



IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE ALLA ROVESCIA NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

MANUELA MILANESE

SOMMARIO: 1. Note introduttive - 2. Il principio di non discriminazione alla rovescia - 3. I rapporti tra le decisioni dei giudici nazionali ed il diritto comunitario: osservazioni sulla decisione del Consiglio di Stato 23 luglio 2008 n. 3621.

1. Nella maggior parte delle Costituzioni contemporanee si afferma, con chiarezza, il principio di eguaglianza che impone la parità di trattamento di tutti i cittadini innanzi alla legge. Per rispettare tale principio, la legge non può distinguere le persone in ragione del sesso, della razza o dell'origine etnica, della lingua, della religione, delle opinioni politiche o delle condizioni personali e sociali.

In particolare l'articolo 3 della nostra Carta costituzionale sancisce il principio di eguaglianza inteso non solo come obbligo di trattare in modo eguale situazioni eguali, ma anche di trattare in maniera distinta situazioni oggettivamente differenti. In tal senso l'eguaglianza è formale e sostanziale. In virtù dell'eguaglianza in senso formale, tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge e non possono essere emanate leggi che creino disparità di trattamento per alcuni di essi.

L'eguaglianza in senso sostanziale, invece, comporta che situazioni uguali vengano trattate nel medesimo modo ma anche che situazioni diverse vengano trattate in modo differente, dando a tutti le stesse opportunità e rimuovendo i fattori di disparità sociale, culturale ed economica, esistenti tra gli appartenenti alla collettività. Il principio di eguaglianza sostanziale, dunque, opera soprattutto a favore dei soggetti deboli, di coloro, cioè, che vedono ostacolata, per ragioni economiche e sociali, la possibilità di un esercizio effettivo dei diritti. È in questo senso che deve interpretarsi la disposizione secondo la quale, la Repubblica ha il compito di rimuovere tutti gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini.

Inoltre, è ormai pacifica l'affermazione secondo cui l'eguaglianza riguarda non solo i "cittadini", come prevede l'art. 3 Cost., ma anche gli stranieri.

Strettamente collegato al principio di eguaglianza è quello di non discriminazione, che obbliga ad ignorare le differenze e di trattare in modo eguale situazioni diverse. Nell'ordinamento comunitario il principio di eguaglianza non riceve dignità normativa, giacché, non assurge a criterio generale; tuttavia, è riconosciuto il principio di non discriminazione che assume una portata più ristretta, in quanto è dettato unicamente in materia di retribuzione in favore di lavoratori ed in



tema di cittadinanza. In questo senso, un contributo sostanziale è venuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha fornito al legislatore il materiale su cui sviluppare una politica più incisiva per rimuovere ingiustificate differenze¹.

La violazione del divieto di discriminazione è stata ravvisata, molto spesso, nella legislazione dettata in materia di lavoro fra donne e uomini, la cui *ratio* è quella di tutelare maggiormente le prime rispetto ai secondi. A tal proposito, è sorta la questione se disposizioni di questo genere potessero configurare una discriminazione alla rovescia o, piuttosto, un'azione positiva volta a neutralizzare gli effetti di pregresse discriminazioni basate sul sesso. Le azioni positive, possono essere definite come quegli strumenti utilizzati dal legislatore per rimuovere situazioni di ingiustizia nei confronti di categorie socialmente deboli². Molte di queste azioni positive sono state dettate in favore delle donne lavoratrici, al fine di ridurre o eliminare gli ostacoli per l'accesso al lavoro, organizzando così asili nido comunali o aziendali, o prevedendo il rimborso delle spese per l'asilo nido sostenute dalle donne. Vere e proprie discriminazioni alla rovescia sono state, invece, riscontrate nella istituzione delle c.d. quote riservate, di cui si è occupata anche la Corte di giustizia³.

È tuttora discusso se possano rientrare, nel novero delle azioni positive, norme collettive che prevedano stanziamenti economici privilegiati in favore delle donne lavoratrici statuendo, ad esempio, un assegno alle sole donne che fruiscano del congedo di maternità. Sul punto si è pronunciata, in senso positivo, la Corte di giustizia sostenendo la legittimità di una tale previsione “essendo tale assegno destinato a compensare gli svantaggi professionali che le lavoratrici stesse subiscono a seguito dell'allontanamento dal posto di lavoro⁴”. Peraltro, al fine di evitare che azioni positive siano passibili di illegittimità, in quanto incompatibili con il concetto di

¹ V. ZAMBRANO, *La tutela della donna fra forma giuridica e materia economica*, in Studi in onore di Antonio Palazzo, a cura di S. MAZZARESE e A. SASSI, Vol. 2, 2009, Utet, p. 910 e ss..

² Le *affirmative actions* sono nate nell'esperienza americana degli anni sessanta e consistono in misure dirette a rimuovere condizioni di inferiorità nei confronti di categorie socialmente svantaggiate (es. agevolazioni economiche per l'esercizio di un'attività; corsi di formazione per l'accesso a mansioni lavorative qualificate). Tale principio è espressamente enunciato nell'art. 4 della L. 10 aprile 1991 n.125 in tema di parità fra lavoratori e lavoratrici; cfr. in argomento L. FREY, R. LIVRAGHI, E. SULLEROT, R.B. FREEMAN, *Le azioni positive, Aspetti e problemi*, *QEL*, n.24, Milano, 1984; J. HODGES-AEBERHARD, *L'action positive dans l'emploi: la jurisprudence récente face à une notion complexe*, *RIT*, 1999, p. 269 e ss..

³ V. sentenza *Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, 17 ottobre 1995, C-450/93, in cui la Corte dichiara illegittime le normative in materia di lavoro che prevedono una preferenza automatica per le persone di sesso femminile, in fase di assunzione o promozione, per contrasto con il principio comunitario di parità fra i sessi; in senso difforme v. sentenza *Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen*, 11 novembre 1997, C-409/95, in *RIDL*, 1998, II, p. 207, ove viene affermata la legittimità di una norma nazionale che imponga di dare preferenza alle donne, nella procedura di promozione o assunzione, quando in quel settore specifico sono sotto-rappresentate rispetto agli uomini.

⁴ Sentenza *Abdonlaye e altri c/ Renault*, 16 settembre 1999, C-218/98, in *NGL*, 1999, p. 734 e *MGL*, 1999, p. 1329.



uguaglianza in senso formale, è bene che il legislatore tenga conto anche dei diversi valori coinvolti al fine di bilanciare tutti gli interessi sottesi.

Il divieto di discriminazione ha subito un ulteriore sviluppo anche a seguito della sua estensione alle c.d. discriminazioni indirette che si verificano quando discipline, apparentemente uguali, hanno un diverso impatto su differenti categorie di soggetti a causa della loro diversa condizione; disposizioni, queste, che basandosi su criteri diversi da quello della cittadinanza o del sesso, pervengono allo stesso risultato discriminatorio⁵.

Come anticipato il diritto comunitario riconosce, altresì, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, già affermato nel Trattato istitutivo della CEE del 1957 (ex art. 7) e volto alla creazione di un mercato unico europeo fondato sulla concorrenza e sull'economia di mercato e, quindi, a favorire la libera circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali⁶.

L'unica forma di discriminazione che il diritto comunitario sembra tollerare è quella che lo Stato membro può esercitare nei confronti dei propri cittadini essendo, come si dirà in seguito, una situazione puramente interna considerata irrilevante per il diritto comunitario.

2. Il principio di non discriminazione trova la sua consacrazione, a livello comunitario, nell'art. 12 del Trattato istitutivo della Comunità europea ed implica, per il legislatore nazionale, anche l'obbligo di perfezionare le norme antidiscriminatorie con sanzioni che abbiano una efficacia dissuasiva effettiva.

In particolare, si parla di discriminazione alla rovescia (*discriminations à rebours* o *reverse discriminations*) quando la legislazione interna prevede una disciplina più restrittiva per l'esercizio di professioni o per determinate tipologie di prodotti rispetto a quella vigente negli altri Stati membri. Le discriminazioni alla rovescia possono derivare dall'applicazione del principio comunitario del c.d. "trattamento di origine" secondo il quale, in tutti gli Stati della Comunità, sono considerate valide le condizioni in cui le persone fisiche e giuridiche sono state autorizzate allo svolgimento di un'attività. Principio, questo, che comporta come logica conseguenza quello del

⁵ Sentenza *Sotgiu*, 12 febbraio 1974, C-152/73, in *Racc. GC*, 1974, p. 163; in argomento cfr. L. CRISTOFANELLI, *Le discriminazioni dissimulate nella libera circolazione dei lavoratori nell'ambito della CEE*, in *Affari sociali intern.*, 1987, p. 19.

⁶ V. ora gli artt. 39-42 del Trattato CE che tracciano i principi generali della libera circolazione dei lavoratori dipendenti. L'art. 39, paragrafo 2, sancendo il principio del *trattamento nazionale*, prevede che la libertà di circolazione implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.



mutuo riconoscimento affermato dalla Corte, ed in alcune direttive, ancorché con portata non universale⁷.

La fattispecie discriminatoria che si verifica è, dunque, una situazione di disparità di trattamento in danno dei cittadini di uno Stato membro o delle sue imprese, derivante da un effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario⁸, trattandosi di una situazione giuridica e fattuale puramente interna; trattamenti riservati ai cittadini, merci, persone, servizi e capitali di uno Stato membro che sono meno favorevoli rispetto a quello riservato ai cittadini, merci, persone, servizi e capitali provenienti da altri Stati membri.

Sul problema della discriminazione alla rovescia, la Corte di giustizia è stata richiesta più volte di pronunciarsi ai sensi dell'art. 234 (ex art. 177) CE in casi in cui, soggetti - persone fisiche e/o giuridiche - operanti all'interno di un Paese membro della Comunità, pretendevano di essere discriminati rispetto ad operatori di altri Paesi membri usufruenti delle libertà di circolazione previste dal diritto comunitario. In buona sostanza, la disparità di trattamento si risolve in uno svantaggio competitivo ed, in ultima analisi, in una vera e propria discriminazione in danno delle imprese nazionali. Alle situazioni che si svolgono interamente all'interno di un Paese membro, senza un diretto legame tra la persona o l'attività e uno Stato diverso da quello di origine, non è applicabile la disciplina prevista dal diritto comunitario; ciò nonostante, la CGCE ha riconosciuto la possibilità che si verificano situazioni discriminatorie - alla rovescia, in quanto il regime comunitario è più favorevole di quello nazionale⁹ - ritenute irrilevanti per il diritto comunitario ma, secondo la Corte, risolvibili mediante

⁷ S.NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, p. 8 ss.

⁸ La discriminazione che si verifica è un "effetto indiretto" dell'applicazione del diritto comunitario in quanto, in base al principio di libera circolazione delle merci e delle persone, sia le merci che i prestatori di servizi, operanti all'interno di uno Stato membro secondo le regole ivi vigenti, devono poter circolare liberamente in tutti gli altri Stati, a prescindere dalla disciplina esistente nel Paese di destinazione.

⁹ Discriminazioni alla rovescia sono state rinvenute in materia di ricongiungimento familiare nella sentenza *Morson e Jhanjian*, 27 ottobre 1982, cause riunite 35-36/1982, in *Racc. GC*, 1982, nonché nella sentenza *Knoors*, 7 febbraio 1979 C-115/78; v. ancora sentenza *Commissione europea c/ Repubblica Federale tedesca*, 17 gennaio 2008, C-152/05, sulla libertà di circolazione e diritto di stabilimento; sentenza *Cavallera*, 29 gennaio 2009, C-311/06, in tema di turismo professionale; sentenza *Commissione europea c/ Italia*, 18 luglio 2007, C-134/05; sentenza *D'Hoop*, 14 luglio 2002, C-224/98, in *Racc. GC*, 2002, I, 6191. Ancora v. sentenze: *Pistre*, 7 maggio 1997, cause riunite C-321 322 323 324/94; *Angonese*, 6 giugno 2000, C-281/98; *Guimont*, 5 dicembre 2000 C-448/98, in cui la Corte si mostra favorevole a risolvere questioni pregiudiziali su fattispecie puramente interne, quando queste comportino discriminazioni al rovescio all'interno di un dato Stato nei confronti dei propri cittadini; ferma, cioè, l'estraneità di queste discriminazioni dal diritto comunitario "sostanziale" la Corte agevola sul piano processuale il giudice nazionale che se ne occuperà, fornendogli un'interpretazione delle norme comunitarie rilevanti per la corretta applicazione del diritto interno al fenomeno discriminatorio. In argomento cfr. C. SCHEPISI, *Cosa si nasconde dietro il caso Agonese? Novità e conferme in materia di libera circolazione dei lavoratori*, in *Dir. Un. europ.*, 2002, p. 327.



il ricorso alle norme nazionali poste a tutela del principio di uguaglianza ed al principio di non discriminazione, di cui agli artt. 12 e 39 del Trattato CE¹⁰. Infatti, la Corte di giustizia, ha dichiarato costantemente che non è di sua competenza rimuovere dette situazioni di svantaggio, limitandosi ad evidenziare che la competenza spetta agli organi degli Stati membri¹¹ fornendo, peraltro, una corretta interpretazione delle norme comunitarie rilevanti, ai fini di una esatta applicazione del diritto interno rispetto al fenomeno discriminatorio.

In altri termini, si tratta di stabilire se l'art. 12 del Trattato, che garantisce l'uguaglianza di trattamento, proibisca agli Stati membri di trattare i propri cittadini in maniera più rigorosa rispetto a quelli degli altri Stati membri. Tale operazione deve essere effettuata, in particolare, nei casi in cui tra le disposizioni del Trattato e quelle nazionali, manchino delle norme comunitarie di diritto derivato volte ad armonizzare una particolare materia.

In questo contesto, una svolta è stata segnata dal caso *Bosman*¹², una sentenza davvero singolare perché incide non su disposizioni di legge ma su disposizioni aventi natura "privatistica" concernenti l'organizzazione calcistica europea. Con questa sentenza si è stabilito che tutti i calciatori dell'Unione Europea possono trasferirsi gratuitamente, alla fine del loro contratto, da un club appartenente a una federazione calcistica dell'Unione Europea ad un altro club appartenente ad un'altra federazione calcistica, sempre dell'Unione Europea. Il risultato che si otteneva, prima di questa decisione, era che il calciatore riceveva una maggiore tutela nel caso di un suo trasferimento a società estere rispetto a quello verso un'altra società nazionale. Inoltre, si è anche proibito alle leghe calcistiche nazionali degli stati UE, ed anche alla UEFA, di porre un tetto massimo al numero di calciatori stranieri qualora ciò discriminasse cittadini dell'Unione Europea¹³.

¹⁰ V. sentenza *Steen* nonché la sentenza *Guimont*.

¹¹ In questo senso è la sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 16 dicembre 1997, che ha dichiarato affetta da illegittimità costituzionale la normativa italiana che vietava di produrre e commercializzare pasta secca con grano tenero; ha ritenuto tale divieto non più applicabile agli operatori italiani perché esso era divenuto non applicabile nei confronti dei produttori comunitari a causa della sua incompatibilità con le norme comunitarie ed, in particolare, con il principio del mutuo riconoscimento; ha considerato che, ove lo si continuasse a dovere applicare nei confronti dei produttori italiani, si sarebbe dato luogo ad una "discriminazione a rovescio" a loro carico rendendo la situazione di questi sul mercato unico più gravosa rispetto a quella dei loro colleghi degli altri Paesi. Nb. con il nuovo art.13 Trattato CE, è possibile che il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, possa intervenire con provvedimenti di natura normativa per rimuovere situazioni discriminatorie, tra cui sicuramente si possono annoverare le discriminazioni al rovescio.

¹² Sentenza *Bosman*, 15 dicembre 1995, C-415/93.

¹³ All'epoca, infatti, molte leghe ponevano dei limiti al numero dei non nazionali ai quali era permesso far parte delle squadre.



Passando ad un'analisi concreta della casistica giurisprudenziale comunitaria, in materia di discriminazione alla rovescia, si annovera innanzitutto la sentenza *Morgan*¹⁴ in tema di insegnamento e di istruzione. In questa, la Corte precisa che “Se è pur vero, come sottolineato dai governi tedesco, olandese, austriaco, svedese e del Regno Unito nonché dalla Commissione, che gli Stati membri sono competenti, in forza dell'art. 149, n. 1, CE, per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione dei loro rispettivi sistemi di istruzione, non è men vero che tale competenza deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario¹⁵”.

Questa sentenza ha il merito di evidenziare che se una normativa nazionale penalizza taluni suoi cittadini per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro, ciò rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE, a tutti i cittadini dell'Unione¹⁶.

Infatti, le facilitazioni previste dal Trattato - in materia di circolazione dei cittadini dell'Unione - non potrebbero dispiegare pienamente i loro effetti se il cittadino di uno Stato membro potesse esserne dissuaso a causa degli ostacoli posti da una normativa nazionale che lo penalizzi per il solo fatto di averne usufruito¹⁷.

Eventuali disposizioni, che possano ostacolare o dissuadere un cittadino di uno Stato membro dal lasciare il proprio Paese di origine per esercitare il proprio diritto alla libera circolazione, costituiscono impedimenti a prescindere dalla nazionalità dei lavoratori interessati¹⁸.

Ancora di rilievo è la sentenza *Metock*¹⁹ in tema di diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari a circolare e a soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Con questa decisione si afferma che: “Il coniuge extracomunitario di un cittadino dell'Unione può circolare e soggiornare, con il detto cittadino, all'interno dell'Unione, senza aver prima soggiornato legalmente in uno Stato membro. Il diritto del cittadino di un Paese terzo, ancorché familiare di un cittadino dell'Unione, ad accompagnare o a raggiungere tale cittadino, non può essere

¹⁴ Sentenza *Morgan*, 23 ottobre 2007, C-11/06, punti 25-26.

¹⁵ V. in questo senso sentenze: *Di Leo*, 13 novembre 1990, C-308/89, in *Racc. GC*, pag. I-4185, punti 14 e 15; *Meeusen*, 8 giugno 1999, C-337/97, in *Racc. GC*, pag. I-3289, punto 25; *Commissione/Austria*, 7 luglio 2005, C-147/03, in *Racc. GC*, pag. I-5969, punti 31-35, nonché *Schwarz* e *Gootjes-Schwarz*, 11 settembre 2007, C-76/05, punto 70 ed in particolare, delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall'art. 18, n. 1, CE (v., in questo senso, sentenza *Schwarz* e *Gootjes-Schwarz*, cit., punto 99).

¹⁶ V. sentenze *De Cuyper*, 18 luglio 2006, C-406/04, in *Racc. GC*, pag. I-6947, punto 39; *Tas-Hagen* e *Tas*, cit., punto 31, nonché *Schwarz* e *Gootjes-Schwarz*, cit., punto 93.

¹⁷ V. in questo senso sentenze: *D'Hoop*, 11 luglio 2002, C-224/98, in *Racc. GC*, pag. I-6191, punto 31, che ha esaminato il caso della normativa del Belgio che concedeva l'indennità di disoccupazione giovanile solamente a coloro che avessero ottenuto il diploma di maturità in Belgio, realizzando un'ipotesi di discriminazione alla rovescia; *Pusa*, 29 aprile 2004, C-224/02, in *Racc.* pag. I-5763, punto 19, nonché *Schwarz* e *Gootjes-Schwarz*, cit., punto 89.

¹⁸ Sentenza *Masgio*, 7 marzo 1991, C-10/90, in *Racc. GC*, 1991, p. I-1119, punti 18 e 19.

¹⁹ Sentenza *Metock*, 25 luglio 2008, C-127/08 (punti 76-77).



subordinato alla condizione che egli abbia prima soggiornato legalmente in un altro Stato membro”.

Secondo i giudici di Lussemburgo, se i cittadini dell'Unione non fossero autorizzati a condurre una vita familiare normale nello Stato membro ospitante, l'esercizio delle libertà loro garantite dal Trattato sarebbe seriamente ostacolato, poiché essi sarebbero dissuasi dall'esercitare i loro diritti d'ingresso e soggiorno nel detto Stato membro. La Corte dichiara, inoltre, che il coniuge extracomunitario di un cittadino dell'Unione, il quale accompagni o raggiunga il detto cittadino, può beneficiare della direttiva (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/38/CE) a prescindere dal luogo e dalla data del loro matrimonio, nonché dalla modalità secondo la quale il detto cittadino di un Paese terzo ha fatto ingresso nello Stato membro ospitante. La Corte precisa, infatti, che la direttiva non prescrive che il cittadino dell'Unione abbia già costituito una famiglia nel momento in cui si trasferisce affinché i suoi familiari, cittadini di Paesi terzi, possano beneficiare dei diritti conferiti dalla detta direttiva. Per di più, la Corte giudica indifferente il fatto che i cittadini di Paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, abbiano fatto ingresso nello Stato membro ospitante prima o dopo di essere divenuti familiari del suddetto cittadino; tuttavia, lo Stato membro ospitante, ha il diritto di sanzionare, nel rispetto della direttiva, l'ingresso e il soggiorno nel suo territorio realizzati in violazione delle norme nazionali in materia di immigrazione²⁰.

In materia di lavoratori troviamo inoltre le sentenze *Steen*²¹, *Terhoeve*²² *Uecker* e *Jacquet*²³. Nella sentenza *Steen*, la Corte afferma il seguente principio di diritto: “Il diritto comunitario non osta a che il giudice nazionale controlli la compatibilità con la propria Costituzione di una norma interna che sfavorisca i lavoratori nazionali

²⁰ V. punto 76 della sentenza: “Gli stessi governi sostengono poi che la citata interpretazione della direttiva 2004/38 porterebbe ad un’ingiustificata discriminazione a rovescio, in quanto i cittadini dello Stato membro ospitante, che non abbiano mai esercitato il loro diritto alla libera circolazione, non trarrebbero dall’ordinamento comunitario diritti di ingresso e soggiorno per i loro familiari, cittadini di paesi terzi”, e punto 78: “Di conseguenza, l’eventuale disparità di trattamento tra questi cittadini dell’Unione e quelli che abbiano esercitato la loro libertà di circolazione, per quanto concerne l’ingresso e il soggiorno dei loro familiari, esula dalla sfera di applicazione del diritto comunitario”.

²¹ Sentenza *Steen*, 16 giugno 1994, C-132/93, in *Racc. GC*, 1992, p. 341.

²² Sentenza *Terhoeve*, 26 gennaio 1999, causa C-18/95, in *Racc. GC*, 1999, I, 374, controversia con l’ispettore dell’ufficio contributi privati/impresie estero, in ordine al prelievo combinato concernente l’imposta sul reddito ed i contributi previdenziali per l’anno 1990; v. in questo stesso senso sentenza *Derouin*, 3 aprile 2008, C-103/06, punto 25: “È certo importante che, nell’esercizio di tale competenza, lo Stato membro interessato rispetti il diritto comunitario. La competenza degli Stati membri non è dunque illimitata, visto che questi ultimi sono tenuti segnatamente a rispettare lo spirito e i principi del regolamento n. 1408/71, compreso il principio della unicità della legislazione applicabile in materia previdenziale, a fare in modo che un lavoratore non sia penalizzato nell’esercizio del suo diritto alla libera circolazione e ad assicurare che il sistema così elaborato non privi quest’ultimo di tutela sociale”.

²³ Sentenza *Uecker* e *Jacquet*, 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96.



rispetto ai cittadini di altri Stati membri, qualora i detti lavoratori nazionali si trovino in una situazione priva di connessione con quelle contemplate dal diritto comunitario”. In questo stesso senso è la sentenza *Uecker e Jacquet* in cui, la Corte, chiude la sentenza con la seguente citazione: “Le eventuali discriminazioni cui possono essere oggetto i cittadini di uno Stato membro con riguardo al diritto di questo Stato, rientrano nella sfera di applicazione di quest’ultimo, per cui devono essere risolte nell’ambito del sistema giuridico del detto Stato”.

Nella sentenza *Terhoeve*, in materia di imposta sul reddito privato e contributi previdenziali, la Corte sottolinea che l'art. 48 del Trattato CEE e l'art. 7 del regolamento (CEE) del Consiglio 15 dicembre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, possono essere fatti valere da un lavoratore nei confronti dello Stato membro di cui è cittadino, qualora abbia risieduto e svolto un'attività lavorativa subordinata in un altro Stato membro. La motivazione che viene formulata è la seguente: “L'art. 48 del Trattato osta a che uno Stato membro riscuota da un lavoratore - che nel corso dell'anno abbia trasferito la residenza in un altro Stato membro per svolgere un'attività lavorativa subordinata - contributi previdenziali più onerosi di quelli che sarebbero dovuti, in circostanze analoghe, da un lavoratore che abbia conservato durante tutto l'anno la residenza nello stesso Stato membro, senza che il primo lavoratore fruisca del resto di prestazioni previdenziali supplementari. Un onere previdenziale più gravoso su di un lavoratore che trasferisce la residenza in un altro Stato membro per svolgere un'attività lavorativa subordinata, onere che è in linea di principio in contrasto con l'art. 48 del Trattato, non può essere giustificato né dal fatto che derivi da una normativa volta a semplificare e coordinare l'esazione dell'imposta sul reddito e dei contributi previdenziali, né da difficoltà tecniche che impediscono altre modalità di esazione, e neppure dal fatto che, in talune situazioni, altre agevolazioni relative all'imposta sul reddito possono compensare lo svantaggio relativo ai contributi previdenziali, se non addirittura avvantaggiare l'interessato. Per valutare se l'onere dei contributi previdenziali sostenuto da un lavoratore che abbia trasferito la residenza da uno Stato membro ad un altro per svolgere un'attività lavorativa subordinata, sia più gravoso di quello sostenuto da un lavoratore che abbia conservato la propria residenza nel medesimo Stato membro, devono essere presi in considerazione tutti i redditi, ivi compresi eventualmente quelli provenienti da beni immobili che la normativa nazionale considera rilevanti per la determinazione dell'ammontare dei contributi. Qualora la normativa nazionale controversa sia incompatibile con l'art. 48 del Trattato, il lavoratore che trasferisca la residenza da uno Stato membro ad un altro per svolgere un'attività lavorativa subordinata, ha diritto a che i contributi previdenziali da esso dovuti siano di livello pari a quelli dovuti da un lavoratore che abbia conservato la residenza nel medesimo Stato membro”.



La menzionata giurisprudenza si basa sulla nozione di mercato unico, inteso come spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, come descritto all'art. 14, n. 2, CE.

L'art. 39 CE (ex art. 48) attua un principio fondamentale sancito dall'art. 3, lett. c), CE, a tenore del quale, ai fini enunciati dall'art. 2 CE, l'azione della Comunità implica l'eliminazione, tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle persone. È irrilevante, al riguardo, che tali ostacoli provengano dallo Stato d'origine o da quello ospitante, giacché, un'interpretazione restrittiva della libera circolazione dei lavoratori, contrasta con la logica alla base del mercato unico. Un ragionamento difforme implicherebbe, infatti, una differenziazione a seconda che ad attraversare la frontiera per lavorare sia un cittadino dello Stato in questione o un cittadino straniero.

3. A questo punto, assume particolare rilevanza comprendere quale sia l'incidenza e quali i limiti delle sentenze pronunciate dai giudici nazionali al cospetto del diritto comunitario. In questo senso, merita una attenta analisi una recente decisione adottata dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale 23 luglio n. 3621/2008, che offre lo spunto per una trattazione, seppur breve, del tema del provvedimento amministrativo in violazione del diritto comunitario. Detta violazione, infatti, può manifestarsi non solo mediante atti statali di carattere generale, quali appunto le norme di legge, ma anche a mezzo di atti amministrativi particolari e concreti, come i provvedimenti amministrativi mediante i quali viene esercitata la funzione pubblica.

Ciò premesso, la sentenza in questione ha ad oggetto una licenza amministrativa rilasciata nel 1996 dal Questore di Treviso, ai sensi dell'art. 115 del TULPS, per lo svolgimento di attività di recupero stragiudiziale dei crediti. Detto provvedimento prevedeva il divieto di operare al di fuori della Provincia di appartenenza e di avvalersi di collaboratori, ciò anche in conformità di una circolare del Ministero dell'Interno in materia. Il richiedente impugnava la licenza nella parte in cui imponeva le predette "limitazioni". Il ricorso veniva accolto dal TAR che annullava gli atti con la motivazione che l'articolo 115 del TULPS imponeva soltanto di chiedere l'autorizzazione alla Questura del capoluogo della provincia di residenza, senza altre limitazioni in ordine all'esercizio dell'attività. Il Ministero dell'Interno impugnava la sentenza di fronte al Consiglio di Stato che respingeva però il ricorso in quanto, nelle more del giudizio (era ormai il 2007), interveniva in materia una decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee. Con la sentenza C-134/05 *Commissione c/ Italia*, infatti, la Corte riteneva contrarie agli articoli 43 e 49 del Trattato, proprio le disposizioni italiane del TULPS che regolavano la situazione oggetto del ricorso amministrativo. A giudizio della Corte di Lussemburgo, le limitazioni territoriali imposte all'esercizio dell'attività di recupero stragiudiziale dei crediti costituirebbero, "per gli operatori non stabiliti in Italia", un serio ostacolo all'esercizio



delle loro attività in tale Stato membro, pregiudicandone l'accesso al mercato. La procedura di infrazione riguardava, quindi, gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi da uno Stato membro ad un altro. Il nostro Stato, a seguito della sentenza comunitaria, provvedeva subito a rettificare i relativi articoli del Testo Unico²⁴ ed a superare le disposizioni della circolare del Ministero dell'Interno, con altre in senso conforme.

I giudici amministrativi hanno, dunque, preferito adottare una decisione aderente al diritto comunitario, al fine di evitare che una decisione di orientamento diverso potesse essere, successivamente, svuotata di significato, a seguito di ulteriori iniziative giudiziarie ad opera del cittadino. Questa sentenza è utile ai fini di un accostamento del ragionamento adottato dai giudici amministrativi ad una serie di decisioni della Corte di Giustizia che, soprattutto nel corso degli ultimi anni, hanno stabilito quali sono le sorti degli atti e delle decisioni nazionali contrari al diritto comunitario, anche in riferimento a successive pronunce della Corte di giustizia²⁵.

Ci si chiede, infatti, se di fronte ad un atto della pubblica amministrazione, che presenti profili di incompatibilità con i principi comunitari, si debba necessariamente ricorrere allo strumento di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi, quale appunto l'impugnazione, o se invece operi il potere di disapplicare l'atto amministrativo. Ciò non è di scarso rilievo se si considera che solo nel secondo caso, l'interessato potrà far valere la violazione del provvedimento amministrativo senza limiti temporali.

Nel corso degli anni, la Corte ha affermato che, nell'ordinamento comunitario, non vi è alcuna traccia della disapplicazione del provvedimento amministrativo come rimedio imposto ai vari Stati membri per far valere la primazia del diritto comunitario.

Tuttavia, partendo dall'obbligo di cooperazione e di leale collaborazione che incombe sugli Stati membri, contenuto nell'art. 10 del Trattato²⁶, si è deciso quale deve essere la reazione delle autorità nazionali di fronte ad un evidente contrasto tra una decisione nazionale e un provvedimento comunitario, o una sentenza della Corte di giustizia, e ciò anche nel caso in cui si tratti di decisione amministrativa definitiva.

Infatti, anche nel caso in cui una decisione nazionale di ultima istanza passata in giudicato, che sia in contrasto con il diritto comunitario o con un orientamento consolidato della Corte di giustizia, la parte lesa può nuovamente agire in giudizio di fronte ai giudici nazionali per far dichiarare la responsabilità dello Stato e per chiedere

²⁴ V. art. 4 d.l. 8 aprile 2008, n. 59.

²⁵ Cfr. in tal senso F. LAJOLO DI COSSANO, *Un altro caso di discriminazione al rovescio?*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, p. 465 e ss.

²⁶ Art. 10 del Trattato CE: *“Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli altri atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato”*.



il risarcimento degli eventuali danni. Questo profilo di responsabilità è stato elaborato dapprima nei confronti dello Stato-potere legislativo²⁷ e poi esteso allo Stato-potere esecutivo²⁸ ed allo Stato-potere giudiziario²⁹⁻³⁰.

Vieppiù, la giurisprudenza della Corte, al fine di far rispettare il diritto comunitario, è riuscita ad esautorare l'efficacia del giudicato nazionale di decisioni giudiziali contrastanti, oltre a tracciare la responsabilità dello Stato membro. Basti citare la recente sentenza *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/Lucchini s.p.a.*³¹, in cui la Corte ha stabilito che: "Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità della cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce la piena efficacia delle disposizioni di diritto comunitario che sono applicabili nel caso di specie"³².

Senza tener conto, poi, del consolidato orientamento della Corte che consente il riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva, in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte di Lussemburgo, risulta essere basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario.

Il principio di cooperazione richiede, infatti, che l'art. 10 CE imponga, ad un organo amministrativo, l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa

²⁷ Cause riunite *Francoovich e Bonifici*, C-6/90 e C 9/90, in *Racc. GC*, 1991, p. I-5357.

²⁸ Cause riunite *Dillenkofer e altri*, C-178/97, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, in *Racc.*, 1996, I-4845; *British Telecommunications*, C-392/93, in *Racc. cit.*, 1996, p. I-1631; *Hedley Lomas*, C-5/94, in *Racc.*, 1996, p. I-2553; *Norbrook Laboratories*, C-127/95, in *Racc.*, 1998, p. I-1531; *Haim*, C-319/92, in *Racc.*, 1994, p. I-425.

²⁹ Causa *Köbler*, C-224/01, in *Racc.*, 2003, p. I-10239, seguita da causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2003, p. I-14637 e da causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. in liquidazione*, in *Racc.* 2006, p. I-5177.

³⁰ Così F. LAJOLO DI COSSANO, *La responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3-4/3006, p. 759 e ss.; C. HARLOW, *Francoovich and the Problem of the Disobedient State*, 2 E.L.J. (1996), p. 199; F. IPPOLITO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: osservazioni sulla prassi giurisprudenziale interna*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3-4/2005, p. 561 con ampi richiami; E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Responsabilità*, 1/2005, p. 5.

³¹ Sentenza 18 luglio 2007, C-119/05.

³² Si possono vedere i commenti di E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, *Diritto del commercio internazionale*, 1/2008, p. 193 e ss.; nello stesso fascicolo della Rivista, G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, p. 221 e ss.; F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, *ibidem*, 3/2007, p. 724 e ss.



definitiva al fine di tener conto dell'interpretazione pertinente nel frattempo accolta dalla giurisprudenza comunitaria. È ciò che accade nel caso *Kempter*³³.

Da questo quadro giurisprudenziale, si può notare come la forza delle sentenze nazionali può essere messa in discussione, nonché sanzionata, dalle sentenze della Corte di giustizia che statuiscono sulla stessa materia anche se lo fanno successivamente all'emissione del provvedimento nazionale³⁴.

Il fondamento di tali prese di posizione della Corte di giustizia è legato a due fattori, e più precisamente, alla circostanza per cui la violazione del diritto comunitario da parte di un provvedimento amministrativo, realizza una ordinaria violazione di legge, equivalente alla inosservanza delle norme di diritto interno; nonché alla natura dichiarativa delle sue sentenze interpretative che, pertanto, hanno efficacia *ex tunc* nei confronti dei provvedimenti nazionali contrari al diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte³⁵.

La soluzione offerta dai giudici amministrativi, nel caso summenzionato, non può quindi che essere accolta con favore, in quanto il Consiglio di Stato ha applicato la normativa nazionale intervenuta evitando così, al cittadino, l'onere di dover chiedere una nuova licenza sulla base della nuova disciplina, oppure di proseguire giudizialmente con gli strumenti offerti dalla giurisprudenza comunitaria, quali la richiesta di risarcimento dei danni allo Stato od il riesame della pronuncia del Consiglio di Stato, a seconda dei casi³⁶.

³³ Causa C-2/06, *Willy Kempter KG*, *Racc.*, p. I-411; sulla sentenza v. M. LOMBARDO, *Il principio di cooperazione e l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa definitiva in una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in www.europeanrights.eu, e F. LAJOLO DI COSSANO, S. MILANO, *Il riesame delle decisioni amministrative nazionali ormai definitive a seguito di una successiva sentenza della Corte di giustizia*, in www.europeanrights.eu.

³⁴ In questo senso v. anche sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072.

³⁵ Si veda G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, *Riv. dir. cost.*, 2004, 249-281.

³⁶ In forza di quanto statuito nella decisione *Kempter*, *cit.*.