

I Diritti Fondamentali nel dialogo tra le alte corti.

Appunti per una ricerca

Roberto Cosio – Foro di Catania

1. Premessa

Nello studio dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione Europea si intrecciano questioni che si perdono nel tempo ed altre, in parte, inedite.

Sotto il primo profilo, basti accennare al dibattito teorico della seconda metà del novecento innescato dal nuovo diritto costituzionale come diritto “per principi” che ha sollecitato un ripensamento del rapporto tra diritto e morale.

O, ancora, alla distinzione tra regole e principi che in una accezione “forte” ha individuato il *proprium* delle formulazioni costituzionali di principio in tre punti: a) esse sono enunciazioni che “*più che interpretare attraverso l'analisi del linguaggio*” devono essere intese nel loro *ethos*: alle regole si “ubbidisce”, ai principi “si aderisce”; b) sono “*criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengono a determinarsi concretamente*”; c) non hanno fattispecie¹.

Tematiche che, in questa sede, possiamo solo accennare ma che, inevitabilmente, condizionano molte soluzioni che le nuove questioni sollevano².

Sotto il secondo profilo, occorre evidenziare, immediatamente, una duplice difficoltà di approccio al tema.

¹ Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pag. 148 e seg..

² Basti pensare agli studi di Falzea (*I principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica del diritto*, Milano, 1999, pag. 363) che per i principi generali metanazionali propone di “*disegnare una tipologia simile a quella già prospettata per i principi interni, nella articolazione tra principi comuni (o inespressi) e principi fondamentali (o espressi)*”.

Il primo problema nasce dalla singolarità dell'ordinamento dell'Unione Europea; una sorta di “ermafrodito”³, per “metà un soggetto con attribuzioni analoghe e simili a quelle statali, per l'altra metà riconducibile al diritto internazionale ed alla cooperazione intergovernativa tra stati sovrani”⁴.

Il rapporto tra questa nuova entità giuridica e gli ordinamenti nazionali si basa, com'è noto, su un complesso equilibrio tra il principio di autonomia degli ordinamenti nazionali ed i principi di primazia e dell'effetto diretto⁵.

Equilibrio in continuo divenire posta l'assenza di chiari rapporti gerarchici.

“La sovranità statale si diluisce”, scrive Cassese⁶, “I poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche (...). Questo pluralismo ha bisogno di un ordine: occorre riempire i vuoti tra i diversi sistemi (...) indurli a cooperare; stabilire gerarchie di valori e principi”⁷.

Primazia che, a sua volta, si basa su concezioni dell'Unione Europea profondamente diverse.

Come non ricordare la famosissima sentenza della Corte di giustizia Van Gend en Loos⁸ che, con taglio costitutivo, affermava : “la comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, sia pure in settori limitati, ai loro poteri ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi”.

³ La definizione è di Giuliano Amato.

⁴ Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della corte di giustizia*, relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal CSM il 1.2.2010 su “*I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato*”.

⁵ Sul tema si veda Piccone, *I diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Vademecum per il giudice europeo* (a cura di Piccone), Roma, 2011, pag. 8.

⁶ Cassese, *I Tribunali di Babele*, Roma, 2009, pag. 3.

⁷ Ordine sempre precario perché si basa (non su un rapporto gerarchico) ma su una forma di “*primazia per cooperazione quasi volontaria*”; cfr. Cassese, *I Tribunali di babele*, cit., pag. 7.

⁸ Corte di giustizia. 5 febbraio 1963, C-26/62.

Parole scolpite nella roccia che gli Stati membri, però, hanno avuto difficoltà a fare proprie⁹.

Basti pensare, facendo un balzo in avanti di quasi cinquanta anni, alla sentenza Lissabon-Urteil¹⁰ della Corte costituzionale tedesca che pur dichiarando la sostanziale conformità del Trattato di Lisbona con la legge fondamentale tedesca ha “temperato” il suo sì con una serie di riserve (di sovranità, di identità nazionale, etc.) in cui si coglie la riaffermazione degli Stati membri come unici “signori dei Trattati” nell’ambito di una visione dell’Unione Europea come un’associazione o unione di Stati, secondo il neologismo introdotto da Paul Kirchhof¹¹.

Sentenza che pur non avendo frenato il processo di ratifica¹² del Trattato sembrava avere segnato il punto massimo dell’integrazione possibile con la Costituzione europea.

Supposizione, però, clamorosamente smentita dalla stessa Corte costituzionale tedesca¹³ che, nell’agosto del 2010, ha affermato, in una sostanziale presa di distanza dalla sua giurisprudenza precedente¹⁴, che “Il controllo sugli ultra vires può essere esercitato solo in modo amichevole nei confronti del diritto dell’Unione”.

Testimonianza, esemplare, di quel dialogo tra le Alte Corti che “parlando” tra di loro “secondo il metodo discorsivo¹⁵”, costruiscono delle passerelle che collegano ordini nazionali e sopranazionali¹⁶.

⁹ Il pensiero corre al noto dialogo tra la nostra Corte costituzionale e la Corte di giustizia; sul tema si veda Bin, Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, pag. 402 e seg..

¹⁰ La letteratura sulla sentenza è sterminata. Per un commento ai commenti della sentenza, si v. Cannizzaro, Bartolini, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil*, in *Dir. Unione Europea*, 2010,

¹¹ Lo ricorda Caponi, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo Lissabon-urteil)*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 395.

¹² Cfr. Tesaurò, *Prefazione a Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, (a cura di Lucarelli E Patroni Griffi), Napoli, 2009.

¹³ Sentenza del 26 agosto 2010, edita in http://www.bundesverfassungsgericht.entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html

¹⁴ Il riferimento è alla sentenza del 30 giugno 2009. Il testo della sentenza è disponibile sul sito www.astrid-online.it. Peraltro, osserva, correttamente Tesaurò, cit., pag. 7, è “un *imput* che investe la fase ascendente interna del processo legislativo comunitario, non certo il modo di essere e di operare dell’Unione”.

¹⁵ Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, pag. 143-157.

¹⁶ Sul tema si veda la Prefazione al *Diritto del lavoro nell’Unione Europea* (a cura di Foglia e Cosio), Milano, 2011.

Il secondo problema attiene alla natura (ed alla evoluzione) dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea.

La Corte di giustizia, fin dagli anni '60, con la sentenza Stauder¹⁷ e, soprattutto, nello storico considerando della sentenza Internazionale Handelsgesel-Iscaft¹⁸ riconosce che “la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza”.

Con la sentenza Nold¹⁹, la Corte di giustizia completa il ricorso alle “tradizioni costituzionali comuni” incorporando gli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, con la sentenza Rutili²⁰, la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si tratta di principi inespressi a livello dell'ordinamento (allora) comunitario ma espressi nelle Carte costituzionali europee o nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo²¹.

Ma il quadro muta, radicalmente, con la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Con la positivizzazione dei diritti fondamentali a livello dell'Unione si viene a costituire “uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, capace di guidare lo stesso esercizio da parte delle istituzioni dell'Unione delle competenze loro riconosciute”²².

Non solo.

Muta, nel suo codice genetico, anche il rapporto con i diritti fondamentali scolpiti nelle Carte costituzionali europee.

“I controlimiti si avviano a divenire non più il rigido confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti U.E. e Stati

¹⁷ Sentenza del 12 novembre del 1969, causa 29/69.

¹⁸ Sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70.

¹⁹ Sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73.

²⁰ Sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75.

²¹ Sulla distinzione tra principi espressi e inespressi si veda Guastini, *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1996, pag. 348.

²² Cfr. Gambino, *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 1/2010, pag. 35.

membri”²³ la cui concreta definizione renderà indispensabile un “rapporto di cooperazione” (per usare le parole della sentenza Kreil) tra le Corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia.

In questo complesso quadro di riferimento occorre collocare due storiche sentenze della Corte di giustizia depositate nel gennaio del 2010 e nel marzo del 2011.

2. La sentenza Kuckdeveci

Nella prima sentenza, del 19 gennaio 2010, C-555/07²⁴, il giudice tedesco chiedeva alla Corte se una normativa nazionale (la quale prevedeva che i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del suo venticinquesimo anno di età non fossero presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento) costituisse, o meno, una disparità di trattamento in base all’età vietata dal diritto dell’Unione.

La Corte di giustizia, accogliendo l’invito dell’Avvocato generale, affermava che è “in base al principio generale del diritto dell’Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all’età”²⁵ (...) che va esaminato se il diritto dell’Unione osti a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale”.

La Corte, in sostanza, poneva, quale fonte regolativa della fattispecie, la normativa primaria e non solo la direttiva europea con tutte

²³ Cfr. Celotto-Groppi, *Diritto U.E. e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2004.

²⁴ Cfr. Cosio, *La sentenza Kuckdeveci: le nuove frontiere dell’Unione Europea*, in Lav. Giur., 2010, pag. 1079.

²⁵ In materia di discriminazione per età sono state emanate ben dodici sentenze della Corte di giustizia di cui ben otto sono state assegnate alla Grande Sezione per la “difficoltà e importanza” della questione. Si tratta, peraltro, di materia di difficile approfondimento posta la sua natura “problematica” (Borelli, *La Corte di giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione di età*, in D§L, 2009, 934), “sfuggente” (Amato, *Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, in D§L, 2009, 87). o, addirittura, “inafferrabile” (Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull’età*, LD, n. 1/2011). Tra i contributi più recenti si veda, Calafà, *Le discriminazioni fondate sull’età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio “emergente”*, RIDL, 2010, II, 993. Più in generale si veda Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 388; Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi tutele*, in Tratt. G., vol. 56, Padova, 2010; Roccella, Izzi, *Lavoro e diritto nell’Unione Europea*, Padova, 2010.

le conseguenze del caso (prima fra tutte, la possibilità per il giudice nazionale di non applicare la norma nazionale in contrasto con il principio del diritto dell'Unione).

Le affermazioni della Corte stimolano la riflessione su una serie di temi di grande interesse che, in questa sede, possiamo solo accennare.

I) In primo luogo, occorre chiarire quale sia l'origine del principio e la sua evoluzione nel tempo.

La Corte, nella sentenza in esame, ha “ricordato” che il principio di non discriminazione in base all'età:

- “è un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento” (punto 50);

- “trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” (punto 20).

Precisando che il principio:

- Viene consacrato nell'art. 21, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, in virtù dell'art. 6, n. 1, TUE “*ha lo stesso valore giuridico dei Trattati*” (punto 22).

Le prime due affermazioni riprendono, alla lettera, la sentenza Mangold.

L'avvocato generale, nelle sue conclusioni (punto 77), aveva evidenziato “che il ragionamento della Corte” (nella sentenza Mangold) “sarebbe stato sicuramente più convincente se si fosse basato” sull'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, “al di là” del richiamo ai “soli strumenti internazionali e delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri”.

La critica è ingenerosa²⁶.

In realtà, la Corte (nella sentenza Mangold) attraverso il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri aveva attuato “un travaso di valori nazionali, una loro sussunzione dal livello degli Stati membri al livello dell'Organizzazione, determinando la formazione di

²⁶ Per una diversa opinione si veda Favilli-Giubboni, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, MGL, n. 6/2010, pag. 444.

principi propri dell'Unione secondo un procedimento di formazione della norma tipicamente consuetudinario”²⁷.

Lo stesso richiamo all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, puntualmente effettuato nella sentenza in esame, era allora (nel caso Mangold) prematuro (posto che non era stata ancora riconosciuta alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati²⁸).

Sotto quest'ultimo profilo, la sentenza Kucukdeveci (senza rinnegare l'impostazione della Mangold) fa un passo in avanti (attraverso il richiamo all'art. 21) rilevando che nel sistema dell'Unione, per quanto riguarda il divieto di discriminazione per ragioni di età, si è passati da un principio generale dedotto dai diritti nazionali ad un principio generale dedotto dal diritto dell'Unione²⁹.

II) Il rapporto tra i principi generali e le direttive.

La Corte, come già evidenziato, ritiene che la fattispecie sia regolata dal “principio generale del diritto dell'Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all'età, come specificato dalla direttiva 2000/78”.

L'affermazione è stata criticata³⁰ perchè: “delle due l'una, o si applica (solo) il principio generale (...) e allora il riferimento alla direttiva non solo è inutile, ma addirittura inesatto (...); oppure bisogna ammettere, che si sta applicando (anche, e) almeno in qualche misura e/o con qualche effetto la direttiva”.

La critica non convince.

²⁷ Testualmente Parisi, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'unione europea alla luce dei rapporti fra gli Stati membri e fra questi e l'organizzazione*, in *L'Unione europea in cerca di identità* (a cura di Draetta e Santini), Milano, 2008, pag. 12. “I principi costituiscono la Koinè moderna dei giuristi appartenenti a ordinamenti diversi”; cfr. Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993, pag. 174-175.

²⁸ Sull'attribuzione di valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali si veda Sciarabba, *I sistemi sovranazionali “paracostituzionali” dell'UE e della CEDU ed i loro rapporti con i sistemi nazionali: svolte recenti e nuove frontiere della comparazione*. Relazione al “I Colloquio biennale dei giovani comparatisti” organizzato dalla Associazione Italiana di Diritto comparato sul tema: *Le nuove frontiere del diritto comparato*, Macerata, 23-24 maggio 2008, dattiloscritto.

²⁹ Sul tema vedi Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000, pag. 107.

³⁰ Sul tema Sciarabba, *La sentenza Kucukdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, relazione in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa del 4-5 giugno 2010, dattiloscritto. L'Autore, nell'ambito del saggio, ha cura, comunque, di ridimensionare la critica. Sul tema si veda, altresì, Di Federico, *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, RIDL, 2010, 1002, e seg.; De Michele, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, LG, 2010, 113.

Il rapporto tra norme di diritto primario e derivato dell'Unione è già stato chiarito dalla Corte di giustizia.

La Corte, nella sentenza Defrenne³¹, ha rilevato che la direttiva “precisa” sotto determinati aspetti la portata dell'art. 119 del Trattato. Nella sentenza Jenkins³² si formulano considerazioni analoghe.

Nella sentenza Kucukdeveci, la Corte utilizza il parametro insito nell'art. 6, n. 1, primo comma della direttiva 2000/78 (per valutare se sussista una discriminazione vietata) che costituisce, a ben vedere, una “specificazione” (o precisazione) del contenuto del principio generale d'uguaglianza, laddove è stato ritenuto che è vietato “trattare situazione analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato”³³ dal perseguimento di una finalità legittima e sempre che esso “sia adeguato e necessario per raggiungere”³⁴ tale finalità.

In sostanza, fra la parte della direttiva utilizzata nella sentenza ed i contenuti che la Corte di giustizia ha desunto dal principio generale di uguaglianza vi è, sostanziale, coincidenza.

III) La capacità espansiva dell'orientamento con riferimento: a) ad altri principi generali espressi nella Carta.

Un primo problema attiene alla possibilità che l'orientamento delineato nella sentenza possa trovare applicazione in presenza di altre discriminazione vietate dalla Carta dei diritti fondamentali: ad esempio, in caso di discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

A parere dell'avvocato generale Niilo Jaaskinen³⁵ “non esiste alcuna giustificazione per applicare il principio della parità di trattamento in maniera meno rigorosa nel caso delle discriminazioni in base all'orientamento sessuale che non in quello delle discriminazioni fondate su altri motivi indicati nell'art. 13 CE” (punto 129).

³¹ Sentenza 8 aprile 1976, C-43/75.

³² Sentenza 31 marzo 1981, C- 96/80.

³³ Sentenza 29 giugno 1995, C- 56/94.

³⁴ Sentenza 19 marzo 2020, C- 476/99.

³⁵ Nelle conclusioni rese il 15 luglio 2010 nella causa Romer, C- 147/08.

La Corte di giustizia, nella recente sentenza del 10 maggio 2011, C-147/08, accoglie l'impostazione dell'avvocato generale dichiarando che la direttiva 2000/78 osta ad una norma nazionale (...) ai sensi della quale un beneficiario partner di un'unione civile percepisca una pensione complementare di vecchiaia di importo inferiore rispetto a quella concessa ad un beneficiario coniugato non stabilmente separato qualora (...) sussista una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali.

La Corte ha, però, cura di precisare che "il diritto alla parità di trattamento potrebbe essere rivendicato da un singolo non prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva", in una presa di distanza, evidente, rispetto a quanto statuito nella sentenza Mangold.

IV) (segue) b) Ai principi inespresi e desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Connesso, ma più complesso, è il problema se analoga estensione dell'orientamento sia possibile in presenza di altri principi fondamentali che trovano fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

L'art. 6.3 del Trattato sull'Unione consente, infatti, di mantenere aperto un canale di comunicazione fra "gli ordinamenti dell'Unione, degli Stati membri, della Convenzione europea e, dunque, di assorbire gli sviluppi espressi da quest'ultima"³⁶.

Facciamo un esempio.

La Corte di giustizia, con la sentenza dell'11 giugno 2009 C-561/07, ha dichiarato che l'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990 (italiana) non era conforme alla direttiva 2001/23 laddove non garantiva ai lavoratori l'applicazione dell'art. 2112 c.c.³⁷.

La risposta del Legislatore italiano non si è fatta attendere e si è concretizzata nell'art. 19 quater del d.l. n. 135/2009 (conv. in l. n. 166/2009).

³⁶ Sul tema si veda Parisi, *Fonti dell'Unione europea e revisione dei trattati: la tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritti individuali e giustizia internazionale* (a cura di Pocar), Milano, 2009, pag. 677.

³⁷ Per un commento alla sentenza si veda Cosio, *La Corte di Giustizia censura la normativa nazionale in materia di trasferimento di impresa in crisi*, *Lav. giur.*, 2009, n.11, p. 1125 e Nuzzo, *Sul trasferimento d'azienda in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, *Dir.rel.ind.*, 2009, n. 3, p. 843 e ss..

La dottrina, fin dai primi commenti³⁸, ha sollevato dubbi sulla conformità della nuova disciplina nazionale alla direttiva 2001/23 ritenendo possibile ipotizzare una disapplicazione della norma nazionale per contrasto (non tanto con la direttiva) quanto con i principi del diritto dell'Unione che regolano la materia.

In sostanza, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sembrerebbe emergere l'esistenza di due principi: il primo consente la deroga degli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 solo in presenza di una "grave crisi aziendale" che conduca l'impresa ad uno stadio preliquidativo; il secondo garantisce i diritti previsti dalla direttiva 2001/23 al di fuori di tale ipotesi speciale.

L'applicazione di questo secondo principio (e non della direttiva) consentirebbe (il condizionale è d'obbligo) la disapplicazione della norma nazionale in contrasto.

Non mancheranno le occasioni per verificare l'attendibilità della tesi nella aule giudiziarie.

V) Infine, occorre indagare se (e in che termini) sia mutato il rapporto tra interpretazione conforme al diritto dell'Unione e potere di disapplicazione del giudice nazionale in presenza di diritti fondamentali.

La Corte, nella parte finale della sentenza, conclude affermando che "è compito del giudice nazionale (...), assicurare (...) la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge" (punto 51).

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia la disapplicazione è considerata un'extrema ratio. Prima di disporla occorre esperire il tentativo di interpretazione conforme.

Tuttavia l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione delle norme del diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare

³⁸ Sul tema si veda Cosio, *Il trasferimento della impresa in crisi: dalla sentenza 11 giugno 2009, C-561/07 all'art. 19-quater del d.l. n. 135/2009, conv. In l. n. 166/2009*, in *Il diritto del lavoro nell'unione europea*, cit., pag. 373.

in quelli di certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale³⁹.

La Corte, al punto 49, della sentenza in esame afferma che “secondo il giudice di rinvio (...) per la sua chiarezza e precisione, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB non si presta ad un'interpretazione conforme alla direttiva 2000/78”.

Sembrerebbe, quindi, che la sentenza, sotto questo profilo, non innovi, minimamente, rispetto ai suoi precedenti.

Ma forse nella motivazione si nasconde un messaggio in codice.

In presenza di diritti fondamentali, ove il ricorso all'interpretazione conforme non sia possibile, il giudice nazionale deve (si tratterebbe di un vero e proprio obbligo) non applicare la norma nazionale in contrasto, senza percorrere via diverse (ad es. ritenere applicabile il diritto nazionale in contrasto, salvo il diritto al risarcimento dei danni nei confronti dello Stato).

Solo in questo modo, infatti, si assicura una gerarchia di norme (e, soprattutto, di valori) che la Corte di giustizia, progressivamente, pone all'apice dell'ordinamento dell'Unione Europea.

3. La sentenza *Association Belge des Consommateurs*

Nella seconda sentenza⁴⁰, la Corte costituzionale Belga chiedeva alla Corte di giustizia se, in sostanza, l'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113 (che prevede la possibilità per gli Stati membri di inserire differenze proporzionate nei premi assicurativi ove il fattore sesso sia determinate nella valutazione dei rischi) fosse valido alla luce del principio della parità di trattamento tra donne e uomini.

La Corte di giustizia dichiarando che la norma della direttiva si poneva in insanabile contrasto con gli artt. 21 e 23 della Carta fa compiere al dialogo tra le Alte Corti un salto di qualità affermando un

³⁹ Sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C- 378/07 a C-380/07, Angelidaki, punto 199.

⁴⁰ Del 1° marzo 2011, C-236/09.

principio di grande rilievo: neppure il legislatore dell'Unione Europea può emanare norme in contrasto con i principi fondamentali del Diritto dell'Unione.

L'attenzione si sposta, quindi, dal piano del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali al rapporto, tutto interno all'ordinamento dell'Unione, tra le fonti sovranazionali (principi generali dell'Unione e direttive)⁴¹.

Non solo. Dalla lettura della motivazione si desume che la deroga alla parità di trattamento tra donne e uomini prevista dalla direttiva è stata considerata: a) "irragionevole"⁴², posto che era stata concessa "dal diritto dell'Unione a tempo indefinito" (punto 32); b) e che "la disposizione suddetta deve essere considerata invalida alla scadenza di un adeguato periodo transitorio" (punto 33). Affermazioni ed argomenti tipici da Corte costituzionale.

Come dire che lentamente, molto lentamente, la Corte di giustizia si stà trasformando nella Corte Costituzionale europea.

⁴¹ Per un commento alla sentenza si veda Cosio, *Invalità differita di direttiva comunitaria contraria alla parità uomo-donna*, Mass. Giur. Lav., n. 5/2011, pag. 320.

⁴² Sul ricorso da parte della Corte di giustizia al criterio di ragionevolezza si veda Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010.