



## La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come “grimaldello” e come “ponte”\*

**Nicole Lazzerini\*\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prospettiva del “grimaldello”: il caso *Randstad*. – 2.1. *Segue*: Il “grimaldello inverso”: il caso *Melloni*. – 3. La prospettiva del “ponte”: il caso *Consob*. – 4. Uno scenario aperto: il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze nel caso *Ministero dell’Interno* (causa C-297/21).

**1.** Questo breve contributo si concentra sulla questione della determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva nel

---

\* Il contributo costituisce la trascrizione – rielaborata e aggiornata al 21 gennaio 2022 – dell’intervento svolto in occasione del Convegno *Tutela individuale e tutela collettiva e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione e svoltosi online il 17 e 18 novembre 2021. Desidero ringraziare la Consigliera Valeria Piccone per l’invito e la Prof.ssa Chiara Favilli (Università di Firenze) per il confronto sulle riflessioni proposte in tutto il contributo, e in special modo nella parte dedicata al rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze (causa C-297/21). Ovviamente, ogni punto di vista, errore, imprecisione o omissione rimane mia esclusiva responsabilità.

\*\* Ricercatrice di Diritto dell’Unione europea, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze.

rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea (*in primis*, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*).

La riflessione prende le mosse dal titolo della sessione del Convegno per il quale è stata originariamente elaborata: *L'art. 47 CDFUE quale "grimaldello" delle tutele, fra diritto interno e sovranazionale*. Poiché il "grimaldello" è lo strumento che consente di forzare un'apertura, l'equiparazione evoca innanzitutto una dinamica di interazione di tipo "top-down", ossia l'utilizzo dell'art. 47 della Carta per superare l'assetto del diritto nazionale vigente laddove esso non consenta di offrire, in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione europea<sup>2</sup>, una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi della suddetta disposizione. In tale ambito, l'art. 47, in via autonoma o per il tramite dell'art. 19(1) TUE<sup>3</sup>, è assistito dal principio del primato del diritto dell'Unione europea. Pertanto, l'eventuale contrasto dovrà essere risolto attraverso l'interpretazione conforme del diritto interno, se esperibile, e in caso contrario mediante la disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti. A partire dalla sentenza *Egenberger*, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che l'art. 47 "è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del

---

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima vincolano gli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Nel caso dell'art. 47, tale condizione è soddisfatta – secondo il tenore letterale della disposizione – quando la persona che lo invoca si avvale di un diritto o di una libertà garantiti dal diritto dell'Unione. Come evidenziato dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 29, l'ambito di applicazione dell'art. 47 (e della Carta in generale) è più ristretto rispetto a quello dell'obbligo degli Stati membri, sancito dall'art. 19(1), secondo comma, TUE di "stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva", dato che "tale disposizione riguarda 'i settori disciplinati dal diritto dell'Unione', indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'art. 51(1), della Carta". Tuttavia, quando l'art. 19(1), secondo comma, TUE è applicabile in una situazione diversa da quella in cui la persona si avvale di un diritto o una libertà garantiti dal diritto UE, l'art. 47 rileva comunque indirettamente, quale parametro che consente di "riempire di contenuto" l'obbligo di cui all'art. 19 TUE; in tal senso, si v. sentenza del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, punti 87, 88, 111 e 115.

<sup>3</sup> Si v. la nota precedente.

diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale”<sup>4</sup>.

In un sistema integrato di tutela, lo “scalzamento” delle norme nazionali dovrebbe tuttavia avvenire in favore di una protezione maggiore (più ampia o più effettiva), nell’ottica di un’interazione “positiva” tra diritto interno e diritto sovranazionale. Ecco allora che accanto a questa dinamica puramente “*top-down*”, veicolata dal principio del primato, se ne possono individuare altre, in cui l’art. 47 non opera (o, meglio, non dovrebbe operare) come “grimaldello”; piuttosto, l’interazione tra l’art. 47 e i corrispondenti parametri costituzionali e della Convenzione europea dei diritti umani dovrebbe contribuire a elevare lo standard di tutela accolto dall’art. 47 stesso, oppure essere tale da consentire il mantenimento della maggior tutela già garantita a livello nazionale. L’art. 47 è allora chiamato a operare più come un “ponte” tra diverse tutele, nell’ottica di un arricchimento degli strumenti disponibili, ovvero, prendendo a prestito le parole della nostra Corte costituzionale, “in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, (...) affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico”<sup>5</sup>.

Di seguito, queste diverse dinamiche verranno esplorate attraverso l’esame di quattro rinvii pregiudiziali, di cui tre di origine italiana, relativi all’art. 47 della Carta.

**2. Una dinamica *top-down* nell’ottica di una maggiore effettività della tutela emerge dal rinvio pregiudiziale delle Sezioni Unite della**

---

<sup>4</sup> Sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 78. Ancora più netta è l’affermazione della Corte di giustizia nella già ricordata sentenza *A.B. e a.*, punto 145 (v. nota *supra*): “Dichiarando, al riguardo, che l’articolo 47 della Carta è di per sé sufficiente e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale (sent. *Egenberger*, cit., e sentenza del 29 luglio 2019, *Torubarov*, causa C-556/17, punto 56), in particolare nella parte in cui tale disposizione esige che l’organo chiamato a conoscere di un ricorso fondato sul diritto dell’Unione soddisfi il requisito dell’indipendenza posto da detta disposizione (v., in tal senso, sentenza del 19 novembre 2019, *A.K. e a. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, punto 166), la Corte ha riconosciuto, tra l’altro, che tale requisito aveva la chiarezza, la precisione e il carattere incondizionato necessari perché si potesse ravvisare il suo effetto diretto”.

<sup>5</sup> Sentenza della Corte costituzionale del 7 novembre 2017, n. 269, punto 5.2 del considerato in diritto.

Corte di Cassazione nel caso *Randstad Italia*, recentemente deciso dalla Corte di giustizia, relativo alla definizione dei limiti (cd. esterni) del sindacato della stessa Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato<sup>6</sup>. Il giudice di Lussemburgo è stato chiamato a chiarire se il diritto dell'Unione osta all'interpretazione di una disposizione nazionale – nella specie, quella dell'art. 111(8) della Costituzione fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza 6/2018 – secondo cui i "motivi inerenti alla giurisdizione" per cui il suddetto sindacato è ammesso non includono l'ipotesi in cui il Consiglio di Stato abbia deciso in modo contrastante con la giurisprudenza della Corte di giustizia, ovvero abbia ommesso, senza motivazione, di effettuare un rinvio pregiudiziale doveroso. Nel procedimento principale, che riguarda la materia degli appalti pubblici regolata dalla direttiva 89/665/CEE<sup>7</sup>, la violazione del diritto dell'Unione integrante un motivo di giurisdizione consisterebbe – ad avviso delle Sezioni Unite – nell'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui il ricorso incidentale del controinteressato volto a

---

<sup>6</sup> La scelta delle Sezioni Unite di effettuare il rinvio ha provocato un vivace dibattito dottrinale, e parimenti sta suscitando attenzione la recente risposta della Corte di giustizia (sulla quale si v. *infra*). Limitandosi ai contributi dedicati ai profili di diritto dell'Unione europea, si segnalano (senza pretesa di esaustività): G. AGRATI, A. CIPRANDI, R. TORRESAN, *Il rinvio pregiudiziale nel 'caso Randstad': riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell'Unione europea*, disponibile [online](#) su *aisdue.eu*, 10 giugno 2021; R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *rivista.eurojus.it*, 26 gennaio 2021; C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *federalismi.it*, 27 gennaio 2021; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2020. Anche la sentenza della Corte di giustizia ha già costituito oggetto di vari commenti, tra i quali si segnalano: R. BARATTA, *La postura non intrusiva della sentenza Randstad*, in *SIDIBlog*, 21 gennaio 2021, P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*", in *BlogDUE*, 9 febbraio 2022, nonché le interviste di R. CONTI a F. FRANCARIO, G. MONTEODORO, P. BIAVATI, R. RORDORF, E. CANNIZZARO, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i 'seguiti' a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia?*, anch'esse in *Giustizia Insieme*, gennaio-febbraio 2022.

<sup>7</sup> Direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE.

contestare la legittimazione al ricorso principale dell'offerente escluso ha carattere pregiudiziale, cosicché il suo accoglimento comporta l'inammissibilità in punto di rito delle doglianze del ricorrente principale<sup>8</sup>.

Secondo una giurisprudenza ben consolidata della Corte di giustizia, la definizione dell'assetto dei rimedi giurisdizionali nazionali (e, più in generale l'organizzazione del sistema giudiziario nazionale) rientra nella competenza degli Stati membri; essi devono tuttavia esercitarla nel rispetto del diritto dell'Unione allorché la situazione di cui si discute è da quest'ultimo disciplinata<sup>9</sup>. In questo caso, la cd. autonomia procedurale degli Stati membri è limitata dal necessario rispetto dei principi di equivalenza e di effettività<sup>10</sup>. Rileva altresì l'art. 47 della Carta se la persona si sta avvalendo di un diritto che gli deriva dal diritto dell'Unione, quale, ad esempio, il diritto a un ricorso efficace avverso la decisione di esclusione dell'amministrazione aggiudicatrice, che fa da contraltare all'obbligo degli Stati membri – previsto dall'art. 1(1) e (3) della direttiva 89/665/CEE – di prevedere ricorsi efficaci<sup>11</sup>. È poi appena il caso di ricordare che il Trattato di Lisbona ha valorizzato il ruolo delle giurisdizioni nazionali nell'ambito del sistema giurisdizionale dell'Unione, in precedenza riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia: l'art. 19(1), secondo comma, TUE, sancisce l'obbligo degli Stati membri di “[stabilire] i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

Se, dunque, nella prospettiva domestica, il rinvio pregiudiziale *Randstad* può apparire come il tentativo della Cassazione di scardinare un assetto che la vede antagonista alle altre due Corti apicali del nostro ordinamento, dal punto di vista del diritto dell'Unione europea la questione non è puramente interna al sistema giudiziario italiano,

---

<sup>8</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>9</sup> Cfr., ad esempio, sentenza del 20 aprile 2021, causa C-896/19 *Repubblika*, punto 48.

<sup>10</sup> In base a tali principi, le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali predisposti dal diritto nazionale nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno (principio di equivalenza) e non devono rendere l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione praticamente impossibile o eccessivamente difficile (principio di effettività).

<sup>11</sup> Cfr. sent. *Randstad*, cit., punto 49.

investendo invece l'effettività della tutela dei diritti che il diritto dell'Unione conferisce ai singoli.

La sentenza della Corte di giustizia, pronunciata dalla Grande sezione lo scorso 21 dicembre, si muove con abilità su questo crinale pericoloso (non da ultimo, per la scomoda situazione di doversi confrontare con la posizione della Corte costituzionale al di fuori di un dialogo diretto con la stessa).

Il diritto dell'Unione europea non viene utilizzato come "grimaldello" secondo la modalità suggerita dal giudice del rinvio. La Corte di giustizia ha infatti ritenuto che l'interpretazione dell'art. 111(8) Cost. fornita nella sentenza 6/2018 non viola né il principio di equivalenza né il principio di effettività. Da un lato, il limite contestato investe "con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione"<sup>12</sup>. Dall'altro lato, poiché nel settore degli appalti pubblici esiste un rimedio giurisdizionale che consente di far valere i diritti derivanti dal diritto dell'Unione (nell'ambito della giustizia amministrativa), rimane nella discrezionalità dello Stato membro decidere di impedire (o consentire) che la controversia possa essere ulteriormente esaminata nel merito nell'ambito di un ricorso per cassazione<sup>13</sup>. Con una motivazione simile, la Corte ha altresì escluso una violazione dall'art. 1(1) e (3) della direttiva 89/665, letto alla luce dell'art. 47 della Carta<sup>14</sup>.

Allo stesso tempo, però, la prospettiva del "grimaldello" – benché in una declinazione diversa da quella suggerita dalla Cassazione – non è estranea alla sentenza *Randstad*. In premessa al proprio ragionamento, la Corte di giustizia ha ricordato che "gli effetti [del principio del primato] si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, punto 60.

<sup>13</sup> *Ibid.*, punti 62 e 64.

<sup>14</sup> Al punto 69 della sentenza si legge: "Dal momento che i singoli hanno accesso, nel settore interessato, a un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, ai sensi dell'art. 47(2) della Carta, (...) una norma di diritto nazionale che impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo non può essere considerata una limitazione, ai sensi dell'art. 52(1) della Carta, del diritto di ricorrere a un giudice imparziale sancito all'art. 47 della stessa".

che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi”<sup>15</sup>. Da ciò deriva, tra l’altro, che “qualora l’incompatibilità di una disposizione di diritto interno con il diritto dell’Unione tragga origine (...) nell’interpretazione di tale disposizione accolta da un giudice dello Stato membro interessato, occorre discostarsi da tale giurisprudenza”<sup>16</sup>. Soprattutto, con riguardo al tema dell’effettività della tutela giurisdizionale che qui ci occupa, la Corte di giustizia ha chiaramente evidenziato l’incompatibilità dell’orientamento del Consiglio di Stato in punto di legittimazione dell’offerente escluso, all’origine della controversia, con l’art. 1(1) e (3) della direttiva 89/665, letto alla luce dell’art. 47 della Carta<sup>17</sup>. I giudici amministrativi, compreso lo stesso Consiglio di Stato, sono dunque tenuti a disapplicare l’orientamento di quest’ultimo non conforme al diritto dell’Unione; in caso di inosservanza di questo obbligo, la Commissione potrà avviare una procedura di infrazione, mentre le persone che abbiano subito un pregiudizio in conseguenza di una decisione del Consiglio di Stato in linea con il suddetto orientamento potranno avvalersi – sussistendone i requisiti – del rimedio dell’azione risarcitoria nei confronti dello Stato membro per violazione del diritto dell’Unione (c.d. responsabilità *Francovich*)<sup>18</sup>.

Con la sentenza *Randstad*, quindi, la Corte di giustizia ha garantito l’esplicazione della funzione di “grimaldello” del diritto dell’Unione, nell’ottica di un innalzamento dello standard di tutela altrimenti offerto dal diritto nazionale, nella corrente interpretazione giurisprudenziale, ma senza acuire lo scontro tra le tre Corti apicali nazionali e, soprattutto, evitando di entrare, indirettamente, in rotta di collisione con la Corte costituzionale.

---

<sup>15</sup> Sent. *Randstad*, cit., punto 53.

<sup>16</sup> *Ibid.*, punto 54.

<sup>17</sup> *Ibid.*, punti da 70 a 77.

<sup>18</sup> *Ibid.*, punti 79-80. Con riguardo alla responsabilità *Francovich*, interessanti sono le considerazioni svolte dall’Avvocato generale Hogan nelle conclusioni alla causa *Randstad* (punti da 76 a 84) che evidenzia le difficoltà insite nell’accertamento del requisito della “violazione grave e manifesta” nel caso dell’errore giudiziario e sostiene l’opportunità di una modifica dell’approccio corrente della Corte, proprio alla luce dell’art. 47 della Carta.

L'attesa è ora rivolta all'esito di un altro rinvio pregiudiziale – quello nella causa C-261/21 *Hoffman La Roche*, proposto dal Consiglio di Stato e attualmente pendente – che chiama ancora in causa l'assetto dei rimedi giurisdizionali nel nostro ordinamento, e segnatamente la compatibilità con il diritto dell'Unione, tra cui l'art. 47 della Carta, dell'assenza di un ricorso per revocazione per impugnare le sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in particolare quelle rese in via pregiudiziale.

**2.1.** Una diversa forma di interazione *top-down* tra i livelli sovranazionale e interno di tutela è quella che ricorre quando non c'è discrezionalità lasciata agli Stati membri, perché il diritto *derivato* dell'Unione definisce un preciso standard, nella specie *meno protettivo* di quello domestico. Si tratta della situazione al centro della nota sentenza *Melloni*<sup>19</sup>, originata da un rinvio pregiudiziale del *Tribunal Constitucional* spagnolo, in risposta al quale la Corte di giustizia ha affermato che in questi casi non residua spazio per la più elevata tutela eventualmente garantita dal diritto nazionale, ancorché costituzionale.

Come si ricorderà, il giudice spagnolo interrogava la Corte di giustizia, tra l'altro, circa la possibilità di fondare sull'art. 53 della Carta la prevalenza dello standard costituzionale di tutela giurisdizionale, maggiormente protettivo di quello assicurato *in casu* dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo<sup>20</sup>. Il tenore letterale di tale disposizione, rubricata *Livello di protezione*, potrebbe infatti suggerire un'attenuazione del carattere assoluto del primato del diritto dell'Unione in presenza di uno standard costituzionale più protettivo: vi si legge che "[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, (...) dalle costituzioni degli Stati membri". Nella sentenza *Melloni*, la Corte di giustizia ha tuttavia escluso questa interpretazione, proprio in quanto essa "sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione"<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11 *Melloni*.

<sup>20</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI.

<sup>21</sup> Sentenza *Melloni*, cit., punto 58.



Al contempo, sviluppando un'interpretazione *praeter litteram* dell'art. 53, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità del più protettivo livello nazionale di tutela in mancanza di uno standard comune concretizzato dal diritto derivato dell'Unione, purché non vi sia pregiudizio per il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione<sup>22</sup>.

Ciò significa che in presenza di uno standard di tutela armonizzato il diritto dell'Unione opera ineluttabilmente come un "grimaldello", in un'ottica però "inversa" rispetto a quella vista sopra, ossia scalzando lo standard più protettivo offerto dal diritto nazionale, anche di rango costituzionale?

Invero, anche in questo scenario non manca la possibilità di un'interazione positiva tra la tutela nazionale e quella sovranazionale. Lo standard armonizzato, avendo rango di diritto derivato, dovrà necessariamente risultare compatibile con la Carta, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia. Attraverso un rinvio pregiudiziale volto a chiarire il livello di tutela offerto dalla Carta, ed eventualmente a mettere in discussione la validità delle disposizioni di diritto derivato che delineano lo standard comune, le corti nazionali possono provocare un controllo, da parte della Corte di giustizia, circa la correttezza del bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e altri obiettivi di interesse generale (ovvero tra diversi diritti fondamentali) operato dal legislatore dell'Unione. Se è vero che le esigenze dell'armonizzazione sono difficilmente conciliabili con l'identificazione, sempre e comunque, dello standard armonizzato con lo standard costituzionale più elevato tra quello dei 27 Stati membri<sup>23</sup>, i limiti alla tutela dei diritti

---

<sup>22</sup> L. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 2014, p. 531 ss.; N. DE BOER, *Addressing rights divergence under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1083 ss.; D. RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 267 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 399 ss.; A. TORRES PEREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 308 ss.; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229 ss.

<sup>23</sup> Sul tema, cfr. L. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 629 ss.

fondamentali che derivano dallo standard armonizzato devono comunque risultare compatibili con il principio di proporzionalità delle limitazioni di cui all'art. 52(1) della Carta<sup>24</sup>. La protezione più estesa offerta dal diritto nazionale al diritto fondamentale in questione può costituire un utile termine di paragone al riguardo<sup>25</sup>.

A questo proposito, uno sguardo vigile delle corti nazionali è quanto mai opportuno, soprattutto ove si tenga conto che la determinazione dello standard armonizzato è talvolta il frutto di un compromesso al ribasso in sede di *lawmaking*<sup>26</sup>. Ed è anche opportuno ricordare che la coerenza dello standard di tutela armonizzato con quello garantito dalla CEDU – richiesta dall'art. 52(3) della Carta<sup>27</sup> – è una garanzia *minima*; in altri termini, il livello di tutela convenzionale non può e non deve essere considerato come uno standard massimo, rimanendo al contrario aperta la possibilità che il diritto dell'Unione – anche attraverso l'interpretazione della Carta offerta dalla Corte di giustizia – accolga un livello di tutela più elevato.

**3. Una dinamica di interazione tra tutela sovranazionale e tutela interna che segue il modello del "ponte", piuttosto che quello del "grimaldello", è esemplificata dal caso *Consob*, sul tema del diritto**

---

<sup>24</sup> "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Per un esame recente della giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia si v. R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali ... con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 1, 2021.

<sup>25</sup> Ci si permette di rinviare alle più ampie considerazioni svolte nel contributo *The Standard of Fundamental Rights Protection according to the EU Charter: What Is the Role of National Standards (and Courts)?*, in corso di pubblicazione in F. CASAROSA, M. MORARU (eds.), *The Practice of Judicial Interaction in the Field of Fundamental Rights. The Added Value of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, Cheltenham, 2022, pp. 81-88.

<sup>26</sup> Sul punto, si v. C. FAVILLI, *The standard of fundamental rights protection in the field of asylum: The case of the right to an effective remedy between EU law and the Italian Constitution*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 167 ss.

<sup>27</sup> "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

dell'accusato di rimanere in silenzio e non contribuire alla propria incolpazione, che ha visto l'intervento della Corte di giustizia a seguito del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale<sup>28</sup>, prioritariamente adita dalla Corte di Cassazione. Nella sua sentenza<sup>29</sup>, la Corte di giustizia ha infatti (opportunamente) modellato lo standard di tutela derivante dall'art. 47 della Carta su quello della CEDU, direttamente, e, indirettamente, su quello costituzionale, nella specie corrispondente allo standard convenzionale.

L'art. 47 della Carta (e parimenti l'art. 48, *Presunzione di innocenza e diritti della difesa*) non menziona il diritto a rimanere in silenzio nelle ipotesi in cui la collaborazione con l'autorità potrebbe risolversi nell'irrogazione di una sanzione formalmente o sostanzialmente penale. Semmai, prima del chiarimento fornito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Consob*, la garanzia del *nemo tenetur se detegere* poteva ritenersi *implicitamente* accolta dall'art. 47 (e 48) della Carta in virtù dell'art. 52(3) di quest'ultima, che come già ricordato eleva lo standard CEDU a livello minimo di tutela dei corrispondenti diritti della Carta. Infatti, sebbene neanche l'art. 6 CEDU faccia espresso riferimento al diritto al silenzio, questa prerogativa ha tuttavia trovato riconoscimento nella giurisprudenza di Strasburgo. Come precisato dalla spiegazione dell'art. 52(3) della Carta, infatti, il significato e la portata dei diritti della Carta garantiti anche dalla CEDU “sono determinati non solo dal testo di [quest'ultima], ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”. Ciò nulla toglieva, comunque, all'opportunità di ottenere dalla Corte di giustizia, in quanto interprete *definitivo* del diritto dell'Unione, un chiarimento circa l'inclusione del diritto al silenzio tra le garanzie di cui all'art. 47 (e 48) della Carta. Correttamente, quindi, la Corte costituzionale ha sollecitato tale chiarimento, mettendo in discussione la validità – per contrasto con la Carta – delle disposizioni di diritto derivato in tema di abusi di mercato<sup>30</sup>, nella misura in cui non facevano salvo (almeno in modo espresso) il diritto al silenzio dell'accusato.

---

<sup>28</sup> Con l'ordinanza n. 117/2019.

<sup>29</sup> Sentenza del 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*.

<sup>30</sup> In particolare, l'art. 14(3) della direttiva 2003/6/CE sugli abusi di mercato, e l'art. 30(1), lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 sugli abusi di mercato, che ha abrogato la direttiva 2003/6.

Il rinvio pregiudiziale ha consentito alla Corte di giustizia, innanzitutto, di precisare un contenuto inespresso dell'art. 47 (e 48) della Carta, allineando la tutela a quella convenzionale, e di riflesso anche a quella offerta dalla Costituzione, nell'interpretazione della Corte costituzionale. Al contempo, il giudice di Lussemburgo ha potuto esprimersi nel senso della validità delle disposizioni di diritto derivato in questione, in assenza di un obbligo espresso, rivolto agli Stati membri, di sanzionare la mancata collaborazione dell'accusato. Più precisamente, la Corte di giustizia ha operato un'interpretazione "adeguatrice" del diritto derivato alla Carta, valorizzando la discrezionalità lasciata agli Stati membri, che essi devono esercitare assicurando che sia garantito il rispetto del diritto al silenzio dell'accusato, quale garanzia non soltanto convenzionale e costituzionale, ma discendente già dalla Carta.

Nell'ordinamento italiano questo esito ha evitato la prospettiva dell'attivazione della dottrina dei controlimiti, chiaramente evocata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia, dove si legge che il diritto al silenzio è un "corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost."<sup>31</sup>.

Come osservato in dottrina, il caso *Consob* costituisce un esempio di applicazione virtuosa del nuovo approccio della Corte costituzionale alla cd. "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali<sup>32</sup>, nella versione "mitigata" risultante dagli interventi dello stesso Giudice delle Leggi *post-sentenza* 269/2017<sup>33</sup>. La virtuosità emerge sia nel risultato raggiunto sia nello schema di dialogo che tale risultato ha consentito. Le caratteristiche del caso – *in primis*, l'esistenza di un ben definito

---

<sup>31</sup> Cfr. l'ordinanza n. 117/2019, punto 7.1 del considerato in diritto.

<sup>32</sup> Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova 'dottrina' sulla 'doppia pregiudizialità' in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6, 2019.

<sup>33</sup> Sui temperamenti introdotti dalle sentenze 20 e 63 del 2019 e dalla stessa ordinanza 117/2019, cfr. *ex multis* C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; D. GALLO, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *European Law Journal*, 2019, p. 434 ss.; C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2020.

standard costituzionale, integrante un controlimite, e il livello di tutela più basso *prima facie* accolto dal diritto derivato UE – erano infatti tali per cui il coinvolgimento prioritario della Corte costituzionale e il dialogo diretto tra questa e la Corte di giustizia rappresentavano la scelta più in linea con le esigenze di una tutela che sia al contempo effettiva e tempestiva<sup>34</sup>. Proprio tali esigenze – che attengono alla tutela del singolo prima che alla pacifica convivenza tra ordinamenti – dovrebbero infatti guidare l’esercizio del potere che la versione “mitigata” della doppia pregiudizialità *ex obiter* 269 ha assegnato al giudice comune, ovvero decidere in prima battuta, senza pregiudiziali pre-costituite, se e in quale ordine coinvolgere la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale. Spesso ci concentriamo su chi ha l’ultima parola su una certa questione; la vicenda della nuova doppia pregiudizialità in tema di diritti fondamentali ha invece rimesso in luce il ruolo – al contempo potente e sensibile – di chi ha la prima parola, il giudice comune, e come tale può decidere sulla struttura del dialogo all’interno del “triangolo giurisdizionale”<sup>35</sup>.

Senza dubbio, alcune caratteristiche del caso *Consob* facilitavano il risultato della convergenza tra la tutela interna e quella sovranazionale, in particolare l’allineamento tra lo standard costituzionale e quello della CEDU e il fatto che il diritto derivato, in base al chiarimento della Corte di giustizia, lasciasse agli Stati membri un margine di discrezionalità. Come si legge nella sentenza *Fransson* della Corte di giustizia, infatti, in tal caso “resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”<sup>36</sup>.

**4. Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze nella causa C-297/21 *Ministero dell’Interno*, attualmente pendente dinanzi alla Corte**

<sup>34</sup> Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *europenpapers.eu*, n. 1, 2020, p. 493 ss.

<sup>35</sup> L’espressione è di L. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, n. 16, 2018.

<sup>36</sup> Sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 29.

di giustizia, solleva una questione – tanto delicata quanto interessante – relativa al coordinamento tra il livello di tutela interno e quello sovranazionale in presenza di un *potere discrezionale* degli Stati membri<sup>37</sup>. La Corte viene sollecitata circa l'interpretazione della cd. "clausola di sovranità" contenuta all'art. 17(1) del regolamento Dublino III<sup>38</sup> alla luce degli artt. 19 (*Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione*) e 47 della Carta.

Come noto, in base a tale clausola, uno Stato membro può assumere la competenza rispetto a una domanda di protezione internazionale che, seguendo i criteri forniti dallo stesso regolamento, dovrebbe essere esaminata da un altro Stato membro. La novità del quesito consiste nella circostanza che l'utilizzo (in sede giudiziale) della clausola di sovranità sarebbe motivato dal rischio di violazione *indiretta* del principio di *non refoulement*<sup>39</sup>. Il procedimento principale riguarda infatti un cittadino afghano la cui domanda di protezione internazionale è stata respinta dalla Germania (Stato competente in base al regolamento), che ha successivamente presentato in Italia una seconda domanda, in conseguenza della quale l'Unità Dublino ha adottato una decisione di trasferimento in Germania. Il diniegato lamenta che quest'ultimo Stato procederà, con tutta probabilità, al suo rimpatrio in Afghanistan, così esponendolo al rischio concreto ed effettivo di subire un trattamento inumano e degradante. Il giudice del rinvio, adito nell'ambito dell'impugnazione della decisione di trasferimento, si chiede pertanto se può utilizzare la clausola di sovranità per affermare la competenza dell'Italia, nel caso sia accertato il rischio di violazione indiretta del principio di *non refoulement*.

Oltre che dall'assenza di giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, la scelta di effettuare il rinvio nasce anche (e, anzi, soprattutto)

---

<sup>37</sup> Si vedano anche, in termini simili, i rinvii pregiudiziali, anch'essi pendenti, del Tribunale di Roma nella causa C-254/21 e del Tribunale di Milano nella causa C-315/21.

<sup>38</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

<sup>39</sup> Sul tema, cfr. M. FERRI, *To trust or not to trust in case of indirect refoulement? Una nuova sfida per il principio di fiducia reciproca nel sistema Dublino*, in *Questione Giustizia*, 26 ottobre 2021.

dall'esistenza di una divergenza interpretativa a livello nazionale. In particolare, secondo l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione<sup>40</sup>, non sposato da alcune corti di merito, l'esercizio della clausola di sovranità sarebbe riservato alla sola autorità amministrativa competente (nella specie, l'unità Dublino), mentre il sindacato giurisdizionale dovrebbe limitarsi al profilo della corretta individuazione dello Stato membro che deve esaminare la domanda di protezione in base al regolamento.

Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze, insieme a quelli simili sollevati dai Tribunali di Milano e di Roma<sup>41</sup>, offre alla Corte di giustizia l'occasione per chiarire il livello di tutela giurisdizionale che gli Stati membri devono garantire al richiedente protezione internazionale a fronte di decisioni di trasferimento verso altri Stati membri. Al riguardo, uno spunto interpretativo interessante – e potenzialmente a supporto della tesi abbracciata dal giudice fiorentino – emerge dal considerando 19 del regolamento, che, dopo aver richiamato l'art. 47 della Carta, recita: “al fine di garantire *il rispetto del diritto internazionale* è opportuno che un ricorso effettivo avverso tali decisioni [di trasferimento] verta tanto sull'esame dell'applicazione del presente regolamento quanto sull'esame della situazione giuridica e fattuale dello Stato membro in cui il richiedente è trasferito” (corsivo aggiunto). Ciò suggerisce infatti che il sindacato giurisdizionale non dovrebbe limitarsi alla verifica del corretto utilizzo dei criteri Dublino, incluso quello – previsto dall'art. 3(2) del regolamento – secondo cui il trasferimento non può essere disposto verso lo Stato membro che sarebbe competente, ma nel quale la procedura di asilo e le condizioni di accoglienza sono affette da carenze sistemiche; al contrario, il controllo del giudice dovrebbe potersi estendere anche alla verifica del rischio di *refoulement* indiretto, sfociando, se del caso, all'utilizzo in sede giudiziale della clausola di sovranità.

Peraltro, laddove la Corte di giustizia si orientasse – ipotesi poco verosimile e affatto condivisibile, a parere di chi scrive – nel senso che, in una tale fattispecie, l'utilizzo della clausola di sovranità è *precluso* all'autorità giudiziaria, si aprirebbe un problema di compatibilità del

---

<sup>40</sup> Cfr., in particolare, le ordinanze nn. 23584-23585-23586/2020 e 23724/20.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, nota 37.

regolamento così interpretato con l'art. 10(3) della Costituzione, che riconosce protezione allo straniero cui nel Paese di appartenenza siano negate le fondamentali libertà costituzionali. Tale disposizione ha infatti un ambito applicativo più ampio rispetto alle forme di protezione internazionale riconosciute dal diritto UE. Nell'osservare che "solo l'interpretazione della clausola discrezionale proposta consente il rispetto della norma costituzionale italiana", il giudice del rinvio anticipa senza mezzi termini la prospettiva di una questione di legittimità costituzionale in conseguenza di una pronuncia della Corte di giustizia .

Al riguardo, tornando a quanto detto a margine del caso *Consob* circa la gestione della nuova doppia pregiudizialità in tema di diritti fondamentali, in questo caso è senz'altro condivisibile la scelta del Tribunale di Firenze di dare la prima parola alla Corte di giustizia, giacché il dubbio nasce da un'*interpretazione nazionale* di una disposizione di diritto dell'Unione, la clausola di sovranità, e lo spazio di discrezionalità che quest'ultima riconosce agli Stati membri ben si presta a una lettura da parte della Corte di giustizia che valorizzi il livello di tutela che, ad avviso del giudice del rinvio, esprime il diritto nazionale, nell'insieme delle fonti rilevanti, sovranazionali e non. Ciò potrebbe avvenire, invero, in due modi, ovvero affermando, alternativamente, che in un caso come quello di specie il regolamento, interpretato alla luce degli artt. 19 e 47 della Carta, *esige* che anche l'autorità giudiziaria valuti l'utilizzo della clausola discrezionale, ovvero *non osta* all'uso giudiziale della clausola di sovranità, laddove ciò consenta di assicurare la maggiore protezione derivante da norme non di diritto dell'Unione ma comunque vincolanti per lo Stato membro. Nel primo caso, lo spunto fornito dal giudice del rinvio andrebbe ad arricchire direttamente il livello di tutela garantito dal diritto dell'Unione, cosicché la Carta fungerebbe prima da "ponte" e poi da "grimaldello", consentendo di scardinare interpretazioni e applicazioni nazionali del regolamento non conformi. Nel secondo caso, invece, il ruolo di "ponte" della Carta consisterebbe nel consentire un coordinamento armonico tra fonti di più ordinamenti, che continuerebbero a esprimere parametri diversi, ma integrati nell'ottica della prevalenza di quello che assicura una maggiore protezione.