittimamente affidamento su una disciplina nazionale che poi però – *anche per effetto della direttiva non recepita*¹² – è stata in tutto o in parte ritenuta “anticomunitaria” e su tale base *disapplicata*¹³.

L'osservazione critica così formulata (in diverse ma convergenti prospettive) intende mettere allo scoperto un problema forse non del tutto coincidente ma di certo utilmente accostabile a quello che con piena consapevolezza era stato preso in considerazione ed esplicitamente affrontato dall'Avvocato generale Tizzano nelle conclusioni nella causa *Mangold*.

Occorre previamente ricordare che in quel caso – *strutturalmente identico, sotto questo profilo, al caso Küçükdeveci* – si pretendeva (da parte del giudice rimettente nonché

¹² Effetto di tipo *diretto* oppure, indifferentemente, di tipo quanto si vuole *indiretto*.

¹³ Dunque con un rilievo inevitabilmente *ex tunc* della riconosciuta incompatibilità: altro profilo “sfiorato” dal giudice rimettente e dalla Corte, e forse da approfondire, eventualmente allo scopo di escogitare o valorizzare in futuro espedienti operativi in grado di conciliare al meglio, con riguardo ai problemi di fondo qui in discussione, le opposte esigenze del primato del diritto dell'Unione, e in particolare del primato dei diritti e dei principi fondamentali, da una parte, e della certezza del diritto e precipuamente del legittimo affidamento, dall'altra.

Per un approfondimento sugli effetti temporali delle decisioni della Corte di giustizia, e, rispettivamente, per una analisi comparata degli effetti temporali delle decisioni delle Corti costituzionali nazionali, cfr. rispettivamente G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319-338 e ID., *Gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità: profili di comparazione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene, 2009.

della Commissione) di far discendere dal contrasto tra la direttiva ed una *norma nazionale specifica* (e in qualche modo eccezionale e derogatoria rispetto alla disciplina nazionale generale altrimenti applicabile) l'accantonamento di quest'ultima con conseguente "riespansione" e applicazione della disciplina nazionale generale.

A tal proposito, sosteneva in particolare la Commissione che se «[è] vero ... che, essendo destinate agli Stati membri, le direttive comunitarie ... non possono produrre effetti diretti c.d. orizzontali, effetti cioè nei confronti di un privato ...convenuto in giudizio da un altro privato», «[t]uttavia, nel caso di specie, l'applicazione delle direttive invocate, non produrrebbe effetti di questa natura; una volta accantonat[a la specifica disposizione contrastante con la direttiva] troverebbe infatti applicazione ancora una norma dell'ordinamento nazionale... e non, di per sé, una disposizione delle direttive richiamate» (cfr. p.ti 104-106 delle conclusioni nel caso *Mangold*).

Ebbene, è in opposizione a tale impostazione che l'Avvocato generale svolgeva alcune considerazioni (p.ti 106-108) che vale oggi la pena riprendere in considerazione con attenzione: «tale posizione non può essere accolta. Essa invero trascura il fatto che nelle ipotesi in considerazione la disapplicazione della norma nazionale in causa sarebbe in realtà un effetto diretto dell'atto comunitario e sarebbe quindi proprio quest'ultimo a *precludere al soggetto interessato di avvalersi dei diritti concessigli dalla norma del suo ordinamento*. Per prendere a riferimento proprio il caso di specie, la conseguenza dell'opposta tesi sarebbe che [il convenuto nel giudizio principale] si *vedrebbe preclusa da una direttiva la possibilità di far valere dinanzi al [Tribunale competente] la facoltà a lui riconosciuta dal diritto nazionale*» (facoltà, in quel caso, di concludere senza limiti contrattati a tempo determinato con lavoratori ultracinquantadueni; ma che potrebbe essere, per applicare la medesima impostazione al caso *Küçükdeveci*, la facoltà di non considerare, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età). «Ciò sarebbe, evidentemente, in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui, essendo rivolte formalmente agli Stati membri, le direttive «non [possono] di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non [possono] quindi essere fatt[e] valere in quanto tal[i] nei suoi confronti»¹⁴.

Pertanto, concludeva l'Avvocato generale¹⁵: «nella controversia principale che vede contrapposti il sig. Mangold e l'avv. Helm [il Tribunale adito] non può disapplicare, a danno di quest'ultimo [la disposizione interna "impugnata"] perché giudicat[a] incompatibile *con la direttiva 1999/70* o – secondo la soluzione da me accolta – *con la direttiva 2000/78*».

¹⁴ Si richiamano in proposito le sentt. 26-2-1986, causa 152/84, *Marshall*, Racc. 723, p.to 48; 14-7-1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, Racc. I-3325, p.to 20; 7-1-2004, causa C-201/02, *Wells*, Racc. I-723, p. to 56 e 3-5-2005, cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi*, Racc. I-3565, p. to 73

¹⁵ Dopo aver svolto alcune altre considerazioni di un certo interesse anche ai nostri fini: cfr. i p.ti 109-110.

Evidente sembra, al di là di alcune differenze di “contesto argomentativo”, l’attualità di tali considerazioni e preoccupazioni, che in effetti sembrano valide non solo per l’ipotesi di utilizzo diretto ed “in via esclusiva” di una direttiva (non recepita), ma anche, alla stregua di quanto si osservava sopra, per l’ipotesi di suo utilizzo indiretto, in combinazione con “principi generali”, allorché comunque *il risultato della disapplicazione, a svantaggio di una delle parti private*, di qualche norma di diritto interno *discenda, in tutto o anche solo in parte, dall’esistenza della direttiva stessa* (“scaduta” o “non scaduta” che sia; e sempre, s’intende, *non recepita*, altrimenti il problema non si porrebbe, o almeno non dovrebbe porsi).

6. (SEGUE:) UNA POSSIBILE RISPOSTA.

Questa, dunque, l’osservazione critica (come si diceva, di portata generale).

Nelle prossime righe si proporrà una possibile “risposta” che, almeno *con riguardo al caso di specie*, sembra dovuta. Una risposta che sarà tale da ridimensionare significativamente (ma non del tutto neutralizzare: v. oltre) l’osservazione in questione.

Per rimettere a fuoco un’ultima volta il nodo problematico oggetto della critica, riprendiamo le mosse dalla ambigua formula “principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente nella direttiva...”. E, in stretto collegamento a tale formula (e allo scopo, per così dire, di metterne a nudo la reale valenza), ricordiamo come anche nel caso *Küçükdeveci* (oltre che già nel caso *Mangold*, dove ciò era reso più evidente dal dispositivo) in effetti, nel merito, il riconoscimento della “illegittimità comunitaria” (presupposto della disapplicazione a svantaggio di una parte privata) della norma interna “impugnata”¹⁶ si sia *fondato* sul contrasto con la previsione, contenuta nell’art. 6 n. 1 *della direttiva 2000/78/CE*, secondo cui eventuali disparità di trattamento, rispondenti a una finalità legittima, sarebbero state ammissibili solo a condizione di essere un *mezzo appropriato e necessario* per il conseguimento di tale finalità: ciò è quanto emerge chiaramente dalla motivazione (p.ti 32-43, e spec. p.to 37, già ricordato).

Al di là dunque del riferimento “strategico” al principio generale di non discriminazione (che nel caso *Küçükdeveci* risulta anzi più attentamente valorizzato, e non solo mediante il richiamo alla Carta dei diritti), il “parametro” *decisivo* utilizzato dalla Corte sembra proprio da individuarsi nella direttiva, ed è proprio tale circostanza a chiarire e giustificare le osservazioni critiche formulate fino a qui (continuando volutamente a chiudere gli occhi sul fatto che in realtà la direttiva era stata attuata...).

Ebbene, proprio con riguardo a questo aspetto decisivo sembrano doversi richiamare ancora una volta alcune considerazioni a suo tempo svolte da Antonio

¹⁶ Quella cioè, in questo più recente caso, che consentiva di non considerare, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età.

Tizzano nelle conclusioni alla sentenza *Mangold*, in grado di gettare nuova luce¹⁷ sulle “ombre” finora segnalate: «Ricordo ... che, anche prima dell’adozione della direttiva 2000/78 e delle specifiche disposizioni in essa contenute, è stata riconosciuta dalla Corte l’esistenza di un principio generale d’eguaglianza ... Secondo tale principio, è vietato “trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale *trattamento* non sia *obiettivamente giustificato*” dal perseguimento di una finalità legittima e sempre che esso «sia *adeguato e necessario* per raggiungere” tale finalità» (p.to 83, e nt. 28 e 29 per i relativi, puntuali, riferimenti giurisprudenziali).

Ancor più esplicito, lucido ed “esauriente” il passaggio successivo (p.to 84): «Come appare dal loro confronto, *le due regole* – quella specifica della direttiva e quella generale ora citata – in buona sostanza *coincidono*, di modo che l’analisi della compatibilità di una normativa quale quella tedesca ben potrebbe essere condotta alla luce dell’una e dell’altra con analoghi risultati. *Il ricorso al principio di eguaglianza* – evocato, sia pure incidentalmente, anche dal giudice del rinvio – sarebbe forse *preferibile poiché, proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato, esso spiega i propri effetti su tutti i consociati e, a differenza della direttiva, potrebbe quindi essere invocato direttamente dal sig. Mangold nei confronti dell’avv. Helm e così applicato dal [tribunale adito] nel giudizio principale*».

Ancora, e proprio con riguardo al quesito cruciale relativo alle «conseguenze giuridiche che il giudice nazionale dovrà trarre dalla decisione della Corte in circostanze, come quelle di cui alla causa principale, in cui si chiede l’interpretazione di una direttiva nell’ambito di una controversia tra privati»: «[a] ben vedere, tale quesito risulterebbe superato qualora la Corte – seguendo quanto da me proposto – accettasse di pronunciare l’incompatibilità di una legge, quale quella in questione, utilizzando come parametro d’interpretazione il principio generale di eguaglianza, il cui precetto chiaro, preciso e incondizionato, si rivolge a tutti i soggetti dell’ordinamento e può quindi essere invocato dai privati sia verso lo Stato sia nei confronti di altri privati (v. *supra*, paragrafo 84). Non c’è dubbio infatti che, in tal caso, il giudice del rinvio dovrebbe disapplicare la normativa nazionale contraria a detto principio ritenuto appunto direttamente efficace» (p. to 101, e nt. 33 per i riferimenti giurisprudenziali; di notevole interesse, in questa prospettiva, sembra anche il fugace riferimento al *principio di proporzionalità* rinvenibile altrove).

Il cerchio a questo punto sembrerebbe, volendo, abbastanza facile da chiudere...

7. (SEGUE:) IL RESIDUO PROBLEMA DELLA RICONDUCIBILITÀ DELLA FATTISPECIE AL “CAMPO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO” E IL RUOLO DECISIVO SVOLTO IN PROPOSITO DALLA DIRETTIVA

¹⁷ Meglio se lo avesse fatto la Corte, ma ciò che conta è in fondo la sostanza: e, essendoci questa, c’è poi sempre tempo per aggiustamenti argomentativi.

... Se non restasse (almeno) un ultimo problema, tutt'altro che irrilevante (e non solo a questi fini).

Ricordava lo stesso Tizzano, in un inciso prima volutamente omesso per ragioni di ordine espositivo, che il principio di eguaglianza «vincola gli Stati membri “quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie” e ... può quindi essere ... impiegato per sindacare le normative nazionali *che “rientra[no] nella sfera di applicazione del diritto comunitario”*» (p.to 83, e nt. 27 per riferimenti giurisprudenziali).

Sotto questo profilo, nella sentenza *Kücükdeveci* vi sono dei passaggi, cui già si è fatto ripetutamente cenno, che risolvono perfettamente, a loro modo, la questione (in termini del resto non inediti).

Ci si limiterà qui a richiamare tali passaggi, osservando soltanto previamente (rispetto ad essi) e conclusivamente (rispetto a quanto si è detto finora) che tali passaggi con molta probabilità rappresentano se non la chiave di volta almeno uno dei pilastri portanti della decisione (oltre a sembrare di grande interesse in generale, anche e soprattutto in riferimento all'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali).

Quanto poi tale “pilastro” argomentativo possa reputarsi solido (sempre alla luce di tutto ciò che si è avuto modo di mettere o riportare in luce nella parte “critica” delle pagine precedenti) non è facile a dirsi.

«23. *Affinché il principio di non discriminazione in base all'età possa applicarsi in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, è anche necessario che tale fattispecie rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.* – 24. A tal proposito, e a differenza della causa conclusasi con la sentenza 23 settembre 2008, causa C-427/06, Bartsch (Racc. pag. I-7245), il presunto comportamento discriminatorio adottato nella presente fattispecie in base alla normativa nazionale controversa ha avuto luogo successivamente alla data limite del termine impartito allo Stato membro per trasporre la direttiva 2000/78, termine che, per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, è scaduto il 2 dicembre 2006. – 25. In tale data, *la direttiva ha avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale [del 1926] di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella fattispecie, le condizioni di licenziamento*» (p.ti 23-25 sent. *Kücükdeveci*).

8. ALCUNE RIFLESSIONI PIÙ GENERALI SULLE PROSPETTIVE DELLA “GIUSTIZIA COSTITUZIONALE EUROPEA”

Passando ad alcune riflessioni più generali, occorre ora osservare come la sentenza *Kücükdeveci*, secondo la chiave di lettura che si è anticipata inizialmente – suggerita già dalla portata del suo dispositivo e suffragata, ci sembra, dagli elementi emersi nell'analisi svolta nelle pagine precedenti –, si inserisca in quel percorso di sviluppo della “giustizia costituzionale europea” che, anche alla luce di altre recenti vicende che si andranno tra breve a ricordare, sembra meritare oggi la massima attenzione.

La sentenza, in effetti, consolida e in qualche modo espande (sulla scia del precedente *Mangold*, ma con le significative differenze prima messe in luce) quella sorta di “sindacato diffuso di legittimità comunitaria” cui si era fatto riferimento in dottrina proprio a proposito del caso *Mangold*¹⁸.

In tal senso depone anzitutto, sul piano “delle fonti”, e traendo dalla sentenza *Küçükdeveci* le dovute conseguenze di portata generale, la ricostruzione del ruolo spettante – in virtù delle reciproche interconnessioni tra gli uni e le altre – ai principi generali e alle direttive (anche non recepite) che ad essi diano “concreta espressione”: in estrema sintesi, e andando alla sostanza, la Corte ha infatti sancito la diretta e piena applicabilità, anche nei rapporti orizzontali, dei principi generali *in stretta combinazione* con le “connesse” direttive (o... viceversa, se si vuole: cfr. sent. *Mangold*): più precisamente nel senso, in primo luogo, che il contenuto precettivo dei principi può/deve essere ricostruito facendo riferimento alle specifiche e “concrete” previsioni di tali direttive; e, in secondo luogo, che tali direttive svolgono un ruolo decisivo nel consentire la diretta e piena applicabilità dei sottostanti principi generali a fattispecie che proprio e solo in virtù dell’esistenza delle direttive stesse vengono a ricadere nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione.

Ma a indurre a ritenere che con la sentenza *Küçükdeveci* si sia compiuto un passo importante verso l’affermarsi di un sistema di giustizia costituzionale europeo – nella direzione, in particolare, di un modello di sindacato sostanzialmente “diffuso” – sembrano soprattutto, in coerente connessione alle appena ricordate acquisizioni collocabili sul piano delle fonti, le affermazioni della Corte (e in genere le implicazioni della sentenza) relative alla posizione dei giudici nazionali: i quali, per effetto della ricostruzione appena ricordata, si trovano investiti del potere/dovere di disapplicare disposizioni legislative interne (anche) nell’ipotesi in cui queste contrastino con principi generali del diritto comunitario (...e fin qui, almeno formalmente e astrattamente, niente di rivoluzionario; i quali principi siano però, ecco il punto...) (a) contenutisticamente specificati (o... “espressi concretamente”) e (b) “processualmente” resi applicabili alla fattispecie ad opera di direttive (anche non recepite; e, quanto al primo aspetto, anche non “scadute”).

Le ripercussioni, sul piano *qualitativo* non meno che sul piano *quantitativo*, di tale estensione di compiti (estensione prefigurata, lo si ribadisce, dalla sentenza *Mangold*) sul ruolo “euro-costituzionale” del giudice nazionale – sul suo ruolo cioè di “custode” delle norme (in senso lato) “costituzionali” europee, anche attraverso la disapplicazione del contrastante diritto interno – appaiono evidenti.

9. (SEGUE:) GLI OBBLIGHI DI DISAPPLICAZIONE IN CAPO AI GIUDICI COMUNI NAZIONALI

¹⁸ Cfr. F. PATERNITI, *La Corte di giustizia apre al “sindacato diffuso di legittimità comunitaria”?*, in www.forumcostituzionale.it.

Sembra anzi potersi spiegare proprio in relazione a quanto appena notato il fatto (altrimenti davvero poco comprensibile) che il giudice nazionale avesse posto alla Corte anche una apparentemente singolare questione con la quale chiedeva «[s]e il giudice di uno Stato membro investito di una *causa tra privati* debba disapplicare una normativa contraria al diritto comunitario ovvero se debba *tenere conto della fiducia riposta dai destinatari delle norme nell'applicazione delle leggi nazionali vigenti*, in modo tale per cui l'inapplicabilità sopravvenga soltanto in seguito ad una decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla normativa contestata o su una normativa sostanzialmente analoga» (p.to 17 della sent. *Küçükdeveci*).

La questione, come si è visto, è stata risolta dalla Corte nel senso, prevedibile (tanto più alla luce delle poco pertinenti motivazioni che il giudice “a quo” aveva posto a fondamento del suo dubbio: v. poco oltre), per cui il giudice nazionale può senz'altro disapplicare immediatamente la normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione (anche laddove il contrasto riguardi... principi generali come concretamente espressi da direttive...; anche laddove tali direttive non siano, in ipotesi, recepite; e anche laddove si stia discutendo, nel giudizio in questione, di rapporti orizzontali).

A tale conclusione la Corte è giunta ricordando, per un verso, il principio del primato del diritto dell'Unione (rifacendosi al p.to 77 della sent. *Mangold*, nella quale pure, come si è già segnalato, la Corte si era trovata ad affrontare una questione simile), e, per l'altro, la natura sempre solo facoltativa, per i giudici non di ultima istanza, del rinvio pregiudiziale¹⁹.

Come può evincersi proprio dalle ultime riflessioni svolte in nota, d'altra parte, la questione posta dal giudice tedesco (pur fatalmente destinata a non trovare sviluppo dati gli specifici termini in cui era stata posta e date le motivazioni addotte) sorgeva, può ben dirsi a questo punto, dalla ragionevole sensibilità verso problemi oggettivamente sussistenti, quantomeno in riferimento a situazioni particolarmente complesse e delicate quali quella di specie: dove, può ricordarsi ancora una volta, si trattava di disapplicare nell'ambito di una controversia tra

¹⁹ Facoltativa almeno dal punto di vista comunitario... Ma, sotto questo profilo, la questione non è forse chiarita in modo definitivo proprio a causa della non pertinenza degli argomenti utilizzati dal giudice tedesco, che faceva riferimento al fatto che egli, secondo il diritto interno, era tenuto – in vista e ai fini di un'eventuale disapplicazione di una norma interna contrastante *con la Costituzione nazionale* – a rivolgersi in via incidentale *al giudice costituzionale interno*. Diversa sarebbe forse, sul piano logico-giuridico, l'ipotesi di una disciplina nazionale, per così dire “più realista del re”, che invece *imponesse* al giudice interno, anche non di ultimo grado, di rivolgersi sempre in via pregiudiziale *alla Corte di giustizia* per poter giungere a un'eventuale disapplicazione di una norma interna contrastante *col diritto dell'Unione*: il tutto o in via generalizzata oppure, meno inverosimilmente, in termini più *selettivi*, limitandosi ad esempio alle sole controversie tra privati e/o a solo una parte del diritto dell'Unione, ad esempio i suoi principi generali (in quanto tali o in quanto problematicamente “agganciati” a direttive...) o le norme relative ai diritti fondamentali, tendenzialmente corrispondenti o “sovrapponibili” ad analoghe norme costituzionali interne... (e qui il discorso andrebbe allargato toccando anche il rapporto tra giudici comuni e corti costituzionali... cosa che farà nei prossimi paragrafi, anche in relazione alle recenti vicende francesi sul punto).

privati una norma legislativa interna (ritenuta) vigente, in ragione (almeno secondo la ricostruzione della Corte) del suo contrasto con un *principio* generale del diritto comunitario *specificato e reso applicabile* da una *direttiva*²⁰.

10. (SEGUE:) IL QUADRO GENERALE CHE SI PROFILA ALL'ORIZZONTE

Ancor più in generale, la sentenza *Küçükdeveci* induce a riflettere sulle prospettive dei sistemi di giustizia costituzionale in Europa: in primo luogo, sulle prospettive di sviluppo del *sistema di giustizia costituzionale europeo* (includendo in tale espressione ogni forma di sindacato giurisdizionale, svolto a vari livelli, avente ad oggetto i diritti nazionali e il diritto comunitario²¹ derivato, ed a comune parametro il diritto comunitario primario, con particolare riguardo a tutti quei diritti e principi di contenuto e di ruolo "costituzionale" sempre più presenti e vitali all'interno di quest'ultimo); in secondo luogo, sulle ripercussioni delle evoluzioni riscontrabili (o prevedibili) nel sistema europeo sui sistemi di giustizia costituzionale nazionale.

Provando a toccare brevemente e contestualmente entrambi i profili, sembra doversi ribadire quanto si è già in passato osservato con riguardo alle possibili conseguenze della piena attribuzione di valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali ad opera del Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

Si allude alla non inverosimile eventualità che si sviluppi – in virtù, per così dire, del “corto circuito” tra il già operante principio di immediata prevalenza del diritto comunitario (con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante) e la peculiarità dei contenuti del testo di Nizza (assimilabili in buona parte a quelli di molte Costituzioni) – una sorta di “*sindacato diffuso*” in riferimento alla Carta, che andrebbe in ipotesi ad affiancare (quantomeno nell’ambito applicativo delineato, pur problematicamente, dall’art. 51 della Carta stessa²²) e di fatto in molti

²⁰ Direttiva che peraltro nel caso di specie era stata in realtà anche recepita, senza che però a tale circostanza si sia dato alcun rilievo: sicché tutta la ricostruzione della Corte risulta di fatto “tarata” sull’ipotesi di una direttiva non recepita (pur se in questo caso già “scaduta”, a differenza che nel caso *Mangold* dove infatti per poter affermare la riconducibilità della fattispecie all’ambito di applicazione del diritto comunitario ci si era dovuti “appigliare” alla circostanza, in un certo senso contingente, che vi era invece un’altra direttiva, la 1999/70/CE, che non contrastava con la disciplina interna ma che risultava già “scaduta” e aveva ad oggetto grossomodo la medesima materia).

²¹ Si continua a usare tale aggettivo per mera comodità (tanto più che, proprio per il venir meno oggi della distinzione tra Comunità e Unione, esso non dovrebbe poter determinare equivoci). Ciò nell’attesa che prendano eventualmente il sopravvento altri aggettivi (il migliore dei quali sembrerebbe, di gran lunga, quello coniato da Antonio Ruggeri: “europeanitario”).

²² ...e si è visto quali spunti di riflessione offrano a questo specifico proposito i p.ti 23-25 della sent. *Küçükdeveci*, i quali sono tra l’altro collocati, e la circostanza non sembra insignificante, proprio subito dopo il punto in cui la Corte fa riferimento alla Carta, ricordando «che l’art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati» e che «[a]i sensi dell’art. 21, n. 1, di tale Carta, “[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...) [sul]l’età”»...

casi a sostituire il sindacato accentrato svolto, in riferimento alle Costituzioni, dalle Corti nazionali²³.

Ebbene, si è già osservato come, in quest'ordine di idee, una (ulteriore) parziale trasformazione si potrebbe avere anzitutto nel ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (e, in ultima istanza, nel complessivo ruolo istituzionale di quest'ultima): se già oggi, come è noto, lo strumento del rinvio pregiudiziale viene frequentemente utilizzato (dai giudici comuni quando non anche dai giudici costituzionali) allo scopo di ottenere dalla Corte di Lussemburgo una sorta di indiretta valutazione sulla "legittimità comunitaria" del diritto interno, è evidente come il meccanismo in questione, con la consacrazione di un catalogo scritto di diritti e principi fondamentali "vigenti a livello dell'Unione", verrebbe ad assomigliare sempre più ad un "incidente di costituzionalità" sotto diverso nome, diverso parametro, e diverso giudice (anche in questo caso – tenuto conto della tendenziale corrispondenza contenutistica dei parametri sullo sfondo – con forti rischi di "scavalco" del giudice costituzionale "interno", e delle stesse Costituzioni nazionali).

²³ Cfr. per tali prospettive A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai vincoli comunitari: una ridefinizione dei confini?*, in www.forumcostituzionale.it; M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana* e A. CELOTTO, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (cur.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, rispettivamente 201 ss. e 227 ss.; nonché, dei medesimi due Autori, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4477 ss..

Appena il caso di ricordare poi, con specifico riferimento al problema, fondamentale, dell'efficacia diretta delle norme di diritto comunitario primario, che tale prerogativa era stata già da tempo affermata dalla Corte di giustizia alla condizione che gli obblighi siano precisi, chiari e incondizionati e non richiedano misure complementari a livello comunitario o nazionale: sentt. *Van Gend en Loos* del 5-2-1963, *Becker* del 19-1-1982 e *Kaefer e Proccaci* del 12-12-1990; può pure ricordarsi come, nel quadro di tale impostazione, la Corte di giustizia abbia via via incluso tra le norme del Trattato CE dotate di efficacia diretta (talora solo "verticale", spesso anche "orizzontale", come ad es. nel caso degli artt. 39, 43, 50 e 81), se non altro, quelle di cui agli articoli 12 (divieto di discriminazione in base alla nazionalità), 25 (divieto di dazi doganali e tasse di effetto equivalente), 28 e 29 (divieto di restrizioni quantitative), 39 (libera circolazione dei lavoratori), 43 (diritto di stabilimento), 50 (libera circolazione dei servizi), 81 (divieto di intese), 82 (divieto di abuso di posizione dominante), 88 (sugli aiuti di Stato), 95 (divieto di discriminazioni fiscali nei confronti dei prodotti importati), 141 (sulla parità tra i sessi): come intuibile osservando tale elenco, e come esplicitamente considerato da P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 1997, 110-111, la Corte «ha qualificato come direttamente applicabili, e quindi invocabili da individui e da imprese davanti ai giudici nazionali, anche disposizioni comunitarie che non lasciavano trasparire una volontà di creare in capo ad essi situazioni giuridiche positive» (il che, incidentalmente, può risultare significativo anche con riguardo all'incombente problema dell'operatività della clausola di cui all'art. 52, par. 5 della Carta dei diritti, che mira ad introdurre una improbabile rigida distinzione di regime tra "diritti" e "principi").

Cfr. di recente, sulle questioni qui accennate, R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in www.federalismi.it.

Ecco perché si è sostenuta (e si intende ribadire proprio alla luce della sent. *Küçükdeveci*) l'opportunità che, per parte loro, le Corti costituzionali – per evitare di restare escluse, per così dire, dal “circuito di giustizia costituzionale europea” – si aprano, più di quanto in genere abbiano fatto finora, all'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale, non solo nell'ambito dei giudizi in via principale, ma anche (compatibilmente con le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione: v. oltre) nell'ambito dei giudizi in via incidentale: ciò perché il perdurare del rifiuto delle Corti (o almeno di alcune di esse) di avvalersi di tale meccanismo (anche) nei giudizi incidentali sembra rappresentare un ulteriore elemento di loro (auto-)isolamento e, per converso, di rafforzamento di quel rapporto “privilegiato” tra giudici comuni e Corte di giustizia che anche nel caso *Küçükdeveci* è emerso in tutte le sue (problematiche) potenzialità, e che ancor più potrebbe risultare “destabilizzante” (rispetto ai tradizionali assetti della giustizia costituzionale in Europa) per effetto, come si diceva, del progressivo emergere della Carta dei diritti fondamentali come parametro di conformità (anche) del diritto nazionale. Viceversa, si è sostenuto, la piena apertura al rinvio pregiudiziale da parte delle Corti nazionali potrebbe permettere un qualche “riaccostamento”, paragonabile a quello operato dalla nostra Corte costituzionale sul “fronte” della CEDU con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 (tra l'altro anche, se non soprattutto, in risposta ad analoghe, serpeggianti tendenze verso forme di “sindacato diffuso” e di disapplicazione del diritto interno contrastante con i diritti e principi fondamentali previsti dal “parametro” europeo, rappresentato, in quel caso, dalla Convenzione): imporre, o almeno consentire, ai giudici comuni di rivolgersi – ove si presenti un dubbio di conformità di una norma interna con un diritto o principio fondamentale previsto (anche) nella Carta europea o comunque dotato di rilievo comunitario – al proprio giudice costituzionale prima (o *invece*) di interpellare la Corte di Lussemburgo (alla quale poi semmai si potrebbe rivolgere in quest'ottica, qualora occorra, proprio il giudice costituzionale nazionale), permetterebbe di contrastare, o almeno non assecondare e rafforzare nelle sue possibili degenerazioni, quella sorta di possibile “deriva giudiziaria europeistica” che molte critiche (talora ma non sempre pretestuose) ha suscitato in passato ed in misura ancora maggiore potrebbe suscitare in futuro.

Tutto ciò, d'altra parte, richiederebbe atteggiamenti e prese di posizione più “aperte” (e “tolleranti”) che in passato anche da parte della Corte di giustizia, proprio in riferimento al problema di fondo, in qualche (infelice) modo sollevato dal giudice rimettente nella sentenza *Küçükdeveci*, del ruolo del giudice comune nazionale a fronte di situazioni delicate (di contrasto tra norme legislative interne e, in senso lato, principi e diritti fondamentali, nazionali e/o europei) che potrebbero essere risolte (a) tanto in via diretta, immediata e “autonoma” dallo stesso giudice adito dalle parti quanto (b) attraverso un rinvio alla Corte di giustizia, quanto ancora (c) attraverso un rinvio al proprio giudice costituzionale (eventualmente con la possibilità/obbligo di questo di rivolgersi a sua volta al giudice di Lussemburgo,

ove la cosa risultasse opportuna/necessaria sulla base dei rispettivi “punti di vista”, nazionale ed europeo).

La Corte di giustizia, s'intende dire, potrebbe forse in questa logica accettare la possibilità che siano introdotti degli aggiustamenti, se non delle vere e proprie deroghe, alla regola per cui sostanzialmente (salve le pochissime eccezioni che sono previste dallo stesso sistema comunitario e che la sent. *Kücükdeveci* ha peraltro contribuito a erodere) il giudice nazionale è tenuto, in presenza di qualsivoglia contrasto tra norme interne e norme comunitarie *di qualunque tipo* – ed in *qualunque circostanza* – alla *immediata disapplicazione* delle prime, salva *soltanto* la mera *facoltà* di *optare*, in modo del tutto *autonomo*, per il rinvio pregiudiziale (solo) a Lussemburgo.

11. (SEGUE:) LA DISCIPLINA DELLA DOPPIA PREGIUDIZIALE (COSTITUZIONALE E INTERNAZIONALE/COMUNITARIA) NELLA RECENTE LEGGE ORGANICA FRANCESE, LA “RIBELLIONE” DELLA *COUR DE CASSATION* E L'IMPORTANZA STRATEGICA DELL'ATTESA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CIRCA LA COMPATIBILITÀ CON L'ART. 267 TFUE DELL'IMPOSTA PRIORITÀ DEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ INTERNO RISPETTO A QUELLO EUROPEO.

Una vicenda di assoluto rilievo che occorre ricordare anche e soprattutto nell'ambito di riflessioni di questo genere è quella relativa alla recente legge organica francese che ha disciplinato condizioni e modalità del nuovo ricorso in via incidentale al *Conseil constitutionnel* [LOI organique no 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution].

Tale legge ha infatti previsto che, in caso di doppia pregiudiziale (internazionale, e anche comunitaria, da un lato; costituzionale, dall'altro), la precedenza – la “priorità” – debba essere attribuita proprio al giudice costituzionale interno (per l'immediata segnalazione di tale aspetto e della sua importanza – nonché, come sarebbe poi effettivamente emerso, della sua potenziale problematicità in riferimento ai vincoli di uniforme applicazione del diritto comunitario tradizionalmente posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – si deve ringraziare Roberto Romboli).

Testualmente, la legge organica (consultabile sul sito Internet del *Conseil constitutionnel*) dispone quanto segue: «En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation»; «En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel».

Il motivo per cui la vicenda ha assunto oggi, se possibile, ancor maggiore interesse, risiede nel fatto che, in data 18 aprile 2010, la *Cour de cassation*²⁴ ha “impugnato”²⁵ davanti la Corte di giustizia le disposizioni della legge organica appena ricordate, allo scopo di verificarne la compatibilità con l’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione (ex art. 234 TCE).

Verosimilmente, entro pochi giorni sarà pubblicata la decisione della Corte di giustizia, per cui non sembra opportuno sviluppare pronostici e riflessioni su quella che potrebbe o dovrebbe essere la decisione stessa, di evidente (o forse non evidente, ma in ogni caso cruciale) importanza “strategica”.

In linea di principio, ed a prescindere da aspetti più specifici della questione concretamente posta, non si può che ribadire la stretta relazione tra il grado di apertura e “tolleranza” che sarà mostrato dalla Corte di giustizia (anche e soprattutto) in questa occasione e le buone sorti future dei sistemi di giustizia costituzionale *nazionali a vocazione accentrata*.

Quanto maggiore dovesse invece risultare il rigore della Corte di giustizia nel difendere il tradizionale legame diretto e di fatto privilegiato²⁶ tra sé ed i giudici comuni nazionali – legame che indubbiamente, in qualche modo, la disciplina francese tende a ostacolare (a ridimensionare se non proprio a mettere in pericolo) – tanto più risulterebbe rafforzato nel suo sviluppo quel (*parallelo e concorrente*) circuito di giustizia costituzionale *europea*, a vocazione *diffusa*, cui si è fatto più volte riferimento.

²⁴ Con una decisione che invero ha suscitato anche forti perplessità e ha riscosso pesanti critiche da parte di autorevoli esponenti della dottrina costituzionalistica francese.

²⁵ Si utilizza questa espressione sempre in modo “sostanzialistico” (o, se proprio la si vuole ancora vedere così, come provocazione).

²⁶ In virtù del carattere almeno finora cronologicamente prioritario del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, anche per volontà delle stesse Corti nazionali.