

Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017

di Luigi Salvato *
(18 dicembre 2017)

1. La Commissione tributaria provinciale di Roma ha proposto un'incidente di costituzionalità, dichiarando esplicitamente di dovere invertire l'ordine di esame delle questioni eccepite dal ricorrente – che aveva chiesto, in linea preliminare di non applicare le censurate disposizioni, perché in contrasto con norme dell'UE nella materia -, ritenendo «più aderente al sistema giuridico complessivo» scrutinarne prioritariamente la conformità della disciplina ai principi costituzionali interni.

Il rimettente aveva in tal modo chiesto che la Corte rimeditasse l'orientamento inaugurato dalla sentenza *Granital* (n. 170 del 1984), secondo cui il contrasto della norma interna con la norma del diritto dell'UE dotata di effetto diretto comporta che la prima «non viene in rilievo» per la disciplina della fattispecie e ne determina la «non applicabilità». La non applicabilità deve essere accertata e dichiarata dal giudice *comune* (eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TUE) e, quindi, la questione di legittimità costituzionale sollevata per denunciare tale contrasto ed ottenere l'annullamento della norma nazionale è inammissibile, per irrilevanza.

Il convincimento in ordine all'opportunità di ricondurre al sindacato accentrato di costituzionalità la risoluzione del contrasto tra norma interna e norma dell'UE non si è mai sopito. Analogo tentativo, ancora di recente, è stato infatti perseguito dal Tribunale ordinario di Bari. Con un'ordinanza avente ad oggetto la censura di alcuni profili della disciplina delle concessioni per l'esercizio dell'attività di giochi e scommesse, detto giudice, pur non nutrendo dubbi riguardo al contrasto delle disposizioni interne che venivano in rilievo nella fattispecie sottoposta alla sua decisione con norme ad effetto diretto dell'UE, aveva sostenuto che, «ai fini della certezza del diritto e della sua applicazione», le stesse avrebbero dovuto essere «necessariamente e preliminarmente» sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale. Soltanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale determina infatti la «formale espunzione dal *corpus* delle leggi» di quelle indubiate, evitando così che le stesse continuino ad essere applicate «da chi nutra una diversa opinione riguardo all'esistenza di quel contrasto (come il pubblico ministero nel procedimento principale)».

Entrambe le ordinanze dimostrano che la regola di risoluzione dell'antinomia tra diritto interno e diritto dell'UE- fondata sulla separazione di competenza dei due sistemi e che conduce appunto alla non applicazione da parte del giudice *comune* della norma interna -, poiché non comporta l'eliminazione di quest'ultima dall'ordinamento nazionale, pone dubbi quanto alla sua congruità rispetto all'esigenza di certezza del diritto.

Il tentativo del Tribunale ordinario di Bari è stato respinto dalla Corte costituzionale agli inizi del 2017, con l'ordinanza n. 48, che ha confermato il precedente, costante, orientamento, che ha puntualmente richiamato e ribadito, per dichiarare la questione manifestamente inammissibile, senza neanche approfondire la specifica esigenza prospettata dal rimettente.

Ad identico risultato è pervenuta la Corte alla fine di quest'anno con la sentenza n. 269.

La pronuncia ha infatti dato atto che i ricorrenti nel giudizio principale avevano eccepito una violazione da parte delle norme censurate della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, previste dalle disposizioni dei Trattati (artt. 49 e 56 del TFUE), delle quali avevano invocato la diretta efficacia. Dunque, afferma la Corte, il rimettente, fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o, se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale, avrebbe dovuto applicare direttamente le disposizioni dell'UE dotata di effetti diretti e, conseguentemente, non applicare le norme interne con le stesse in contrasto. Tale meccanismo, ribadisce la pronuncia, soddisfa, «ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e lo stesso principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare».

La questione, in virtù del principio inaugurato dalla sentenza Granitale, è stata quindi dichiarata inammissibile.

2. Con tale statuizione il caso poteva essere chiuso. Se così fosse accaduto, la sentenza sarebbe rimasta priva di ogni carattere di novità, ancora più perché, nel ribadire il pregresso principio (nel § 5.1 del Considerato in diritto), ha anche avuto cura di richiamare espressamente le pronunce che lo hanno enunciato, alle quali ha dato continuità, senza neppure dare conto (come, peraltro, già fatto dall'ordinanza n. 48 del 2017) dell'eventuale pregiudizio che lo stesso arreca all'esigenza di certezza del diritto, evidentemente giudicato insufficiente a giustificarne pur solo una riconsiderazione.

Tanto però non è avvenuto. La Corte ha infatti ritenuto necessaria «una precisazione» che, a suo avviso, «si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona».

Questa «precisazione» è consistita nell'affermazione che, «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

La novità del principio è chiara. Il contrasto della norma interna con la norma dell'UE, in virtù del pregresso orientamento, deve essere denunciato (nei giudizi incidentali), sollevando questione di legittimità costituzionale nei soli casi in cui la seconda sia priva di effetti diretti, ovvero quando «dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale» (sentenza n. 28 del 2010), oppure qualora sia in gioco il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona (cc.dd. *controlimiti*). La circostanza che questi ultimi sono quelli venuti in rilievo nell'ordinanza n. 24 del 2017 convince, peraltro, della circostanza che quest'ultima pronuncia resta inscrivibile nell'orientamento pregresso. La sua novità consiste infatti, essenzialmente, nella circostanza che, per la prima volta, almeno in riferimento al diritto dell'UE¹, la pronuncia ha preso atto che «quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile» (sentenza n. 232 del 1989).

Tale considerazione rafforza il carattere di novità della sentenza n. 269, in quanto alle pregresse, consolidate, eccezioni al principio di non applicazione della norma interna da parte del giudice *comune* ne ha aggiunta una ulteriore.

«Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale» - ha sottolineato la sentenza, quasi ad eliminare ogni dubbio sull'ambito di applicabilità della nuova eccezione - «la necessità di un intervento *erga omnes*» del Giudice costituzionale è imprescindibile anche nel caso di «violazioni dei diritti della persona», qualora il contrasto sia determinato dall'antinomia della norma interna con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3. La novità del principio è ulteriormente confortata dal *trend* emerso nella giurisprudenza ordinaria, amministrativa e tributaria nell'applicazione della Carta. Il fascino esercitato da quest'ultima - è stato osservato - ha indotto infatti alcuni giudici ad indulgere al richiamo dei principi enunciati dalla stessa, per non applicare norme interne ritenute in contrasto con essa, anche quando ciò non era necessario (per la coincidenza dei contenuti normativi con quelli contenuti in norme costituzionali), ovvero neppure possibile, finanche oltre i casi di «attuazione del diritto dell'Unione», i soli nei quali essa riguarda gli stati membri dell'Unione², nonostante i richiami della Corte costituzionale ad una maggiore attenzione a tale profilo³.

1 Dei *controlimiti* ha fatto applicazione, sia pure non in riferimento al diritto dell'UE, la sentenza n. 238 del 2014 sui crimini nazisti.

2 Per tale *trend*, A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, relazione tenuta all'incontro tra i Tribunali e le Corti costituzionali di Italia, Francia, Portogallo e Spagna, <http://www.rivistaaic.it/la-carta-dei-diritti-per-un-dialogo-fra-la-corte-italiana-e-la-corte-di-justizia.html>.

Proprio questa tendenza ad «un effetto di “traboccamento” della Carta, un vero e proprio *spill-over* della stessa»⁴ dà ragione, da un canto, dell'importanza del principio enunciato dalla sentenza, che introduce un nuovo limite al potere di non applicazione; dall'altro, rende comprensibile che la stessa possa essere stata accolta, nei primi commenti 'a caldo', apparsi nel *web* o diffusi tramite i *social network* con accenni talora anche di incredulità da parte di coloro che ritengono la regola della 'non applicazione' imprescindibile rimedio a garanzia dei diritti fondamentali, sino a paventare il rischio di un appassimento del livello di tutela, qualora – come affermato dalla sentenza in esame - il contrasto della norma interna con la Carta possa e debba essere accertato e dichiarato soltanto dalla Corte costituzionale.

Soprattutto tali prime notazioni mi inducono a ritenere non inopportuno formulare quattro interrogativi, affrontandoli con brevissime (come imposto da osservazioni 'a prima battuta') considerazioni, in ordine ad altrettanti profili che mi sembrano preliminari rispetto al merito del dibattito aperto dalla sentenza ed esigono risposta prima ancora di approfondirne in dettaglio i contenuti e di accertare l'esatta portata del principio e le ragioni che lo fondano. Peraltro, ritengo possibile sostenere che una lettura della pronuncia non viziata da pregiudiziali (non di rado, tautologiche e fideistiche) opzioni sulla valenza maggiormente garantista della concentrazione del potere di non applicazione in capo al giudice *comune*, permetta anche di riscontrare che questa ha compiutamente dato conto di entrambe.

4. Il primo interrogativo può essere così sintetizzato: l'enunciazione del principio era necessaria ai fini della decisione della questione?

La risposta è agevole ed è che non era necessaria. La rilevata e dichiarata ragione di inammissibilità della questione, in quanto sollevata in contrasto con il principio c.d. *Granital*, in un caso nel quale la norma interna era in contrasto con le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi all'interno dell'UE, previste dalle disposizioni dei Trattati, avrebbe infatti consentito alla Corte di fermarsi, senza ulteriormente approfondire la questione del rapporto tra ordinamenti.

Di tanto, la Corte si è dimostrata pienamente consapevole, espressamente sottolineando che, tuttavia, «una precisazione si impone» ed a questa ha dedicato autonoma considerazione, anche sul piano formale, svolgendola in un paragrafo (il n. 5.2), distinto e successivo rispetto a quello in cui ha condensato la decisione di inammissibilità della questione.

La conclusione è dunque certa: si tratta di un *obiter dictum*.

5. Il secondo interrogativo, e la relativa altrettanto breve considerazione, segue a detta qualificazione ed include, a sua volta, più domande, che ruotano intorno alla precettività di tale *obiter*, all'opportunità della sua formulazione ed al dubbio che la Corte possa avere oltrepassato i confini della propria giurisdizione.

Relativamente a tali interrogativi, non è possibile attardarsi sulla nota ed antica distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* e sulla diversificazione che, all'interno del secondo, occorre operare tra *obiter* opportuno ed inopportuno, tra *obiter* autorevole o meno⁵. Al riguardo, è sufficiente richiamare la tesi dell'Autrice che ha convincentemente dimostrato che la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta* «tende a perdere ogni valenza prescrittiva, se riferita alle sentenze dei giudici costituzionali, fino al punto che ad essa non è in certi casi possibile fare ricorso, neanche in termini generalissimi», potendo essere qualificati come *obiter dicta* (nel senso ordinariamente recepito degli stessi) solo le «divagazioni minime»⁶.

Nella specie, è certo che l'*obiter*, benchè tale, per le ragioni per le quali è stato enunciato (puntualmente indicate nella sentenza) e per la stessa modalità con il quale è stato formulato

3 Posto che, «perché la Carta dei diritti UE sia invocabile [...] occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna [...] sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione [...] e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto», sentenza n. 63 del 2016.

4 Così A. Barbera, *op. cit.*

5 E' doveroso per la distinzione, rinviare alle riflessioni di G. Gorla, «*Ratio decidendi*», principio di diritto (e «*obiter dictum*»). A proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale, *Foro it.*, 1964, 89; di recente, V. Marinelli, *Il precedente giudiziario*, (voce) *En. dir.*, agg., Milano 2002.

(mediante la sua trattazione in un autonomo in un paragrafo del *Considerato in diritto*, distinto da quello che ospita la *ratio decidendi*) non costituisce una «divagazione minima», ma esprime un preciso principio che la Corte ha ritenuto di dovere enunciare, per orientare l'interpretazione dei giudici *comuni*.

L'*obiter* in esame riveste dunque tutti i crismi di un principio che la Corte ha ritenuto necessario che bene poteva enunciare, perché lo ha formulato in occasione della conferma, ed ulteriore specificazione, del principio generale che governa il rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento dell'UE.

Rileva quindi, a conforto della ritenuta necessità di precisazione del principio, la considerazione che il rapporto tra fonti interne e fonti esterne ha valenza costituzionale. E', infatti, «nella Costituzione che normalmente, con formule diverse e di portata più o meno ampia, si trova il riferimento all'osservanza del diritto internazionale» e sovranazionale, che consente ed impone l'applicazione delle relative norme e, in determinate ipotesi, un confronto tra le norme esterne, le norme della Costituzione ed i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato⁷. Tale rapporto ha, inoltre, valenza internazionale, dato che all'ordinamento internazionale inerisce l'obbligo degli Stati, in tutte le articolazioni interne, di osservarne le norme (di natura consuetudinaria, o derivanti da accordi, obbligo sintetizzato dai brocardi *consuetudo est servanda* e *pacta sunt servanda*), nel rispetto del «principio fondamentale che preclude agli Stati di far valere una norma interna, ancorché costituzionale, per giustificare una violazione del diritto internazionale, ciò che nella sostanza si traduce in una *primauté* di principio della norma internazionale sulla norma nazionale, che lascia salva, specularmente, soltanto la verifica di sintonia con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale interno»⁸.

La valenza costituzionale della questione fa sì che, benchè nel nostro ordinamento non esista un monopolio dell'interpretazione delle norme costituzionali in capo al giudice delle leggi, qualora una questione sia tale, è a questi che spetta la parola ultima su di essa. Se, come precisato dalla pronuncia in esame, e non sembra controvertibile, il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) va inteso nel senso che per esso deve intendersi la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare, è inevitabile concludere nel senso che le pronunce della Corte costituzionale che concorrono a definire tale sistema devono essere osservate dal giudice *comune*, senza che occorra attardarsi sulla risalente controversia in ordine al grado di vincolatività delle stesse, quando non dichiarino l'illegittimità costituzionale di una norma. La regola enunciata dalla Corte costituzionale può costituire oggetto di critica, ma si impone al giudice *comune*, tenendo altresì conto che l'evoluzione consapevole e meditata della giurisprudenza (e, può aggiungersi, nel rispetto delle competenze stabilite dalla Costituzione) costituisce «un aspetto della legittimazione dell'attività giudiziaria di particolare rilevanza»⁹.

Peraltro, di ciò non sembra si sia mai dubitato, dato che la regola che governa l'antinomia della norma interna con l'ordinamento comunitario ed attribuisce ai giudici *comuni* il potere di non applicazione della prima è stata appunto enunciata dalla Corte costituzionale, all'esito del dialogo con la Corte di giustizia, e poi recepita da questi ultimi, non diversamente da quanto è accaduto in riferimento al rapporto tra ordinamento nazionale e CEDU¹⁰.

Tale genesi del principio, di fonte esclusivamente giurisprudenziale, non può destare alcuna perplessità.

6 C. Salazar, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo (ma non troppo)*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale Torino, 1994, 317, 318, 320.*

7 G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, 399.

8 G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, cit., 398.

9 V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 787.

10 L. Salvato, *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne" ed i poteri ed i compiti del giudice "comune"*, in *Dir. UE*, 2011, 257.

Il diritto dell'UE è, infatti, caratterizzato proprio da una forte matrice giurisprudenziale, come è dato evincere dalla constatazione che tre dei principi fondanti l'ordinamento (una volta comunitario ora dell'Unione) hanno appunto tale genesi, in quanto sono stati enunciati dalla Corte di giustizia all'esito di un dialogo anche e soprattutto (per il profilo che qui rileva) con la Corte costituzionale. Il riferimento è: a) al principio del primato del diritto dell'UE su quelli nazionali, in virtù del quale il primo prevale sul secondo con esso in contrasto, che, quindi, "non è applicabile", restando disciplinato il rapporto, per quanto di ragione, dalla sola norma comunitaria¹¹; b) al principio dell'efficacia diretta delle norme del Trattato¹² e delle direttive non attuate¹³, il quale comporta l'idoneità della norma comunitaria che presenti determinati caratteri a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai soggetti dell'ordinamento (persone fisiche o giuridiche), che possono farli valere dinanzi al giudice nazionale, anche nel caso in cui si tratti di norme indirizzate agli Stati membri, che a questi impongono un obbligo di fare o di non fare, la cui osservanza si collega comunque ad un diritto del singolo; c) al principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione¹⁴.

Il dialogo svoltosi in passato, per così dire, a distanza¹⁵, diventato negli ultimi anni diretto, mediante il rinvio pregiudiziale, ha condotto, da ultimo, all'importante (benchè ancora inesplorato) esito della c.d. *Taricco-bis*, espressiva di un dato che è quasi pleonastico sottolineare: gli ordinamenti, quasi come essere viventi, sono in continua formazione ed evoluzione ed i principi che li governano, salvo quelli intangibili (tra i quali non rientra quello in esame) sono suscettibili di adattamenti ed aggiustamenti in conseguenza delle trasformazioni che li interessano. Dunque, nessuna meraviglia può suscitare la circostanza che un dato principio sia stato, in parte, rettificato, o meglio, adeguato al nuovo contesto nel quale era stato enunciato.

La conclusione che può essere posta è dunque che l'*obiter* in esame non è in nessun modo eccentrico ed extravagante, ma rappresenta il naturale frutto di un'evoluzione della quale la Corte costituzionale ha preso e dato atto, anche alla luce di una recente pronuncia della Corte europea.

6. La terza domanda è suggerita dai possibili dubbi in ordine all'esistenza di esigenze tali da suggerire (in realtà, imporre, secondo l'espresso convincimento della Corte) di enunciare, sia pure quale *obiter*, il principio in esame.

Adeguata e convincente risposta a tale interrogativo è fornita, in primo luogo, dalle argomentazioni svolte nel § 5.2 del *Considerato in diritto* che, con chiara ed efficace sintesi, pongono in rilievo le molteplici, sopravvenute, modifiche del diritto dell'UE, l'intersecazione che caratterizza i principi ed i diritti enunciati dalla Carta ed i diritti garantiti dalla Costituzione italiana e le ragioni che, in considerazione della natura di tali diritti, impongono di riservare alla Corte costituzionale. In secondo luogo, dalle ampie considerazioni sviluppate da Augusto Barbera¹⁶, alle quali è sufficiente rinviare, in ordine alle ragioni che hanno reso indefettibile una riflessione sull'ambito e le modalità con cui opera la non applicazione.

Le argomentazioni svolte nella sentenza ed in tale scritto appaiono peculiarmente persuasive, anche perché rinvergono preciso conforto nelle aperture della Corte di giustizia con le sentenze richiamate dalla pronuncia in esame¹⁷. Le decisioni della Corte di Lussemburgo hanno infatti affermato che l'art.267 TFUE, relativo alla competenza della stessa in via pregiudiziale, deve essere interpretato nel senso che questa non preclude una normativa nazionale che preveda una

11 Principio enunciato dalla sentenza *Costa v. Enel* del 1964.

12 Sentenza *Van Gend & Loos* del 1963.

13 Sentenza *Van Duyn* del 1974.

14 Sentenza *Francovich* del 1990.

15 Per una sintesi di tale percorso, R. Adam-A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 204; G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 194.

16 A. Barbera, *op.cit.*

17 Alle quali va aggiunta la sentenza C-5/14 *Kernkraft-werke vs.Hauptzollamt Osnabrueck* del 4 giugno 2015.

domanda di annullamento *erga omnes* davanti ad una Corte costituzionale alle condizioni precisamente indicate dai giudici europei, che la sentenza n. 269 non ha affatto contestato, ma ha anzi espressamente richiamato e fatte proprie.

Alle richiamate considerazioni può aggiungersi che l'esigenza di accentramento del sindacato in capo alla Corte costituzionale si impone (in coerenza con i compiti alla stessa spettanti e con l'ordinamento definito dalla Costituzione) anche per scongiurare il rischio che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – possa svilupparsi in modo frammentario e squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e per assicurare che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento sia di segno positivo e garantisca un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali considerato nel suo complesso, essendo questo un risultato imposto dall'esigenza di assicurare. La sentenza n. 85 del 2013, in riferimento al compito della Corte costituzionale nella funzione di tutela dei diritti fondamentali ha significativamente affermato che «tutti i diritti fondamentali [...] si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette [...]. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi».

Nel caso di contrasto di norme interne con principi o clausole generali di derivazione europea (evenienza non infrequente proprio con riguardo ai precetti della Carta), ovvero con obiettivi stabiliti da norme europee (contenuti nei Trattati o in norme di diritto derivato) può rendersi dunque necessario il bilanciamento con principi costituzionali.

Questo bilanciamento – che solo alla Corte costituzionale spetta – si impone, al fine di garantire una protezione rinforzata a tali diritti contro ogni tentativo di modifica proveniente dall'interno o dall'esterno, poiché, sul piano ordinamentale interno, valgono «a salvaguardare la continuità dell'ordinamento a fronte dell'alternarsi degli orientamenti politici e dei cambiamenti di indirizzo politico delle maggioranze al governo; nei rapporti esterni, europei e internazionali, essi costituiscono una zona impenetrabile, deposito dei tratti fondamentali della cultura di un popolo, da preservarsi di fronte alla internazionalizzazione e alla globalizzazione»¹⁸.

7. Il quarto ed ultimo interrogativo che sembra trasparire da alcune delle notazioni 'a caldo' alle quali si è accennato, può essere condensato nel dubbio, più o meno scopertamente paventato, che l'introdotta limitazione del potere di non applicazione da parte del giudice *comune* possa, con esito dirompente, pregiudicare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Dei dubbi condensati nei quattro interrogativi qui formulati, quest'ultimo è quello che più agevolmente può essere ritenuto privo di reale consistenza. La questione avrebbe potuto essere posta in passato, quando si dubitava del potere del giudice *comune* di accordare la tutela cautelare identificando il *fumus boni iuris* nel sospetto di illegittimità costituzionale della norma, non ora che detta questione è stata ormai pacificamente risolta.

Al riguardo, è sufficiente ricordare che, relativamente al giudizio civile, in mancanza di specifiche norme, la tesi che contrastava l'esistenza del potere cautelare era fondata sull'inesistenza del diritto da cautelare (in quanto si estrinsecherà nei termini invocati solo dopo l'accoglimento della questione da parte della Corte costituzionale) e sulla considerazione che riconoscere detto potere, in tale ipotesi, significava attribuire al giudice *comune* un anomalo potere di disapplicazione, sia pure temporanea, della norma, incompatibile con il controllo di costituzionalità accentrato. Nell'incertezza della configurabilità di un potere cautelare in detta fattispecie, era stato auspicato un intervento risolutore del legislatore o della Corte costituzionale.

Tale intervento da parte della giurisprudenza costituzionale vi è stato, nel senso che il giudice della cautela può accordare la chiesta misura, anche nel caso in cui il *fumus boni iuris* coincide con il dubbio di legittimità costituzionale della norma.

18 M. Cartabia, *La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali*, 15 e 23, Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei su “La Costituzione ieri e oggi”, Roma, 9-10 gennaio 2008, 92-93.

In riferimento al giudizio amministrativo, la Corte delle leggi, ha infatti espressamente qualificato come «tradizionale» (aggettivo espressivo di un orientamento risalente e costante) la propria giurisprudenza, che ritiene la questione di legittimità costituzionale ammissibile, purché non si sia esaurito il potere cautelare del rimettente, come accade quando il pronunciato provvedimento cautelare sia «interinale», ovvero «*ad tempus*», o ancora «provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale»¹⁹. Secondo questo ormai costante orientamento, «la *potestas iudicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni iuris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale»²⁰.

In relazione al processo civile, nel quale erano emerse le maggiori resistenze al riconoscimento del potere cautelare nella situazione qui considerata, la progressiva omologazione dei poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo e della disciplina dei relativi processi, la nuova formulazione dei criteri di riparto della giurisdizione (che hanno scolorito la regola fondata sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, giungendo ad erodere l'originario monopolio del primo in materia di tutela dei diritti) hanno reso chiara l'irragionevolezza e la contrarietà a Costituzione (in riferimento, tra gli altri, agli artt. 2, 3 e 24 Cost.) di un'interpretazione disarmonica, che sarebbe stata causa di un'insostenibile distonia nell'ordinamento e di un'ingiustificata riduzione del livello di tutela conseguente esclusivamente all'attribuzione della stessa al giudice ordinario ovvero a quello amministrativo, nell'assoluta carenza di ogni ragione che possa plausibilmente giustificarla.

I dubbi in ordine alla possibilità da parte del giudice civile di accordare la tutela cautelare sul presupposto dell'illegittimità costituzionale della norma sono stati fugati dal Giudice delle leggi. In un primo tempo, in via implicita²¹, quindi in termini più chiari ed incontrovertibili²².

La giurisprudenza costituzionale rende dunque certo che il giudice civile (come il giudice amministrativo) bene può emanare un provvedimento cautelare anche quando ravvisi il *fumus boni iuris* nella ritenuta non manifesta infondatezza dell'eccezione di legittimità costituzionale, restando

19 Così, per tutte, sentenza n. 200 del 2014.

20 Sentenza n. 236 del 2010; in termini pressoché identici, tra le tante sentenze n. 83 del 2013, n. 128 del 2010 e n. 151 del 2009; ordinanze n. 307 e 211 del 2011.

21 Il riferimento è all'ordinanza n. 139 del 2011 che aveva dichiarato manifestamente inammissibile (per difetto di sperimentazione dell'interpretazione adeguatrice) una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Rimini indicava, indicando che, con provvedimento cautelare, era stato ordinato alla AUSL, di Rimini di ammettere la ricorrente «al concorso pubblico di cui è causa» e che la questione di legittimità costituzionale era stata ritenuta rilevante «ai fini della decisione sulla conferma» del provvedimento cautelare. Di tanto l'ordinanza della Corte costituzionale ha espressamente dato atto, senza desumere da tale premessa l'inammissibilità della questione per esaurimento della *potestas iudicandi*, fornendo in tal modo un implicito ed indiretto avallo all'interpretazione che ha fondato l'ammissibilità del provvedimento cautelare.

22 Il riferimento è alla sentenza n. 274 del 2014, che ha deciso una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Taranto nel corso di un procedimento civile di urgenza nell'ambito del quale il giudice «adito – ravvisato nella non manifesta infondatezza di detta questione il *fumus boni iuris* della domanda cautelare proposta da un paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica e volta alla tutela del suo diritto alla salute – ha ordinato all'azienda ospedaliera resistente di somministrare la terapia a base di cellule staminali richiesta dal ricorrente “sino all'esito della decisione [...] da parte della Corte” della questione medesima» (così, testualmente, la pronuncia in esame). La sentenza precisa che il Tribunale rimettente, «nel disporre la sospensione della procedura cautelare, differendo al suo esito ogni pronuncia sulle spese, e nel condizionare la conservazione dell'efficacia della concessa misura di urgenza «sino all'esito della decisione [...] della questione di costituzionalità» (...) ha, con ciò, comunque presupposto la prosecuzione innanzi a sé dello stesso giudizio cautelare, al fine di pervenire alla conferma o meno del provvedimento adottato, in dipendenza dell'esito – di fondatezza o non – della questione medesima. E tanto basta per ritenere superata in senso affermativo la verifica di sussistenza della sua legittimazione a sollevare, nella fattispecie considerata, l'incidente di costituzionalità».

escluso che possa ipotizzarsi in questa ipotesi un difetto assoluto di potere²³. Una tale conclusione è coerente con la (ed imposta dalla) configurazione offerta dalla Corte costituzionale della tutela cautelare quale «strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale», in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto²⁴ e si inserisce armonicamente nell'ordinamento dell'UE²⁵.

Se dunque non sono rinvenibili ostacoli alla possibilità della tutela cautelare nel caso in cui il giudice *comune*, nell'osservanza del principio enunciato dalla sentenza in esame, si astenga dal non applicare la norma interna in contrasto con quella europea, resta esclusa, in radice, la possibilità che il ricorso a tale meccanismo di verifica del contrasto e delle sue conseguenze possa irrimediabilmente pregiudicare il diritto fondamentale che si assume lesa. Ed è chiaro che soltanto una petizione di principio, come tale indimostrata ed indimostrabile, potrebbe indurre ad individuare la lesione nel solo fatto che la delibazione del contrasto è rimessa alla Corte costituzionale. La pure condivisibile enfaticizzazione delle Carte (e delle Corti) sovranazionali non può far dimenticare che la Corte costituzionale, anche indipendentemente da queste, negli oltre sessanta anni della sua storia, ha significativamente ampliato il "catalogo" dei diritti inviolabili, includendo in tale categoria un numero sempre crescente di libertà, e che il controllo di costituzionalità assicurato per ciascuno di essi, attraverso il giudice *comune*, si è dimostrato uno strumento idoneo a garantire agli stessi un'efficace tutela²⁶.

Pertanto, il dibattito in ordine al principio enunciato dalla sentenza n. 269 potrà e dovrà svilupparsi senza che sia possibile dubitare della precettività dello stesso, nel convincimento che lo stesso costituisce frutto della competenza spettante alla Corte e che, sotto il profilo finalistico, il meccanismo ipotizzato dalla pronuncia in nessun modo ed in nessun punto può risultare lesivo del livello di tutela dei diritti fondamentali, inscrivendosi appieno nel sistema accentrato di sindacato stabilito dalla Costituzione.

* Sostituto procuratore generale della Corte di cassazione

23 In tal senso, v. anche Cass. S.U. 19 novembre 2015, n. 23543.

24 Sentenza n. 403 del 2007; sulla disponibilità delle misure cautelari quale componente essenziale della tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24 Cost., v. anche le sentenze n. 336 del 1998, n. 326 del 1997, n. 249 del 1996, n. 253 del 1994.

25 , Secondo la Corte di Lussemburgo, «la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario», sentenza 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*; analogamente, sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*; sentenza 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet*.

26 V. Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa* – Atti del convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997, a cura di L. Carlassare, Padova, 1998, 182.