

L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi

di Gino Scaccia *
(25 gennaio 2018)

1. Presentata, con studiato minimalismo, come una «precisazione dei limiti entro i quali la previa delibazione del contrasto con il diritto dell'Unione europea debba ritenersi imposta al giudice *a quo* a pena di inammissibilità delle questioni sollevate», la dottrina che la Corte espone nella sentenza 269 del 2017 si configura in realtà come la più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza n. 170 del 1984¹, che – come noto – introdusse il sindacato diffuso di "non applicazione" della disciplina interna incompatibile con quella comunitaria².

Il mutamento di indirizzo risiede nel rovesciamento dell'ordine di trattazione di questioni attinenti al contrasto di una norma interna con la Costituzione e, contemporaneamente, con il diritto eurounitario (e precisamente con la Carta dei diritti dell'Unione europea); nell'inversione dell'ordine logico e cronologico della "doppia pregiudizialità". La Corte afferma, infatti, di volersi disporre in futuro a giudicare «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei secondo l'ordine di volta in volta appropriato», ma lascia subito intendere che la questione di legittimità costituzionale sarà *ordinariamente* trattata per prima, lasciando la pregiudiziale comunitaria in posizione successiva e comunque eventuale.

1 Il rilievo è comune fra i primi commentatori: cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. diritti comparati*, 3/2017; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; e *ivi*, L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*.

2 Si è precisato nella sent. n. 168 del 1991 che l'effetto della diretta applicazione «non è (...) la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario. Tale principio, desumibile dal Trattato istitutivo della Comunità europea (per il tramite della sua legge di esecuzione), è coerente con l'art. 11 Cost. che riconosce la possibilità di limitazioni alla sovranità statale, quale può qualificarsi l'effetto di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti)». Nella giurisprudenza costituzionale l'attributo della diretta applicabilità è stato riconosciuto ai regolamenti (sent. n. 170 del 1984), alle pronunce rese dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (sent. n. 113 del 1985) e di giudizio di condanna (sent. n. 389 del 1989), nonché alle direttive dettagliate (sent. n. 64 del 1990).

Questa conclusione è implicitamente desumibile già dall'affermazione per cui la scelta dell'ordine di trattazione appropriato risponde «anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla (...) Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali», quali richiamate nell'art. 6 del TUE e dall'art. 52, comma 4, CDFUE.

Appare in effetti evidente che l'esigenza di armonizzare l'interpretazione dei diritti di conio europeo con gli omologhi diritti radicati nella Costituzione sarà garantita in modo più efficace e immediato se i giudici istituzionalmente chiamati a custodire la tradizione costituzionale interna si pronunceranno per primi sul diritto in questione piuttosto che intervenire – come finora è stato – in via successiva con il rimedio estremo e ruvido dei controlimiti. A ben vedere, dunque, nel fine che la Consulta dichiara di perseguire è leggibile, in filigrana, il verso ascendente (dall'ambito interno a quello europeo) della duplice pregiudizialità e il conseguente carattere prioritario che sarà accordato alla questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In ogni caso, e per eliminare ogni margine di incertezza, la sentenza in esame statuisce 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 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» (*enfasi nostra*).

La pregiudiziale comunitaria, che in ossequio alla giurisprudenza pregressa doveva sempre precedere la questione di costituzionalità, a pena di inammissibilità³, viene ora postergata all'incidente costituzionale e configurata

³ Corte cost., sentt. nn. 284 del 2007, 319 del 1996, 536 del 1995, 38 del 1995, 294 del 1994, 269, 79, 8 del 1991, 450, 389, 78 del 1990, 152 del 1987. L'onere di previa delibazione della pregiudiziale comunitaria rispetto a quella costituzionale sussisteva con riguardo tanto al rinvio interpretativo, quanto al rinvio di validità. Infatti, entrambi mettono in questione l'operatività della norma oggetto nel giudizio costituzionale. Il primo perché, rimuovendo la norma anticomunitaria, la rende non più applicabile nel giudizio *a quo* (da ultimo ord. n. 2 del 2017); il secondo perché, quando attestati che la norma europea è provvista di effetto diretto, rende per ciò stesso non più applicabile la disposizione interna incompatibile (cfr. sent. n. 168 del 1991). La questione di legittimità costituzionale, finora, è stata pertanto dichiarata inammissibile quando il giudice *a quo* chiedeva «la verifica di costituzionalità di una norma, pur esplicitando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme comunitarie ed un contrasto con queste ultime» e ciò in quanto «il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, (...) eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l'irrelevanza della questione stessa» (sentt. nn. 75 del 2012, 284 del 2007 e n. 170 del 1984). In dottrina, per tutti, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità» comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, IV, 222 ss.; e A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 2897 ss. Poteva avvenire anche che due giudizi, comunitario e nazionale, fossero attivati simultaneamente, senza che le due Corti coinvolte se ne avvedessero. Questo è accaduto già nel caso deciso con la sentenza n. 140 del 2009 (annotata da L. CAPPUCCIO, *La convivenza «more uxorio» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia*

come ipotesi eventuale e residuale, almeno nel caso in cui sussistano dubbi di costituzionalità per contrasto con diritti protetti sia dalla Costituzione, sia dalla CDFUE.

Il cambiamento non potrebbe essere più netto e la Corte lo ritiene opportuno e addirittura imperativo⁴ «alla luce delle trasformazioni indotte sul sistema dei rapporti fra diritto nazionale ed europeo dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e in particolare dall'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea della medesima efficacia giuridica vincolante dei Trattati» (art. 6 TUE). La Carta – prosegue la sentenza annotata – presenta «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» e, pur priva della forza di una Costituzione in senso formale, sul piano contenutistico-assiologico ha il valore giuridico proprio delle norme costituzionali. Poiché essa appresta tutela a diritti che intersecano ampiamente quelli enunciati e garantiti dalla Costituzione italiana e talora si sovrappongono ad essi fino a riassorbirne ogni contenuto precettivo, sono assai frequenti le ipotesi in cui la compressione di diritti è riconducibile alla violazione di norme costituzionali e, ad un tempo, della CDFUE. Ebbene, controversie di tal fatta, in cui vengono in gioco violazioni dei diritti della persona «postulano la necessità di un intervento *erga omnes*» della Corte costituzionale «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)».

Così impostato il tema, è agevole giungere alla conclusione del percorso argomentativo: nel concorso fra rimedi giurisdizionali nazionale ed eurounitario, il rimedio interno deve precedere quello europeo. D'ora in poi, quando si prospetta il conflitto di una norma interna sia con un parametro costituzionale sia con una norma della CDFUE, dovrà pronunciarsi per prima la Corte costituzionale e solo eventualmente e in seconda battuta la Corte di giustizia dell'Unione europea.

L'innovazione – che ci accomuna alla Francia, ove però è stata introdotta in via di revisione costituzionale⁵, e all'Austria⁶, che tuttavia l'ha più nettamente delimitata, come meglio si dirà appresso – non presenta profili di contrasto con il diritto euro-unitario.

Come la Corte si affretta a ricordare, infatti, il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità è compatibile con il diritto dell'Unione «purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, “in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria”; di “adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico

pregiudiziale, in *Foro. it.*, 2010, I, 804 ss.), mentre in un caso simile il giudice rimettente aveva bensì effettuato due rinvii, ma ne aveva fatto menzione nell'ordinanza, dando così modo alla Corte di rilevare l'inosservanza dell'ordine delle pregiudiziali e quindi di dichiarare l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia (Corte cost., sent. n. 85 del 2002).

4 Si legge nel punto 5 del *Considerato in diritto* che la svolta interpretativa «si impone».

5 Cfr. artt. 61 e 62 Cost. francese.

6 Cfr. *Verfassungsgerichtshof*, sent. 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13

dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione»⁷.

Nonostante l'assenza di ogni contrasto con il diritto dell'Unione europea e l'esplicita rassicurazione della Consulta di voler tenere "fermi" i principi del primato e dell'effetto diretto come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza lussemburghese e costituzionale, l'affermazione del carattere prioritario della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è tutt'altro che priva di effetti sulle relazioni dinamiche fra ordinamenti interno ed europeo e, seppure non mette in questione la *primauté communautaire*, ridisegna i modi attraverso i quali il primato si manifesta in sede applicativa e interpretativa, tanto da suggerirne una complessiva diversa tematizzazione. Per comprenderlo appieno è necessario ricostruire il contesto ambientale nel quale è maturata la scelta della Corte e indagare le premesse teoriche sottese alla pronuncia in discorso, per intravederne i possibili sviluppi applicativi.

2. Le ragioni di politica costituzionale che hanno ispirato la sentenza in esame poggiano su dati di significato inequivoco, che attestano un prosciugamento dei giudizi in via incidentale e una conseguente, progressiva estraneazione della Corte costituzionale dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali. Gli atti di promovimento, che nel quinquennio 2000-2004 erano in media 941 l'anno (con un picco nel 2003 di 1.196), sono scesi nel periodo 2005-2009 a 586, nel successivo quinquennio a 311, nell'ultimo triennio a 275 (di cui appena 198 nel 2017). Sono corrispondentemente calate le pronunce rese in esito a giudizi incidentali, che erano 361 di media negli anni 2000-2004 e si sono ridotte a 293 negli anni 2005-2009, a 173 nel quadriennio 2010-2013 e a 158 negli anni 2014-2016. Il declino dell'incidentalità, che sarebbe azzardato ricondurre a una più ridotta "domanda di tutela costituzionale" e addirittura temerario connettere alla qualità redazionale delle leggi (*more solito* scadente), appare piuttosto il riflesso naturale di una generale tendenza dei giudici comuni a dilatare al massimo le tutele soggettive attraverso l'interpretazione e applicazione diretta di norme che ampliano la sfera di protezione dei diritti. Questa tendenza ha propiziato, da un lato, il ricorso talvolta forzato all'interpretazione conforme, di cui la dottrina più avvertita ha incessantemente segnalato le insidie⁸; dall'altro, l'applicazione

⁷ Si vedano, tra le altre, Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sent. 11 settembre 2014, nella causa C-112/13, *A contro B e altri*; grande sezione, sent. 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*.

⁸ Fra i molti, v. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, n. 16/2007 nonché, Id., *Interpretazione conforme a Costituzione, ad vocem*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016; e G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli 2012, 3 ss.

diretta di norme convenzionali ed europee pur sprovviste di tale diretta efficacia. In entrambi i casi sottraendo la risoluzione di questioni di tono costituzionale al loro “giudice naturale”.

Nella stessa direzione sembra muovere anche la regola dell’anteriorità della pregiudiziale comunitaria su quella costituzionale. A parte le ipotesi in cui il difetto di rilevanza della questione di costituzionalità deriva dal previo esperimento del rinvio pregiudiziale di validità, e dalla sopraggiunta dichiarazione di incompatibilità della Corte di Lussemburgo⁹, è ragionevole supporre che la pregiudiziale comunitaria, anziché essere prodromica a quella costituzionale, finisca talvolta per riassorbirla e renderla vana; che, cioè, i giudici rinuncino talora a sollevare una questione di costituzionalità, una volta riassunto il giudizio all’esito di un rinvio pregiudiziale.

Non disponiamo, sul punto, di dati certificabili e oggettivi. Fa riflettere, però, che mentre gli atti di promovimento di questioni costituzionali declinano, cresce invece il ricorso dei giudici italiani al rinvio pregiudiziale, tanto che l’Italia figura al secondo posto – dopo la Germania – per numero di domande presentate¹⁰; e pare meritevole di interesse il fatto che nei primi sei posti di questa classifica, nell’anno 2016 (l’ultimo per il quale disponiamo di una rilevazione statistica), non compare la Francia, ove vige la regola della priorità della questione costituzionale sul rinvio pregiudiziale.

In questo quadro generale, che segnala la sempre più accentuata propensione del giudice nazionale a dialogare con i giudici europei, anche a preferenza del giudice costituzionale, il riconoscimento di valore giuridico alla CDFUE ha ulteriormente concorso all’emarginazione del giudizio in via incidentale¹¹. E’ comprensibile, del resto, che gli operatori giuridici avvertano la fascinazione di una Carta sovente più aperta e comprensiva, nell’enunciazione dei diritti, delle corrispondenti formulazioni costituzionali e possano in questo più moderno catalogo riassorbire le forme di tutela nostrane per proiettarle verso nuovi, inediti contenuti di garanzia. Di qui una qualche propensione a qualificare come ipotesi di incompatibilità con parametri comunitari, in quanto tali capaci di attivare rinvii pregiudiziali di validità, fattispecie di piano e semplice contrasto con norme costituzionali interne, che bene potrebbero motivare un incidente costituzionale. Di qui anche tentativi più o meno azzardati di disapplicazione diretta di norme nazionali per contrasto con norme della CDFUE o dei Trattati (che sono

9 Un esempio nell’ord. n. 2 del 2017.

10 E ciò sia prendendo in esame il periodo 1952-2014, sia limitando l’analisi al 2016, ultimo anno coperto dalle rilevazioni statistiche della Corte di giustizia. Nello specifico: dal 1952 al 2014, l’Italia ha proposto 1279 rinvii pregiudiziali (la Germania 2137), e la quasi totalità degli stessi sono stati effettuati dagli organi giurisdizionali non superiori (1040). Nell’anno 2016, l’Italia, con 62 domande pregiudiziali, figura al secondo posto sempre alle spalle della Germania (84), e precede Spagna (47), Paesi Bassi (26) e Belgio (26).

11 In dottrina, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 134, aveva fra i primi lucidamente previsto che la CDFUE sarebbe stata la ‘bomba ad orologeria’ capace di porre in discussione il sindacato accentrato di costituzionalità, una volta che i giudici comuni si fossero decisi a innescarla dando ad essa diretta applicazione.

generalmente sprovviste di diretta applicabilità) e addirittura con previsioni della CEDU, nonostante la chiarezza della opposta ricostruzione elaborata nelle sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007¹².

Si può discutere se nell’istintiva preferenza dei giudici comuni per forme sovranazionali di protezione dei diritti non abbiano giocato anche le rigorose condizioni processuali per l’incardinamento della *quaestio*, che causano un numero ancora troppo elevato di decisioni di inammissibilità¹³; e in particolare, l’ondivaga interpretazione della rilevanza, che oscilla a seconda dei casi e senza una ragionevole prevedibilità dalla mera pregiudizialità astratta alla concreta influenza, fino a dissociarsi completamente – come è avvenuto nello scrutinio delle leggi elettorali politiche – dalla stessa pregiudizialità¹⁴. Ed è pure da chiedersi se la vocazione apparentemente irresistibile dei giudici a somministrare tutela immediata ai diritti scavalcando lo stesso giudizio sulle leggi¹⁵ non possa talora trovare una prosaica, ma comprensibile giustificazione nell’esigenza di non ritardare ulteriormente – con la sospensione del giudizio *a quo* – i tempi già eccessivamente lunghi della giustizia, e sia perciò effetto secondario di altri, strutturali *deficit* del sistema, dei quali i giudici sono piuttosto vittime che artefici. Quali che siano le risposte a tali quesiti, pare tangibile il pericolo che la Corte – affaticata da un contenzioso regionale che non accenna a tornare a dimensioni fisiologiche – finisca per essere emarginata dai circuiti più dinamici di tutela dei diritti fondamentali e sia percepita da vasti strati dell’opinione pubblica come il freddo e distante ‘giudice dei poteri’ piuttosto che come l’amichevole ‘custode dei diritti’, con ciò stesso disperdendo quote rilevanti della propria legittimazione politica.

Vista in questa luce prospettica, la mera correzione di tiro alla quale la Corte dichiara di voler procedere rispetto alle pregresse pronunce “comunitarie”

12 Si veda la sent. n. 80 del 2011, nella quale, in replica a un indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, sent. n. 1220 del 2010; TAR Lazio, sez. II bis, n. 11984 del 2010) che sembrava propugnare la diretta disapplicazione delle norme interne per contrasto con la CEDU, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si ribadisce che «restano (...) tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all’impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell’Unione (...), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell’art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto dell’Unione; e conseguentemente di estendere alle norme convenzionali il trattamento giuridico proprio delle norme del diritto UE, anche in punto di sindacato di disapplicazione.

13 Nel periodo 2009-2016 le decisioni di inammissibilità sul totale delle sentenze rese all’esito di giudizi incidentali si sono attestate, nella media, sul 57% del totale. Precisamente: 147 su 225 nel 2009; 122 su 211 nel 2010; 129 su 196 nel 2011; 79 su 141 nel 2012; 76 su 145 nel 2013; 89 su 171 nel 2014; 74 su 145 nel 2015; 91 su 158 nel 2016.

14 Cfr. le sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017.

15 Emblematico, in tal senso, il caso *Kamberaj*, con il quale il Tribunale di Bolzano chiedeva alla Corte di giustizia di disattendere sia la teoria dei controlimiti, sia la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sulla natura della normativa CEDU. Il giudice di Lussemburgo – come noto – ha poi ritenuto di non condividere la prospettazione del remittente: cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, grande sezione, sent. 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*.

assume i tratti di un colpo deciso di timone. Una vera e propria inversione di rotta, che mira prima di tutto a ridurre il potere giudiziale di disapplicazione diretta di norme nazionali per contrasto con il diritto UE e in secondo luogo a definire i connotati delle tradizioni costituzionali con le quali la CDFUE va armonizzata in sede interpretativa.

Finora la Corte aveva costantemente affermato che l'accertamento della compatibilità della norma nazionale in riferimento al parametro sovranazionale ha carattere di priorità logica rispetto all'accertamento della incostituzionalità¹⁶. Questo accertamento poteva concludersi, da parte del giudice comune, con la richiesta di un rinvio pregiudiziale interpretativo o di validità ovvero con la diretta disapplicazione della norma interna, in entrambi i casi con erosione dello spazio della giustizia costituzionale. Con la sentenza in esame, la Corte rovescia l'ordine fin qui seguito nei casi di "doppia pregiudizialità" e rivendica a sé il ruolo di attore primario e cronologicamente prioritario, per quanto attiene alla tutela dei diritti sanciti dalla CDFUE, nei confronti della Corte di giustizia e degli stessi giudici comuni. Altrimenti detto: i giudici di Palazzo della Consulta intendono partecipare all'elaborazione giurisprudenziale dei diritti entrando in campo per primi, ponendo sul tappeto la tradizione giuridica e l'identità costituzionale italiane, e non più intervenendo, come in passato, in via eventuale e comunque di ricalzo, a ricasco delle pronunce e, quindi, delle ricostruzioni ermeneutiche e delle precomprensioni culturali prevalenti nei giudici di Lussemburgo. Alla *Anwendungsvorrang* (priorità nell'applicazione) del diritto europeo dotato di effetto diretto sulle norme nazionali, la Corte contrappone la *Auslegungsvorrang* (priorità nell'interpretazione) dei diritti radicati ad un tempo nella Costituzione e nella CDFUE. Grazie a questa rivendicata priorità, viene oltre tutto ad ampliarsi lo spettro dello scrutinio di compatibilità della norma nazionale con il diritto dell'Unione europea. La questione comunitaria si incorpora, infatti, in una questione incidentale che assume a parametro, per il tramite dell'art. 117, primo comma, l'intera costellazione delle norme costituzionali e non soltanto il limitato μέτρον dei principi supremi, come accadrebbe se la Corte volesse pronunciarsi in modo difforme da una pronuncia della Corte di giustizia resa su analogo *thema decidendum*.

3. La Corte chiarisce di non voler scalfire, né porre in discussione il principio del primato del diritto dell'Unione; di voler anzi conservare l'*acquis* giurisprudenziale interno e comunitario. Nella forma è senz'altro così, ma è dubbio che lo sia anche nella sostanza.

In punto di diritto, la sentenza pienamente rispetta, richiamandola espressamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale «non solo è contraria al diritto dell'Unione, ma è anche inficiata da vizi di incostituzionalità», non deve essere «privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla

¹⁶ Così, da ultimo, Corte cost., sent. n. 193 del 2016.

Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il solo fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto interno sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale»¹⁷. La Corte si guarda bene dall'annettere all'incidente costituzionale effetti preclusivi della successiva proposizione di un rinvio pregiudiziale (ciò che comprometterebbe l'efficacia del diritto dell'Unione), e per questo fa salvo il ricorso successivo al giudice lussemburghese. E tuttavia, nella concreta prassi giuridica, non è da escludere ed anzi è verosimile che giudici diversi da quelli di ultima istanza – per i quali l'inosservanza dell'obbligo di proposizione di una domanda pregiudiziale dà corpo a un'ipotesi di responsabilità civile¹⁸ e non viene meno neppure quando il giudice costituzionale si sia pronunciato su parametri interni sostanzialmente riproductivi di quelli europei¹⁹ – rinuncino ad adire la Corte di giustizia per non imporre alle parti del processo un'ulteriore sospensione dopo quella necessaria allo svolgimento dell'incidente costituzionale. L'esperienza francese, cui si è sopra fatto cenno, fornisce un indizio del fatto che quando vi è anteriorità logica della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale può essere tentato di rinunciare all'interpello comunitario. Può dirsi, allora, che la sentenza in esame ha introdotto in tema di rinvio pregiudiziale una sorta di regola di sussidiarietà, collocando la Corte di giustizia, quanto alla tutela dei diritti, nella medesima posizione della Corte EDU, quale istanza di tutela ultima ed eventuale, alla quale giungere solo successivamente al pronunciamento della Corte costituzionale, giudice naturale in tema di diritti della persona.

Come si è anticipato, l'anticipazione della questione costituzionale rispetto al rinvio pregiudiziale non è risolubile a questione pratica, dettata da esigenze di economia processuale, ma dischiude una diversa modalità di manifestazione della stessa *primauté* del diritto europeo, quale esso "vive" nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Mutare l'ordine delle pregiudiziali significa, infatti, invertire il verso discendente del primato, calato dall'alto come un postulato *a priori* sulle realtà nazionali, e propiziare un movimento ascendente di elaborazione giurisprudenziale dei diritti e del diritto, che si compie a partire dai materiali forniti

17 Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 22 giugno 2010, cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*, punti 45 e ss., ove si osserva che «l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se un obbligo di ricorso alla Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, al quale è stata sottoposta una controversia regolata dal diritto dell'Unione, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di giustizia le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di stabilire se una norma nazionale sia o meno compatibile con quest'ultimo». In termini, Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 11 settembre 2014, causa C-112/13, A vs. B.

18 Così Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sent. 12 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; nonché, sui danni connessi all'esercizio di funzioni giudiziarie, Corte di giustizia dell'Unione europea, sentt. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler*, e 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione contro Italia*. L'obbligo *de quo* è posto nell'art. 267, terzo paragrafo, TFUE.

19 Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd.*

dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Così attivando una dinamica normativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale non rappresenta il confine esterno ed estremo della discrezionalità interpretativa dei giudici di Lussemburgo, ma un'essenziale coordinata ermeneutica delle norme europee. Alla logica avversariale sottesa all'opposizione dei controllimiti – che solo con una venatura di ipocrisia era possibile definire dialogante – l'ambiziosa sentenza in esame mira a dunque a sostituire la logica orizzontale e paritaria dell'*early warning*²⁰. In questa prospettiva, la capacità della CDFUE di “superare” la Costituzione nazionale e in alcuni casi di riassorbirne l'attitudine qualificatoria e protettiva si gioca non su geometriche relazioni funzionali o astratte gerarchie formali, ma sulla capacità di integrare il livello di garanzie apprestato dalla sede nazionale, nella logica del “*plus di tutela*” che la Corte costituzionale ha esplicitamente fatto propria almeno a partire dalla sentenza n. 317 del 2009.

4. La pronuncia in commento pone una serie di problemi applicativi di non agevole soluzione.

4.1. Il primo attiene all'ambito di estensione della regola di priorità della *quaestio legitimitatis* rispetto al rinvio pregiudiziale.

La Corte sembra far riferimento ai soli casi in cui venga in questione l'applicazione della Carta dei diritti. Va al riguardo ricordato che le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri solo quando essi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione²¹. Più precisamente, la fattispecie regolata dalla normativa interna deve essere disciplinata dal diritto europeo, nel senso che deve essere «inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione»²².

Così delimitato il campo entro il quale la CDFUE deve considerarsi applicabile, è anzitutto da chiedersi se la competenza prioritaria della Corte costituzionale sussista soltanto quando si assume a parametro di una lamentata incostituzionalità una norma della CDFUE o anche quando si censura il contrasto con disposizioni dei Trattati sprovviste di effetto diretto. Quest'ultima ipotesi non può escludersi alla luce del criterio assiologico-sostanziale di qualificazione delle fonti che la sentenza in commento accoglie, là dove riconosce carattere tipicamente costituzionale alla CDFUE sull'assunto che questa enuncia diritti della persona largamente intersecanti i diritti costituzionali, e su questa base differenzia la Carta dalle altre norme del diritto primario dell'Unione, collegando a

20 Una logica che – sia lecito dirlo “con il senno di poi” – avrebbe forse prevenuto lo scontro andato in scena sul caso Taricco.

21 Art. 51, par. 1, CDFUE; art. 6, par. 1, TUE e Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona.

22 Corte cost., sentt. nn. 80 del 2011 e 63 del 2016. Cosa debba intendersi per attuazione del diritto dell'Unione nella giurisprudenza comunitaria è precisato, fra le altre, in Corte di giustizia dell'Unione europea, sentt. 14 luglio 1994, causa C-351/92, *Graff*, e 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*. paragrafo 18 ss.

questa diversa qualificazione giuridica (a questa “forza”) un corrispondente, differenziato trattamento (un diverso “valore”). Analogo ragionamento potrebbe essere svolto con riferimento alle libertà garantite dai Trattati che – al pari della CDFUE – sono generalmente prive di efficacia diretta. Anche in tal caso la questione di costituzionalità per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., dovrebbe dunque precedere la proposizione di un rinvio di validità. La Corte, però, non giunge a questa conclusione, ma al contrario dichiara inammissibile la questione proposta in riferimento a disposizioni dei Trattati che enunciano la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 del TFUE), statuendo che «il rimettente aveva l’onere di delibare la questione per valutare l’applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame».

Ne risulta un trattamento giuridico differenziato per i Trattati e la CDFUE (e per i diritti ivi rispettivamente previsti), che non è facilmente conciliabile con la piena equiparazione fra i due atti sancita dall’art. 6 del TUE e che – secondo attenta dottrina – potrebbe trovare fondamento nell’art. 51, par. 2, della Carta (ove si prevede che la Carta non estende le competenze dell’Unione come definite nei Trattati), nel senso che l’applicabilità della Carta «diversamente da quella dei Trattati, presuppone che la fattispecie sottoposta all’esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo (...) e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»²³.

La rilevata diversità di trattamento potrebbe forse trovare fondamento più saldo valorizzando la differenza categoriale che intercorre – dal punto di vista del diritto europeo – fra i diritti consacrati nella Carta e le libertà riconosciute e garantite nei Trattati. In effetti queste ultime sono principi di struttura, istituzionali, essenziali al mercato comune, per le quali è richiesto il massimo grado di uniformazione normativa. A questo fine il controllo diffuso di comunitarietà è imprescindibile, come è vitale che il primato si esprima in modo immediato, senza ostacoli frapposti da giudici o atti normativi nazionali. I diritti della persona consacrati nella CDFUE, invece, sono per lo più non riducibili alla mera dimensione del mercato, e comunque non sono ad esso coesenziali. In questo diverso ambito l’uniformità di disciplina non è, dunque, un imperativo categorico. Al contrario, sono ammesse diversificate e più ampie tutele a livello nazionale, senza che ne risulti compromessa l’esigenza di uniformità regolativa funzionale allo sviluppo della concorrenza, per il carattere non mercantile delle libertà coinvolte. Mentre nel primo ambito, dunque, può restare ferma la precedenza nell’applicazione del diritto UE su quello nazionale (*Anwendungsvorrang*) e la priorità di intervento della Corte di giustizia (salvo sempre il rimedio estremo dei controlimiti), nel secondo la Corte costituzionale può legittimamente rivendicare uno *jus primi verbj*²⁴ senza che ciò suoni come un attentato al principio della *primauté* o una revoca degli impegni assunti ai sensi e per gli effetti dell’art. 11 Cost. In definitiva,

23 Così F. S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*.

24 Di «diritto alla prima parola» parla A. GUZZAROTTI, *op.cit.*, 2.

ciò che conta – ed è stato esemplarmente chiarito nell’ordinanza 24 del 2017²⁵ – è che l’interpretazione della Corte, ritenuta necessaria per preservare l’identità costituzionale, non comprometta le esigenze di uniforme applicazione e interpretazione del diritto dell’Unione.

In questa chiave va interpretato l’anodino passaggio della sentenza annotata in cui si afferma che i giudici comuni rimangono comunque «liberi di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione». Nella sua formulazione letterale, la frase giustifica il quesito se il giudice comune sia tenuto a sollevare incidente di costituzionalità anche quando la norma interna sia incompatibile con disciplina europea *self executing* diversa dalla CDFUE e ne sia quindi possibile l’immediata “non applicazione” giudiziale. La risposta non può che essere negativa, perché la diversa soluzione comprometterebbe il primato nell’applicazione del diritto dell’Unione, che la Corte afferma al contrario di voler preservare e che ha il suo corollario nel sindacato diffuso di disapplicazione, e segnerebbe un antistorico e non voluto ritorno alla giurisprudenza anteriore alla svolta del 1984. Il brano va interpretato, dunque, nel delimitato senso che il giudice, sollevata la questione di costituzionalità, resta in facoltà di disapplicare la disposizione nazionale qualora questa, per profili diversi da quelli “coperti” dalla pronuncia costituzionale, resti incompatibile con la CDFUE (e sempre che le norme rilevanti di questa siano pacificamente provviste di effetto diretto, ad esempio perché così ha statuito la Corte di giustizia all’esito di rinvio pregiudiziale). La prassi applicativa offrirà alla Corte lo spunto per precisare se al giudice comune residui un margine di scelta sugli strumenti di tutela e sull’ordine in cui disporli; o se questo debba invece sempre e in ogni caso soggiacere alla regola di priorità sancita dalla sentenza in esame. Quel che pare certo è l’obiettivo della pronuncia: scongiurare la diretta applicazione di norme della CDFUE da parte dei giudici comuni in assenza di incidente costituzionale o di rinvio pregiudiziale.

4.2. Il secondo problema concerne i diversi possibili incroci fra questione costituzionale e rinvio pregiudiziale.

Quando il rinvio di validità “incorpora” una questione di costituzionalità in riferimento all’art. 117, primo comma, Cost., grazie all’inversione introdotta dalla Corte, l’incostituzionalità precede e riassume l’incompatibilità comunitaria, non potendo essere proposto rinvio di validità su una norma già colpita da illegittimità costituzionale. Una sentenza di non fondatezza lascia invece aperta la possibilità di un rinvio successivo alla risoluzione della *quaestio legitimitatis*, per profili diversi rispetto a quelli già scrutinati dalla Corte.

In caso di rinvio di interpretazione, il giudice nazionale può dubitare o dell’efficacia ovvero dei contenuti precettivi di norme della CDFUE da assumere

²⁵ Si veda in particolare il punto 8 del *Considerato in diritto*.

a parametro per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. In entrambi i casi queste perplessità interpretative saranno evidenziate nell'ordinanza di rinvio e spetterà alla Corte costituzionale decidere in quale ordine trattare le due pregiudiziali, ormai accorpate in un'unitaria *quaestio*.

Non va trascurato, al riguardo, il problema dei tempi processuali, e non solo per l'ovvia ragione che la tutela dei diritti fondamentali non è piena ed efficace se non giunge tempestivamente, ma anche perché quel che spinge sovente i giudici comuni a forzare l'applicazione diretta di norme europee è proprio l'esigenza di fornire immediata risposta alle domande di giustizia. Se dunque si vuole davvero incentivare il ricorso prioritario alla Corte costituzionale e non solo (e soprattutto) alla Corte di Giustizia, occorre assicurare nelle ipotesi di doppia pregiudizialità tempi di trattazione e di decisione accelerati rispetto ai pur brevi tempi ordinari della giustizia costituzionale. Se necessario, anche intervenendo in sede normativa.

4.3. La terza questione aperta riguarda la capacità della pronuncia di vincolare gli operatori giuridici e le possibili reazioni rispetto a inosservanze della regola della priorità di delibazione della pregiudiziale costituzionale rispetto a quella comunitaria. Detta regola è definita in una sentenza di inammissibilità e per di più in un passaggio non essenziale al percorso motivazionale, un *obiter dictum*, che ordinariamente non determina alcun effetto di vincolo. Mi pare però si possa convenire con Luigi Salvato che la "precisazione" della Corte si impone ai giudici comuni non solo per il rilievo formale che viene svolta in un autonomo paragrafo del *Considerato in diritto* – e volutamente forzando il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato – quanto piuttosto per la ragione sostanziale che essa «esprime un preciso principio che la Corte ha ritenuto di dovere enunciare, per orientare l'interpretazione dei giudici *comuni*» definendo nuove regole in ordine alla relazione fra ordinamento interno e comunitario²⁶.

Discorso parzialmente diverso sembra tuttavia doversi fare per il giudice di ultima istanza, che ha l'obbligo di operare il rinvio «a meno che non si tratti di una interpretazione consolidata e in termini o di una norma comunitaria che non lascia adito a dubbi interpretativi»²⁷, e che ne resta assoggettato pure nell'ipotesi in cui i parametri europei abbiano carattere sostanzialmente riproduttivo di parametri interni e il giudice costituzionale nazionale si sia pronunciato. Così stando le cose – e per evitare ogni possibile imputazione di responsabilità – i giudici "ultimali" potrebbero dare una lettura restrittiva della pronuncia in esame e disporsi ad invertire l'ordine delle pregiudiziali solo quando vi è totale sovrapposibilità fra il vizio di costituzionalità e quello di incompatibilità con il diritto dell'Unione, di tal che la censura europea finisce per restare riassorbita

26 L. SALVATO, *op.cit.*, 3-4.

27 Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Cilfit S.r.l.*, nonché Corte cost., sent. n. 75 del 2012.

nella censura interna, senza che ne residuino profili ulteriori²⁸. Anche in tali casi graverà comunque sul giudice l'onere di motivare perché ritenga non applicabile la regola della priorità della *quaestio legitimitatis* sancita dalla sentenza in commento.

4..4. Problema connesso a quello affacciato attiene ai rimedi azionabili per l'ipotesi in cui – contrariamente a quanto la Corte auspica e raccomanda – il rinvio pregiudiziale sia dal giudice comune proposto anteriormente all'incidente di costituzionalità. La decisione non è impugnabile con gli ordinari rimedi giurisdizionali, né la Corte costituzionale dispone di alcuna specifica sanzione per rimettere in ordine le pregiudiziali. Che fare, allora?

La possibilità di far valere, in tale caso, la responsabilità civile del giudice (in perfetta simmetria con quanto previsto per l'omesso colpevole ricorso al rinvio pregiudiziale) è doppiamente insoddisfacente, perché è praticabile solo nei confronti degli organi di ultima istanza²⁹ e comunque si configura come soluzione radicale e parossistica.

Neppure sembra consigliabile il rimedio del conflitto di attribuzione proposto dalla stessa Corte costituzionale avverso l'atto giurisdizionale con cui una domanda pregiudiziale di validità è stata proposta in via preliminare rispetto alla *quaestio legitimitatis*. L'accento che compare nella sentenza alla «necessità di un intervento *erga omnes*» della Corte in ipotesi di violazione di diritti della persona «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale» rende in astratto configurabile una simile possibilità, ma essa appare con ogni evidenza eccessivamente drastica, e addirittura controproducente, nell'ottica di una rinnovata alleanza fra giudici comuni e Corte costituzionale nella protezione integrata dei diritti all'interno del sistema europeo.

Ulteriore ipotesi consiste nella facoltà delle parti del giudizio sospeso di eccepire dinanzi alla Corte di giustizia l'irricevibilità del rinvio pregiudiziale per inosservanza dell'ordine di trattazione indicato nella sentenza in esame. Sul punto, se appare probabile che la Corte di Lussemburgo, eventualmente sollecitata dai giudici nazionali in sede di rinvio pregiudiziale³⁰, possa considerare conforme al diritto dell'Unione l'inversione italiana delle pregiudizialità, non è invece scontato che ricavi dalla sola pronuncia annotata il fondamento per dichiarare irricevibile o per sospendere il rinvio di un giudice italiano ex art. 267 TFUE a causa del mancato previo esperimento del giudizio costituzionale interno.

L'effettività della regola enunciata dalla Corte costituzionale è rimessa dunque, oltre che allo spontaneo adeguamento dei giudici comuni, al contegno che assumerà la Corte di giustizia. E non è scontato che la situazione italiana sia

28 Così ha stabilito la già richiamata Corte di giustizia dell'Unione europea, *Global Starnet Ltd*, cit., in un caso provocato da un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano.

29 In base alla giurisprudenza *Cifit* richiamata *supra*, nt. 27.

30 Come apertamente prospetta R. CONTI, *op.cit.*

considerata in tutto equivalente a quella francese e austriaca. Nel caso francese, infatti, la precedenza della questione costituzionale nell'ordine delle pregiudiziali è stata disposta in via di revisione costituzionale, e anche in Austria, dove pure a cambiare il verso delle pregiudiziali è stata – come da noi – una pronuncia costituzionale, le condizioni di esercizio di questo previo onere di delibazione sono state delimitate precisamente nel senso che la priorità dell'incidente costituzionale è configurabile solo quando il contenuto di garanzia della CDFUE sia simile nella sua formulazione letterale e nella sua ispirazione ai diritti garantiti dalla Costituzione federale austriaca, e dunque la questione di costituzionalità racchiuda senza residui quella comunitaria.

Non può dirsi lo stesso per l'Italia, ove l'effetto di vincolo e i confini applicativi della regola sancita sono ancora incerti, e a fondamento dell'*overruling* è stata posta la necessità di assicurare la garanzia universale e uniforme dei diritti attraverso decisioni *erga omnes*, ciò che equivale alla rivendicazione di un generalizzato *jus primi verbi* nell'interpretazione dei diritti "a doppia matrice" interna ed eurounitaria. Bene aveva detto dunque Augusto Barbera nel saggio che ha preceduto e preparato il terreno alla decisione in commento, che si trattava di ricondurre i diritti «nel circuito del diritto costituzionale»³¹, al quale si stavano pericolosamente sottraendo. E se non desta sorpresa, e va anzi apprezzato, che dinanzi al rischio di un riassorbimento in via giurisprudenziale della Costituzione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte costituzionale abbia riaffermato la propria funzione di difesa della territorialità politica democratica³², resta da chiedersi dubitativamente se la Corte di giustizia sarà disponibile a riconoscere al giudice costituzionale il ruolo che si è attribuito e anzi a garantire l'osservanza dell'ordine di trattazione delle pregiudizialità definito con la pronuncia annotata.

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Teramo

31 Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia. Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017)*, 17, ora in www.cortecostituzionale.it

32 In G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 44-45, ci è parso possibile dire come sia «soprattutto negli *hard cases*, nei momenti eccezionali di rumorosa frizione fra quadro normativo euro-unitario e assetto ordinamentale nazionale che si rivela la funzione decisiva delle Corti costituzionali. Attraverso la dottrina del margine di apprezzamento e di adeguamento, l'applicazione del *distinguishing* e la minaccia o l'attivazione concreta dei controlimiti, queste garantiscono il valore identitario, culturale della territorialità democratica rispetto all'isomorfia uniformante del diritto europeo; preservano la specifica dimensione storica dei diritti, nel loro equilibrio sistematico. Raccordano, in breve, innovazione e tradizione, con quest'ultima intendendosi non già la "adorazione della cenere", ma la "custodia del fuoco". Oltre alla celebre vicenda Taricco (su cui v. ord. n. 24 del 2017), pronunce in cui è risultata chiara questa funzione di difesa dell'identità costituzionale nazionale sono le sentt. nn. 264 del 2012 e 238 del 2014.