

La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*

di Roberto Giovanni Conti **
(28 dicembre 2017)

Sommario: Premesse. Il fascino della Carta UE sul giudice comune. Il dialogo fra giudice comune e Corte costituzionale. Il ruolo e il peso della Carta UE *costituzionalizzata*. La Corte di Cassazione dopo la sentenza n. 269/2017: far finta di niente? Quali le sorti del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione dopo Corte cost.n.269/2017.

Premesse

Approfitto dell'invito rivolto dal Forum di Quaderni costituzionali a condividere riflessioni e opinioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 dopo i primi commenti 'a caldo' anche lì raccolti¹.

Invito del quale sono personalmente assai grato e che, credo, possa costituire l'inizio per una stabile e feconda collaborazione. Intravedo, peraltro, in questa apertura un'esigenza di 'dialogo' che non ritengo vada considerata 'occasionale' e calibrata unicamente sull'impatto che ha avuto l'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017 su 'alcuni giudici comuni' e su parte della dottrina – cercherò di tornare in seguito su questo aspetto – ma che va oltre il caso specifico e tende, ancora una volta, a dimostrare l'indefettibilità di una linea discorsiva aperta e di confronto fra plessi giurisdizionali e accademici ormai insostituibile.

Rinviando ad ulteriori approfondimenti che pure occorrerà svolgere sul regime della c.d. doppia pregiudizialità² dopo la sentenza n. 269/2017 ci si può concentrare su qualche riflessione di sistema, orientata a mettere in luce gli effetti ed il significato della precisazione espressa dalla Corte costituzionale.

A monte, vi è l'esigenza di non lasciarsi andare a giudizi compulsivi, ai quali tutti oggi siamo anche inconsapevolmente orientati, presi dal corso della vita sempre più frenetico, che sottopone i giuristi ad un vero e proprio 'bombardamento giudiziario' di pronunzie e commenti che a prima, seconda e terza battuta offrono, per l'un verso, all'operatore spunti di riflessione e orizzonti sempre più ampi e indecifrabili con i quali occorre immediatamente fare i conti nelle decisioni che, all'indomani, occorrerà adottare. Decisioni e pronunzie che non consentono di metabolizzare le novità poiché la risposta giudiziaria è divenuta essa stessa compulsiva se si pensa che, a chiusura d'anno, la Corte di Cassazione – per rimanere all'ambito lavorativo nel quale opero – viaggia, alla data in cui è stato ultimato il presente scritto, su numeri sbalorditivi (31.000 pronunzie civili e 58.000 sentenze penali). In questo clima gli operatori giudiziari sono chiamati con immediatezza a confrontarsi anche con l'*obiter* del quale oggi proverò a discutere.

In questo complesso scenario, la sentenza n. 269/2017 si colloca in modo straordinario, poiché essa sembra rivoluzionare il sistema dei rapporti fra giudici comuni e Corte

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 In merito alla quale v. i commenti, su questo Forum, di Guazzarotti, Caruso e Salvato.

2 V., già da ora, E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, Torino, 2013, 346 ss.

costituzionale rispetto al ruolo affidato ai primi nell'attuazione di una parte non marginale del diritto di matrice UE, per l'appunto rappresentata dalla Carta UE autoapplicativa, fissando un principio non necessario rispetto al giudizio incidentale del quale la Corte costituzionale era stata investita.

Da qui l'ulteriore approfondimento che immediatamente si è richiesto sul valore e sulla precettività di questo *obiter*. Tema sul quale chi scrive non ha competenza per dire alcunché³ attenendo per l'appunto al processo costituzionale, se non che se, da giudice comune, mi avessero chiesto il valore di un *obiter* espresso dalla Cassazione, avrei risposto senza esitazione non soltanto con le parole del giudice di legittimità, rilevando che esso è "non vincolante, trattandosi di affermazioni che eccedono le necessità logico-giuridiche della decisione" Cass. n. 4686/1997, Cass. n. 13824/2004, Cass. n. 5083/2016, Cass. n. 20692/2013, Cass. n. 1815/2012 e Cass. n. 9775/1997 – Cass. n. 11374/2015 – ma, ancora prima, con una regola di esperienza che, nelle camere di consiglio della Corte di legittimità, aleggia al punto da essere diventata una sorta di 'mantra': mai aprire le porte agli *obiter*! E ciò ancorché la dottrina civilistica non manchi di sottolineare che anche gli *obiter* integrano la *ratio decidendi* 'per lasciare intendere le connessioni del caso deciso, le interrelazioni di principio che da quella decisione discendono'⁴.

Siffatta massima di esperienza, sempre scorrendo della giurisdizione comune, sottende il convincimento che l'*obiter* alimenta il contenzioso e l'incertezza, proprio perché suscita in chi lo esamina il 'dubbio' sulla sua precettività e, in definitiva, sulla possibilità o meno di fondare sullo stesso le ragioni a favore o contro il diritto che si assume violato. *Obiter* che, per l'appunto, chiamerà l'autorità giudiziaria comune ad esplicitare il senso della 'precisazione', il suo carattere più o meno vincolante in un movimento circolare che non sembra proprio essere espressivo né della funzione nomofilattica del giudice di legittimità né del canone della certezza del diritto.

Ma a prescindere da ogni disquisizione sulla natura dell'*obiter* espresso nella sentenza n. 269/2017, una peculiarità a mio avviso non marginale accompagna la 'precisazione' ivi contenuta, per l'appunto rappresentata dal fatto che, immediatamente dopo la sua pubblicazione, i più attenti osservatori hanno richiamato alcuni articoli di dottrina che hanno costituito il retroterra culturale della precisazione. Il riferimento va al pensiero a più riprese declinato della Professoressa Cartabia⁵ e al recente saggio del Professore Barbera⁶.

3 V., invece, *amplius*, L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, su questa Rivista.

4 N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 43.

5 In molti scritti, fin da M. Cartabia e A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.Cost.* 2002, 4477 ss. e M. Cartabia, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Cart/Cartabia_-Lincei_-10_1_2008---def.pdf; id., *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in <http://www.rivistaaic.it/convergenze-e-divergenze-nell-interpretazione-delle-clausole-finali-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea.html>.

6 A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegniseminari/SIVIGLIABARBERA.pdf>.

Tutto questo, da un lato, agevola l'interprete, mettendo in collegamento il contenuto della precisazione con la sua verosimile *ratio* ed in questo modo palesando ancora di più l'*humus* nel quale essa è maturata.

Per altro verso, il sistema attuale non consente di conoscere se la posizione assunta dalla Corte abbia visto al suo interno un fronte totalmente compatto o variegato rispetto alla 'precisazione' stessa.

Tale ultima notazione in parte personalizza forse eccessivamente una pronunzia che, frutto evidente di collegialità, è comunque espressiva della volontà della Corte costituzionale. Il nostro sistema, è noto, non consente di conoscere l'eventuale esistenza di opinioni concorrenti o dissenzianti. Lo spunto che, da quanto ora detto, si vuole trarre non è marginale, a mio avviso, nel senso che all'interno della composizione della Corte costituzionale sono presenti anche giudici provenienti dalle giurisdizioni comuni, quattro, se non si erra, nel caso della sentenza n. 269/2017.

Secondo le regole vigenti deve dunque ritenersi, in assenza di prova contraria, che anche le componenti di estrazione giurisdizionale presenti all'interno della Corte non abbiano intravisto nella 'precisazione' un fattore di riduzione o di snaturamento dell'ambito di operatività della giurisdizione comune rispetto all'accentramento del sindacato sulle leggi contrarie alla Carta UE in favore della Corte costituzionale. Questione della quale si tornerà a discorrere fra poco.

Il fascino della Carta UE sul giudice comune

Ma torniamo per un attimo al saggio del Prof. Barbera, che individua nel *fascino* prodotto dalla Carta di Nizza-Strasburgo sul giudice comune, un effetto di traboccamento capace di snaturarne il senso, portandola oltre il confine ad essa riservato e, per la sua sostanziale identità con i contenuti della Costituzione, rischia di minare il ruolo della Corte costituzionale e di arginarne la portata.

Ora, è questa storia del fascino che non persuade.

I precedenti ricordati sono sparuti, per lo più provenienti da giudici di merito e assolutamente marginali risolvendosi, in definitiva, in una sola pronunzia – il richiamo a Cass. n. 12996/2016 non sembra rilevante – della Cassazione penale in tema di estradizione (Cass. n. 54467/2016).

Ora, l'operazione interpretativa della Corte di Cassazione a proposito della Carta UE messa in campo nella sentenza appena ricordata potrà convincere o meno, ma è pur sempre frutto di un'attività ermeneutica che compete in via esclusiva al giudice comune, soggetto soltanto alla legge. Affermare, in definitiva, che l'interpretazione offerta dalla Cassazione nel caso di specie non è convincente è cosa che si può e si deve fare in ambito dottrinario. Anzi, mi iscrivo tra coloro che hanno per tempo manifestato una certa insoddisfazione per l'approccio complessivo mostrato dalla Corte di legittimità rispetto alla Carta ed alle sue potenzialità, spesso risultando i richiami ad essa 'muti'⁷.

Ben diverso è, tuttavia, ricondurre a tale statuizione della Corte di Cassazione una spia del traboccamento, tanto non apparendo consentito alla Corte costituzionale che, certamente, ha il pieno potere di fissare le regole di accesso al processo costituzionale, ma non può imporre al giudice comune di interpretare il diritto UE e la Carta dei diritti fondamentali nel modo ritenuto corretto, anche se di matrice sostanzialmente costituzionale. Ciò che, in

⁷ V., volendo, R. Conti, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*, in *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino, 2016, 209 ss.

definitiva, è lo stesso Barbera a riconoscere quando il raggio di operatività è quello del diritto UE, auspicando infatti non solo un ripensamento dei principi in tema di disapplicazione da parte della Corte di Giustizia, ma anche una contrazione del raggio di azione della Corte di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale. Auspici che, allo stato, tali sembrano rimanere, almeno fino a quando quel giudice si misurerà con il *new deal* inaugurato dalla Corte costituzionale.

Ma anche a volere, per un solo attimo, condividere la critica mossa a Cass. pen. n. 54467/2016 - peraltro su una questione assai dibattuta tra gli interpreti qual è quella dei rapporti fra “ambito di applicazione del diritto dell’Unione” e “attuazione del diritto”⁸ e, in definitiva dell’estensione della Carta oltre i confini UE⁹- poteva essere quella sola pronuncia della Corte di legittimità a dimostrare l’obnubilamento del giudice comune rispetto agli ambiti della Carta di Nizza-Strasburgo?

La risposta è certamente e risolutivamente negativa, a mio avviso.

Basta, sul punto, rinviare alle personali riflessioni che qualche anno addietro avevo svolto in occasione del Convegno di Messina sulla Carta dei diritti dell’UE dell’ottobre 2015 organizzato dal Prof. Ruggeri¹⁰ per scorgervi plurimi precedenti, financo delle Sezioni Unite della Cassazione, che avevano ben messo in chiaro come la Carta dei diritti UE non fosse applicabile ‘oltre distretto’- cfr. Cass. n. 4184/2012, Cass. n. 9595/2012, Cass. S. U. n. 10130/2012, Cass. n. 9026/2013, Cass. n. 17006/2014, Cass. S. U. n. 22772/2014, Cass. S. U. n. 23867/2014, Cass. n. 43453/2014 –.

Si tratta di pronunzie rese in varie materie che sembrano esprimere, da epoca remota rispetto a quella in cui si colloca Corte cost. n. 63/2016 – ricordata da Barbera –, principi consolidati e che non lasciano dubbio sulla piena consapevolezza della Corte di Cassazione circa i limiti ed i confini della Carta UE. Ciò in assoluta sintonia con quanto, fino al 2013, anche Elisabetta Lamarque sosteneva in merito all’atteggiamento morigerato del giudice comune rispetto alla Carta dei diritti ed alla CEDU¹¹.

8 M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in <http://www.rivistaaic.it/convergenze-e-divergenze-nell-interpretazione-delle-clausole-finali-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea.html>, 9.

9 V., fra gli altri, F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr.giur.*, 2010, 2, 148 ; V. anche G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell’ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia*, Relazione svolta all’incontro di studio organizzato dal CSM in Roma nei 1 –3 febbraio 2010 su *I diritti fondamentali nell’ordinamento*, in www.csm.it , pag. 10 del paper; id., ancorpiù di recente ed in modo ampio, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Milano, 2013, 111 ss., ove pure si trova una completa indicazione della dottrina favorevole alla estensione del valore della Carta di Nizza; V. altresì, volendo, per un’impostazione diversa, R. Conti, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in www.diritticomparati.it; id., *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei “confini” fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, Cruciano Siragusa*, in www.consultaonline.it.

10 R. Conti, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione da parte della Corte di Cassazione*, cit., 193 ss.

11 V. E. Lamarque, *Il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità. Ragionando intorno al libro di Victor Ferreires Comella Constitutional Courts and democratic values*, Napoli, 2013, 272 ss.

In epoca più recente altre applicazioni dirette della Carta UE sono state fatte dal giudice di legittimità, senza che ciò possa in ogni caso spostare il senso della riflessione, fondata su un dato, quello del fascino, non convincente perché non supportato da significative pronunzie in grado di giustificare un consolidamento nel senso del postulato 'traboccamento'. Riflessione, quest'ultima, che mette a dura prova l'idea che vi sia stato, per mano della Cassazione, uno *spill-over* della Carta UE.

Certo, si può sostenere che anche a prescindere da tale effetto, la Corte costituzionale abbia inteso in ogni caso garantire l'esigenza di certezza del diritto, vista come valore assoluto ed incompressibile, attraverso la protezione offerta dal sindacato di costituzionalità e, con essa, impedire quell'effetto di aggiramento – una sorta di taglia fuori cestistico – rispetto al sindacato incidentale realizzato per il tramite della disapplicazione della Carta UE ad opera del giudice comune. Si tratta di una necessità assolutamente comprensibile, a patto che essa non vulneri in maniera significativa la protezione immediata garantita dagli strumenti propri del diritto UE. Pare, infatti, evidente che al pari dell'esigenza di contenere l'uso della Carta UE nei suoi propri ambiti non si può far finta che le regole proprie dell'ordinamento UE, integrato per quanto si vuole ma pur sempre autonomo, vengano eliminate o comunque surrogate da quelle proprie del controllo interno di costituzionalità.

Il dialogo fra giudice comune e Corte costituzionale

Vengo al tema del dialogo fra Corte costituzionale e giudici comuni.

Non so quanto avrebbe potuto incidere un confronto su queste tematiche fra la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione. Ma mi chiedo se sia venuto il momento di creare degli spazi di confronto stabile fra giudice comune e Corte costituzionale, una volta che appare palese l'obiettivo della Corte costituzionale di avvicinarsi di più al ruolo di giudice dei diritti, se si vuole in parte espropriandolo al giudice comune o comunque concorrendo con quest'ultimo.

Ed infatti, l'accentramento del sindacato sulla Carta UE non potrà comunque rimanere esclusivo in capo alla Corte costituzionale, anche seguendo le coordinate delineate dalla sentenza n. 269/2017 ed a patto di ritenerle in linea con le indicazioni della Corte di Giustizia. La precisazione, infatti, non coinvolge, almeno in astratto, le ipotesi estreme in cui il giudice comune, attivando il meccanismo del rinvio pregiudiziale, abbia ottenuto una pronunzia dalla Corte di giustizia che decida, motivatamente, di disapplicare malgrado la pronunzia di segno contrario resa dalla Corte costituzionale attivata dal doveroso incidente di costituzionalità.

A conferma della verità di quanto si va qui sostenendo rimane, in ogni caso, il ruolo che la Carta di Nizza-Strasburgo gioca innanzi al giudice comune nei casi di sua diretta operatività sul versante interpretativo. Versante che anche agli occhi della Corte costituzionale risulta centrale, al punto da indurre quel Giudice a tracciare, nella già ricordata precisazione, le coordinate sulle quali svolgere il sindacato di costituzionalità in via incidentale. Centralità del ruolo delle interpretazioni che già nel saggio del Prof. Barbera emerge, in definitiva, come vero problema destabilizzante quando l'attivismo – e, diciamo, la piena sintonia che la Corte costituzionale guarda con occhiuta preoccupazione fra giudice comune e Corte di giustizia (infatti stigmatizzata a proposito di una pronunzia della Cassazione penale che aveva disapplicato la disciplina interna sulla base della prima sentenza Taricco) – finirebbero col mettere a rischio la tenuta costituzionale del sistema sul versante del bilanciamento fra diritti. Ambito, quest'ultimo,

che la Corte costituzionale vorrebbe, sembra di capire, riservare unicamente e totalmente a sé, anche quando si discute di Carta UE.

In questo senso, infatti, la dottrina¹² non ha mancato di sottolineare le perplessità suscitate dall'affermazione secondo cui la Corte parrebbe voler ritagliare per sé il ruolo di vigile garante della (corretta) interpretazione della Carta dell'Unione orientata verso le "tradizioni costituzionali". I timori, espressi dallo stesso Ruggeri, che la Corte di giustizia possa leggere con una certa, comprensibile irritazione questo passaggio, mi sembrano non solo reali, ma effettivi.

Al fondo del cambio di rotta emerge, in modo non tanto felpato ma, anzi, palpabile, un'idea di Costituzione (e del suo Giudice) forte, capace, quando occorre, di 'mettere a posto' le altre Carte e gli altri giudici che quelle Carte interpretano. Certo, come nota ancora Ruggeri – che più volte non ha mancato di sottolineare quanto continui a risultare suadente e affascinosa l'idea di un ritorno al sano patriottismo costituzionale che guarda con un atteggiamento paternalistico alle altre Carte poste 'sotto' il suo cospetto – si tace completamente della Cedu e del suo valore. Anche se sarebbe stato, forse, davvero troppo, se la precisazione anzidetta avesse preso partito anche su quel *bill of rights*.

Come che sia, non v'è dubbio che un travaso di esperienze realizzato attraverso uno strumento flessibile che consente, nel pieno rispetto delle reciproche autonomie, di confrontarsi su temi di comune interesse potrebbe attenuare i contrasti piuttosto che radicalizzarli.

Appare evidente, ai miei occhi, la necessità di perseguire, anche fra giudici nazionali¹³, un dialogo più marcato, finalizzato non solo alla circolazione delle prassi e delle esperienze reciprocamente maturate all'interno della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione su temi di comune interesse, ma anche alla scoperta delle peculiari modalità di approccio che contraddistinguono i diversi plessi decisionali.

Del resto, l'esperienza su questo versante intrapresa dalla Corte di Cassazione con il Protocollo concluso con la Corte edu nel dicembre 2015 dal compianto Presidente Santacroce e poi fortemente alimentato dal Primo Presidente Canzio – in verità contagiosa, se si guarda ai seguiti di analogo significato siglati dalla Corte dei Conti, dal CSM e dal Consiglio di Stato, da ultimo, il 16 novembre 2017 – sembra essere un'occasione da non perdere e da tesaurizzare su plurimi versanti, anche in considerazione dell'imminente ratifica, da parte del decimo Stato contraente, del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU.

Il ruolo e il peso della Carta UE costituzionalizzata

Detto questo, non sembra sfuggire che il fine ultimo dell'operazione attuata con la sentenza n. 269/2017 non sia tanto e solo la contrazione del potere disapplicativo del giudice ordinario ma, in generale, del ruolo e del peso della Carta UE.

Rivendicare la centralità del sindacato della Corte costituzionale sulla Carta UE, impedendo che prima della pronuncia resa nel giudizio incidentale il giudice comune possa disapplicare, altro non significa se non affermare la primazia dell'interpretazione

12 A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in www.diritticomparati.it.

13 M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in <http://www.rivistaaic.it/convergenze-e-divergenze-nell-interpretazione-delle-clausole-finali-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea.html>, 17.

della Carta che quel giudice darà e che non potrà che risentire, per stessa ammissione della sentenza n. 269/2017, della protezione goduta dal diritto di matrice costituzionale in tesi sovrapponibile.

La Corte costituzionale, invero, muove dalla constatazione che 'I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri).'

In sostanza, si parla in modo più o meno dichiarato di una supremazia dell'interpretazione costituzionale su quella eventualmente distonica che potrebbe nascere dall'uso della Carta di Nizza- Strasburgo se ci si dovesse orientare con uno sguardo unicamente rivolto al diritto UE. Vi è, certo, l'affermazione esplicita del canone della massimizzazione delle tutele, tuttavia, occorrerà verificare – quando esso verrà applicato sul piano delle relazioni fra le Carte – l'uso che se ne intende fare nelle sue concrete applicazioni, per comprendere se esso sarà orientato a realizzare un innalzamento delle garanzie ovvero a consentire il rafforzamento della tutela costituzionale in danno di quella garantita dalla Carta UE autoapplicativa.

Il punto è, allora, di comprendere quanto sia coerente questo *new deal* con i principi cardine dell'ordinamento UE, fin qui fissati dalla Corte di giustizia.

In estrema sintesi, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge un quadro composito di pronunzie che si sono misurate sul tema degli effetti di una tutela di natura interna offerta a diritti di matrice costituzionale che trovano riconoscimento anche a livello UE.

In questa prospettiva si è, per l'un verso, riconosciuta la coesistenza dei rimedi, ammettendo cioè che l'ordinamento interno appresti forme di tutela nazionale che non necessariamente coincidano con quelle di matrice UE ma che, anzi, possono convivere pienamente integrandosi.

E' questo, ad esempio, il caso esaminato dalla Corte di giustizia – sent. 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak* – allorché il giudice UE, è stato chiamato a chiarire se il principio del primato del diritto comunitario e il principio risultante dagli artt. 10 CE e 43, nn. 1 e 2, CE vadano interpretati nel senso che prevalgono sulle disposizioni nazionali di cui agli artt. 91, nn. 2 e 3, nonché 190, nn. 1 e 3, della Costituzione polacca (...) nella misura in cui sul loro fondamento è stata ritardata l'entrata in vigore di una sentenza del Trybunał Konstytucyjny.

La Corte UE ha quindi ritenuto non solo che in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, il rinvio, da parte del Trybunał Konstytucyjny, della data in cui le disposizioni controverse perderanno la loro efficacia vincolante non impedisce al giudice del rinvio, conformemente al principio del primato del diritto comunitario, di disapplicare tali disposizioni nell'ambito della causa di cui è investito qualora le consideri contrarie al diritto comunitario, per di più precisando che 'il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali.'

Analogo il caso esaminato dalla recente sentenza della Corte UE resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano che, dopo avere attivato il controllo di costituzionalità sulla base di un ipotizzato contrasto della normativa interna con quella di matrice costituzionale, ha indirizzato alla Corte di giustizia un dubbio in ordine all'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale rispetto al contrasto della normativa interna con parametri UE riproducibili di quelli di matrice costituzionale. Anche in questo caso la Corte di giustizia – Corte giust. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd* – ha precisato che quando la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale alla Costituzione italiana che il giudice del rinvio

considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, tale controllo di costituzionalità non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione. Ne consegue che il giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale, è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle disposizioni nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello del diritto dell'Unione.

Quando vi sia, per converso, un vincolo di pregiudizialità costituzionale, tale per cui il giudice investito della causa ha l'obbligo di sospendere il giudizio innanzi a sé e comunque di non pronunciarsi fino a quando la Corte costituzionale non abbia definito il procedimento, la Corte europea ha ritenuto che nessun *vulnus* può ipotizzarsi a patto che i giudici ordinari restino liberi di:

- sottoporre alla Corte, 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;
- adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e
- disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione – Corte giust. 11 settembre 2014, causa C-112/13, A c. B¹⁴ –.

Questo è quanto finora la Corte UE ha detto.

Resta da precisare che, secondo la Corte di giustizia, il contrasto fra diritto UE e Costituzione del singolo Paese aderente all'UE si risolve a vantaggio del primo.

Sarà allora da capire come la Corte UE intenderà fare i conti con il meccanismo di nuovo conio inaugurato dalla sentenza n. 269/2017, soprattutto quando si troverà a verificare le scelte che il giudice comune intende adottare in ordine all'applicazione della Carta UE nel processo in cui la stessa viene in gioco.

Esprimo la personale sensazione che la precisazione della sentenza n. 269/2017 e la linea che intende proporre sia una sorta di risultato minimo che la Corte costituzionale ha inteso realizzare per cercare di non andare contro gli strali della Corte di giustizia, dando una parvenza di continuità con alcune recenti sentenze della Corte di giustizia, ma non nascondendo affatto l'intento di rivendicare la centralità del sindacato di costituzionalità accentrato sulla Carta UE e di approfondire il ruolo ed il peso delle tradizioni costituzionali¹⁵.

14 Quella ricordata nel testo costituisce una delle due pronunzie della Corte di Giustizia ricordate nella sentenza n.269/2017. Sulla stessa v., anche, A. Guazzarotti, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13* in *www.diritticomparati.it*, 2 ottobre 2014, R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?* In *Giur. Cost.*, 2014, 4089; G. Martinico, *Il caso A. c. B. e il suo impatto sul rapporto fra Corti: un diritto per tre giudici*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p.950-953.

15 Prospettiva, quella del testo, già per tempo preconizzata da O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente" ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti della Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri e A. Saitta, Torino, 119 ss.

La Corte di Cassazione dopo la sentenza n. 269/2017: far finta di niente?

Ad ogni buon fine, non vi è dubbio che l'esigenza di offrire una tutela *erga omnes* da parte della Corte costituzionale sia assolutamente da condividere. Il punto è, semmai, che la stessa, per come sembrerebbe congegnata, potrebbe risultare pregiudizievole per la parte processuale che attende dal giudice comune e, in particolare dalla Cassazione, tutela immediata alle proprie aspettative.

Si vuol dire che tutte le volte in cui il giudice di legittimità dovesse giungere alla conclusione che la Carta UE si pone in contrasto con il diritto interno, tanto da renderlo non applicabile al caso posto al suo vaglio, senza bisogno di attivare il rinvio pregiudiziale, la necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità renderebbe impossibile salvaguardare, nelle more del giudizio innanzi alla Corte delle leggi, le aspettative del titolare del diritto.

E' anzi appena il caso di rammentare che secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea di Giustizia l'articolo 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti. I giudici nazionali sono d'altronde liberi di esercitare tale facoltà in qualsiasi momento da essi ritenuto opportuno¹⁶. Infatti, la scelta del momento più appropriato per interrogare la Corte in via pregiudiziale è di esclusiva competenza del giudice nazionale¹⁷.

Si pensi, giusto per fare un esempio tratto dalla pratica, alla recente pronuncia della Cassazione penale in tema di misura di sicurezza comportante l'espulsione nei confronti di soggetto in espiazione pena (Cass. pen. 26 ottobre 2017 n. 49242). In tali casi il giudice di legittimità, ravvisando un contrasto con la Carta UE del diritto interno – e in buona sostanza disapplicandolo – non avrebbe potuto procedere oltre, rinviando alla Corte costituzionale e lasciando privo di tutela il condannato. Non sono conosciuti, innanzi al giudice di legittimità, meccanismi attivabili *ex officio* di natura cautelare, infatti.

La fondatezza del dubbio, d'altra parte, è alimentata dalla stessa giurisprudenza della Corte UE, laddove ha ritenuto che 'sarebbe incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi norma di un ordinamento giuridico nazionale, quand'anche dotata di rango costituzionale, o qualsiasi prassi legislativa, amministrativa o giudiziaria, che producesse l'effetto di sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione per il fatto di negare al giudice competente ad applicarlo il potere di fare, *all'atto stesso di tale applicazione*, tutto quanto è necessario per disattendere le disposizioni legislative nazionali eventualmente configuranti un ostacolo alla piena efficacia delle norme dell'Unione'¹⁸. Ciò è quanto accadrebbe se, in caso di contrasto tra una disposizione del diritto dell'Unione ed una legge nazionale, la soluzione di questo conflitto fosse riservata ad un'autorità diversa dal giudice chiamato a garantire l'applicazione del diritto dell'Unione

16 V. Corte giust. 5 ottobre 2010, *Elchinov*, C173/09, punto 26, nonché Corte giust., 11 settembre 2014, A, C112/13, p. 39.

17 V. Corte giust. 15 marzo 2012, *Sibilio*, C157/11, punto 31, Corte giust. 7 aprile 2016, *Degano Trasporti*, C546/14, punto 16, Corte giust., 5 luglio 2016, causa C614/14, *Atanas Ognyanov*.

18 V. Corte giust., *Simmenthal*, 106/77, p. 22; *Factortame e a.*, C-213/89, punto 20, nonché, in tal senso, *Križan e a.*, C-416/10, p. 70.

stesso, investita di un autonomo potere di valutazione, quand'anche l'ostacolo così frapposto alla piena efficacia del suddetto diritto fosse solo temporaneo¹⁹. Passaggio che, a me pare, mette in chiara luce che quando non si pone il tema del rinvio, la scelta del giudice nazionale – e ancora di più della Corte di Cassazione – di ritenere prevalente e di immediata efficacia la disposizione UE – e ancora di più se essa incarna diritti fondamentali – non può essere paralizzata da qualunque disposizione processuale anche di rango costituzionale che ne anteponga la protezione alla definizione di un procedimento interno.

Del resto, analoghi dubbi potrebbero sorgere quando il giudice di legittimità abbia deciso di attivare il rinvio pregiudiziale ottenendo una pronuncia della Corte UE che faccia risultare il contrasto fra diritto interno e Carta UE, invitando alla disapplicazione. Ancora una volta la Cassazione dovrebbe sollevare il giudizio incidentale di costituzionalità e non potrebbe fornire alcuna tutela al soggetto interessato.

In questa fattispecie si apprezza in modo ancora più marcato il possibile deficit fra la soluzione prospettata dalla *precisazione* e la tutela apprestata dal diritto UE e dalla Corte di giustizia, appunto tarata nel senso che la tutela di matrice UE non può essere differita e subordinata all'esito di un procedimento costituzionale.

Un'esigenza di chiarezza sul punto sembra doversi richiedere in via prioritaria alla Corte europea di Giustizia, avendo questa ritenuto, sempre nel precedente sopra ricordato, che l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo della pendenza di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte²⁰.

E non pare potersi dubitare che la necessità/doverosità di investire la Corte UE della questione di cui qui si discute appare concreta ed immediata proprio perché se la Cassazione avesse intenzione di chiedere l'interpretazione in via pregiudiziale della Carta UE, dovrebbe al contempo domandare a quel giudice sovranazionale di chiarire se la paralisi degli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia che, in tesi abbia riconosciuto che la Carta osta alla norma interna – fino al momento della pronuncia della Corte costituzionale a quel punto obbligatoria – sia ammissibile o meno o in che misura, in caso di assenza di strumenti capaci di dare immediata, anche se provvisoria, attuazione al diritto fondamentale di matrice UE. Il punto non è affatto marginale se si pensa alla reazione della Cassazione francese nel 'seguito' della sentenza *Melki*, della quale ha dato conto in modo preciso la dottrina²¹.

Un altro punto che meriterebbe un'attenta analisi da parte della Corte di giustizia, eventualmente in sede di esame di un apposito quesito pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, è quello che attiene al richiamo, operato dalla sentenza n. 269/2017, alla giurisprudenza della Corte di giustizia che si riporta di seguito testualmente, quando

19 V. Corte giust., A, C-112/13, p. 37, Corte giust., 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, causa C-5/14, p.33.

20 V., in tal senso, Corte giust., *Simmenthal*, causa C-106/77, punto 20; Corte giust., 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, causa C-5/14, p. 36.

21 R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?* cit., 4093. V. Corte giust. 15 marzo 2012, *Sibillo*, C157/11, punto 31, Corte giust. 7 aprile 2016, *Degano Trasporti*, C546/14, punto 16, Corte giust., 5 luglio 2016, causa C614/14, *Atanas Ognyanov*.

riconosce comunque al giudice comune la possibilità 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*, (enfasi aggiunta) la ritengano contraria al diritto dell'Unione'.

Orbene, è il riferimento al 'per altri profili' che non è dato comprendere appieno, poiché esso non si trae, con certezza, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Se, dunque, la Corte costituzionale si fosse pronunciata sulla compatibilità della norma interna con la Carta UE in via incidentale, il potere di disapplicazione del giudice comune sarebbe riservato alle ipotesi di contrasto della normativa interna con profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale, ovvero risulterebbe pieno?

La questione non è agevolmente intelligibile, sicché l'esigenza di un chiarimento definitivo sul punto da parte della Corte di giustizia appare improcrastinabile, proprio per scongiurare l'idea che la residua non applicazione consentita al giudice comune possa essere ridotta ad ipotesi diverse da quelle fatte oggetto del sindacato incidentale. Ciò che determinerebbe uno svuotamento del ruolo del giudice comune e, a monte, del valore della Carta UE.

Quali le sorti del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione dopo Corte cost. n. 269/2017

In conclusione, a seconda lettura la sentenza n. 269/2017 lascia un senso di insoddisfazione per il punto di partenza dal quale ha preso le mosse, ma non sembra potere ridurre sensibilmente l'ambito del sindacato riservato al giudice comune sulla portata dei diritti fondamentali di matrice UE.

Stupisce, tuttavia, come le questioni nodali che pure tale ultima pronuncia sottende non siano state fin qui raccolte nella loro portata dirimpante all'interno della giurisdizione.

In gioco, in vero, ci sono i diritti fondamentali ed il margine di effettività che agli stessi l'ordinamento interno può (e deve) apprestare. Il che, ben inteso, non vuol dire che i giudici comuni abbiano fatto un uso della Carta Ue sempre accorto, come pure mi è capitato di sostenere altrove, ma non significa nemmeno che il ruolo centrale del giudice comune nel processo di affermazione dei diritti fondamentali, anche e soprattutto quando si innestano in una cornice europea, possa essere appannato o depotenziato a cuor leggero.

Avrà certo la Corte costituzionale riconosciuto il carattere materialmente costituzionale della Carta UE, come ha prontamente sottolineato Antonio Ruggeri. Ma in nome di quale esigenza di effettività delle tutele apprestabili ad un diritto fondamentale si doveva giungere ad un obbligo di preliminarare sindacato di costituzionalità con a base il parametro Carta UE, anestetizzando il sindacato di eventuale disapplicazione – esso risultando fortemente condizionato dall'eventuale giudizio incidentale di costituzionalità – introdotto dalle regole UE come caposaldo di quello stesso sistema, non è dato agevolmente comprendere.

La sfiducia espressa dalla Corte costituzionale nei confronti dei giudici comuni, purtroppo, è palese ed evidente, soprattutto perchè il suo Presidente, non più tardi del 7 aprile 2017, rivolgendosi ai giovani magistrati, non aveva mancato di sottolineare il 'ruolo relevantissimo' del giudice '...giacché egli è diventato il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico, della sua perenne storicità e, pertanto, della sua salutare coerenza al divenire sociale'²².

²² P. Grossi, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, 129.

Un abbandono, quello della sentenza n. 269/2017, dell'idea della centralità fattuale nel processo di affermazione dei diritti che il Presidente Grossi ha a più riprese sottolineato e che, oggi, sembra essere posposto e depotenziato, in nome di un'alternanza/concorrenza fra giudice comune e giudice costituzionale che allontana – anzi, pone agli antipodi – l'idea del diritto come *invenzione* prodotta attraverso l'attività di concretizzazione tarata sul caso da risolvere attraverso l'adattamento della norma al fatto della vita²³. Ciò che desta viepiù preoccupazioni se si guarda ad uno dei destinatari di questa visione – la Corte di Cassazione, per l'appunto – vedendosi in definitiva depotenziato il suo ruolo nomofilattico, al pari di quello ora attribuito alle altre giurisdizioni comuni di ultima istanza.

Orbene, di tutto questo qualcuno, all'interno della Corte costituzionale e fuori, dovrà pur occuparsi, ancorché non si siano registrate reazioni particolarmente preoccupate rispetto al repentino cambio di rotta della sentenza n. 269/2017.

Viene così progressivamente emergendo un ruolo antagonista del giudice costituzionale rispetto a quello comune che il primo intende(rebbe) giocare, gettando sul tavolo da gioco le 'carte' della (maggiore) autorevolezza e della più diffusiva incisività realizzata attraverso l'eventuale caducazione della disposizione interna contrastante (per ora, soltanto) con la Carta di Nizza. Elementi che, in definitiva, potrebbero (*recte*, sembrerebbero volere) accreditare la stessa Corte costituzionale come il 'migliore' giudice nazionale con il quale dialogare a distanza con il giudice di Lussemburgo, anche attraverso il rinvio pregiudiziale. Peccato che questa esigenza di dialogo con Lussemburgo non si sia concretizzata le 101 volte (per stare al saggio di Barbera) – o le 103, al 16 luglio 2017²⁴ – in cui la Corte costituzionale ha fatto menzione della Carta di Nizza-Strasburgo. Questo rammarico, d'altra parte, nemmeno nasconde, come si è visto, l'intenzione della Corte costituzionale di giocare un ruolo rilevante, sul piano dell'interpretazione, anche quando si dovesse manifestare l'esigenza di un rinvio pregiudiziale.

Insomma, un'idea di un rinvio pregiudiziale in parte antagonista – e concorrente, per necessità – rispetto alle modalità utilizzate dal giudice comune nel dialogare con la Corte di Giustizia. Un'idea che, senza mezzi termini, sembra sponsorizzare una visione del dialogante nazionale quale soggetto forte, capace di prese di posizione quando occorre muscolari, ancora una volta innervate da sano patriottismo costituzionale. Ciò che non mancherà, per l'un verso, di sollevare ulteriori dubbi sul versante tecnico in ordine al ruolo del giudice costituzionale di ultima istanza ed all'obbligo che esso dovrebbe o meno avere, nell'architettura dei rapporti fra Corte di giustizia e giudice nazionale²⁵.

Per altro verso, occorrerà capire se e quanto questa prospettiva finirà per incidere sulla sostanza e sul significato del rinvio pregiudiziale stesso.

Attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice comune è stato parte di una 'discussione di diritto eurounitario', senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali, le quali nemmeno possono limitare od opporsi a tale scelta, anche se strutturate in posizione gerarchica superiore rispetto al giudice che intende sollevare il rinvio. L'Avvocato Generale Colomer, nelle Conclusioni presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, aveva giustamente posto l'attenzione sul ruolo centrale dei giudici

23 P. Grossi, *op. ult. cit.*, 125.

24 V. M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

25 V. E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, cit., 314 ss., sui limiti di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia per le autorità giurisdizionali dei vari gradi del medesimo processo.

comuni nello spazio costituzionale europeo, sottolineando quanto la giurisdizione “in quanto potere basato sull’indipendenza, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie” godesse di “una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto” (p. 29). Per questo, proseguiva Colomer “L’autorevolezza dell’ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziaria. Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell’Unione grazie ai giudici nazionali”. Ed era sempre Colomer a sottolineare che “grazie al dialogo tra giudici sono stati definiti, uno ad uno, i tratti genetici del nuovo ordinamento: l’effetto diretto, il primato del diritto comunitario, la responsabilità, l’effettività, l’equivalenza e molti altri principi che articolano il sistema giuridico dell’Unione”.

Or dunque, la Corte costituzionale ha bene inteso il ruolo del rinvio pregiudiziale ed oggi vuole (*recte*, sembra volere) salire sul cavallo della cooperazione fra giudici.

Anche a volere accedere alla scelta della Corte costituzionale, non pare potersi revocare in dubbio che la barra dell’interpretazione del diritto compete, a Costituzione e Trattati UE invariati, al giudice comune, nella sua veste di giudice nazionale di prima istanza dell’Unione Europea. Giudice che incarna, agli occhi della Corte UE, meglio di ogni altro l’autorità statale chiamata a decidere, in qualsiasi momento, se attivare il procedimento di rinvio pregiudiziale.

Questa possibilità di attivazione del rinvio pregiudiziale che la sentenza n. 269/2017 sembra concedere, *ob torto collo*, al giudice comune – e soltanto per cercare di non suscitare prese di posizioni nette del giudice di Lussemburgo – mette comunque sotto scacco la Corte costituzionale essa dovendo sottostare, nel giudizio incidentale, dapprima alla scelta del giudice comune di attivare lo strumento disciplinato dall’art. 267 TFUE e, successivamente, alla pronuncia interpretativa della Corte di giustizia resa sul rinvio pregiudiziale come, del resto, ha dimostrato la sentenza Taricco 2, nella quale la Corte costituzionale ha dovuto, nel pieno delle sue prerogative, sollevare una nuova richiesta di rinvio pregiudiziale per ‘superare’ quella operata dal giudice comune .

Se, dunque, dovesse ventilarsi il dubbio che la sentenza n. 269/2017 abbia inteso definitivamente cancellare il potere-dovere di disapplicazione della norma interna contrastante con la Carta UE autoapplicativa prima che pervenga la pronuncia della Corte costituzionale, sembrerebbe spettare al giudice comune – e soprattutto alla Corte di Cassazione²⁶ – il compito di attivare, anch’essa nel pieno rispetto delle prerogative che le competono, tutti gli strumenti idonei ad offrire elementi di chiarezza sul proprio ruolo rispetto alla protezione dei diritti fondamentali.

Per altro verso, il rapporto fra giudice comune e Corte costituzionale che la sentenza n. 269/2017 ridisegna potrebbe diventare aspro quando il rinvio pregiudiziale attivato in funzione interpretativa della Carta UE dal primo dovesse risultare orientato a giustificare la disapplicazione della disposizione interna al punto da potere, in ipotesi – già per tempo ventilata dalla dottrina che ha commentato a caldo la sentenza n. 269/2017²⁷ – dare luogo ad una disapplicazione con contestuale rinvio alla Corte costituzionale per quanto ad essa di competenza. Ipotesi complicata da strutturare, ma non per una Corte costituzionale capace di esprimere in una ‘precisazione’ un’autentica rivoluzione nei rapporti fra autorità

26 V., volendo, sul ruolo della Corte di Cassazione nel processo di integrazione delle fonti nazionali e sovranazionali, R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in www.consultaonline.it.

27 A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit.

giudiziarie nazionali e sovranazionali del peso di quella contenuta nella sentenza n. 269/2017, in ciò sicuramente in linea con la prospettiva inventiva alla quale si orientano i giudici, caldeggiata a più riprese dal Presidente Grossi.

Ed è proprio sulle sorti del meccanismo della disapplicazione che occorre soltanto una notazione finale, peraltro di non marginale peso.

La conferma della centralità di tale meccanismo era stata, di recente, confermata da Corte cost. n. 111/2017 (rel. Sciarra), pubblicata il 12 maggio 2017, proprio con riferimento alla Carta di Nizza ed ai suoi artt. 21 e 23.

In quella circostanza la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma in tema di pari opportunità fra uomo e donna e di parità di trattamento in ambito lavorativo, non aveva mancato di sottolineare, rispetto agli artt. 21 e 23 CDFUE, che "...il giudice rimettente, ritenendo che la normativa censurata contrasti con l'art. 157 del TFUE, anche alla luce della citata giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto a tale norma efficacia diretta, avrebbe dovuto non applicare le disposizioni in conflitto con il principio di parità di trattamento, previo ricorso, se del caso, al rinvio pregiudiziale, ove ritenuto necessario, al fine di interrogare la medesima Corte di giustizia sulla corretta interpretazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione e, quindi, dirimere eventuali residui dubbi in ordine all'esistenza del conflitto (sentenze n. 226 del 2014, n. 267 del 2013, n. 86 e n. 75 del 2012, n. 227 e n. 28 del 2010, n. 284 del 2007; ordinanze n. 48 del 2017 e n. 207 del 2013). Questo percorso, una volta imboccato, avrebbe reso superflua l'evocazione del contrasto con i parametri costituzionali in sede di incidente di legittimità costituzionale. L'art. 157 del TFUE, direttamente applicabile dal giudice nazionale, lo vincola all'osservanza del diritto europeo, rendendo inapplicabile nel giudizio principale la normativa censurata e, perciò, irrilevanti tutte le questioni sollevate. La non applicazione delle disposizioni di diritto interno, non equiparabile in alcun modo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità delle stesse (sentenza n. 389 del 1989), rientra, in effetti, tra gli obblighi del giudice nazionale, vincolato all'osservanza del diritto dell'Unione europea e alla garanzia dei diritti che lo stesso ha generato, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona". Non paga, la stessa Corte non mancava di precisare che "...la complessità della materia, così come emerge dalle disposizioni censurate e dal quadro normativo in cui esse si inseriscono, avrebbe potuto tanto più indirizzare il giudice rimettente verso la strada del rinvio pregiudiziale, al fine di verificare l'effettiva incompatibilità della normativa interna con il diritto a una effettiva parità di trattamento tra lavoratori uomini e donne". Principi, questi ultimi, che non sembravano in alcun modo vaticinare la rivoluzione copernicana del Dicembre 2017. Ma allora qualcosa non torna! A fronte di una presa di posizione tanto netta e univoca espressa nel maggio 2017 a proposito delle disposizioni autoapplicative della Carta UE ed a distanza di soli sette mesi, sembra che la sentenza n. 269/2017 abbia preso atto di un cambiamento epocale che, a dire il vero, per le considerazioni sopra esposte, non è stato dai più avvertito.

Certo, la Corte costituzionale, nella stessa sentenza n. 269/2017, non manca di chiarire che la 'precisazione' riguarda unicamente la Carta UE e non l'intero diritto eurounitario. Siffatta posizione viene giustificata, oltre che per la natura sostanzialmente costituzionale della Carta, attraverso il richiamo, per l'un verso, ad un'esigenza di certezza del diritto e, per altro verso, al pericolo di aggiramento della Corte costituzionale stessa. Argomenti, questi ultimi, che, a ben considerare, potrebbero essere posti in gioco per qualunque parametro UE, alimentando l'idea di uno svuotamento del meccanismo della disapplicazione e del giudice nazionale comune.

Così facendo, però, in gioco non sembrano essere tanto e solo le sorti del giudice comune, quanto quelle del diritto UE e della Corte di giustizia.

Questa posizione di 'primato' del giudice comune rispetto al rinvio pregiudiziale carica tale strumento di ulteriori significati e valori²⁸.

Tale posizione privilegiata del giudice comune si spiega nel senso che quest'ultimo, più che essere Arlecchino servo di più padroni – mutuando l'espressione usata da Elisabetta Lamarque – è portatore di una giustizia calibrata prima di tutto sul caso portato all'attenzione del giudice naturale dei diritti, capace di dialogare in modo diretto con la Corte di giustizia²⁹.

In tale espressione va marcato il significato estensivo del termine 'servo', che indica colui che con abnegazione e devozione si dedica ad un ideale³⁰.

In questa prospettiva, a me pare che i giudici comuni e più ancora la Corte di Cassazione, insieme alle altre giurisdizioni, abbiano ancora da giocare un ruolo assai rilevante proprio in quell'ottica di raccordo fra i diritti fondamentali protetti dalle Carte dei diritti fondamentali che oggi la Corte costituzionale, neppure tanto velatamente, ha voluto porre in discussione, con una precisazione inaspettata tanto nelle forme quanto nella sostanza, ancorché giustificata in nome di valori supercostituzionali, primo fra tutti il canone della certezza del diritto che non si è, dunque, ritenuto ben salvaguardato e preservato dal giudice comune.

In verità, il giudice comune sa bene di essere tenuto ad un obbligo di fedeltà alla Repubblica, sancito dall'art. 54 Cost.³¹.

Egli si mette al servizio delle domande di giustizia poste al suo vaglio, applicando al caso concreto il diritto, per come esso si sedimenta anche attraverso i principi-cardine della Costituzione e delle altre Carte dei diritti fondamentali, destinati a giocare alla pari per una precisa ed univoca scelta della stessa Costituzione³².

28 V., volendo, R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, in www.cortedicassazione.it.

29 V., *amplius*, sul ruolo giocato dalla Corte di giustizia L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, 2013.

30 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213: "...Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure *di tanti* (enfasi aggiunta) e, come non si ci sono <<padroni>>, così simmetricamente non ci sono <<servi>> del diritto." V., ancora, in modo estremamente incisivo, App.Min. Torino, 15 marzo 21 aprile 1989, in *Giur.it.*, 1989, I, 2 : "...L'indipendenza dei giudici è un valore importantissimo per tutta la collettività. Ciò non significa che il giudice sia autorizzato ad arroccarsi in uno sprezzante isolamento. Anzi, siccome egli ha il compito, difficile e tremendo, di applicare la legge dello Stato, voluta dal Parlamento in funzione del bene collettivo, il giudice deve essere un <<servitore>> del bene collettivo."

31 R. Conti, *Leggendo l'ultimo Lipari*, in www.questionegiustiziaonline.it; id, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2^a, 2015, 240 ss.

32 A. Ruggeri, in molti suoi scritti e, da ultimo, diffusamente, in *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 12 dicembre 2017, n.4/2017.

Quest'obbligo di fedeltà, d'altra parte, non può non considerare la particolarità del ruolo attribuito al giudice comune nel nostro sistema che, ben lungi dall'essere frutto di *arbitrio giudiziario*, ha avuto fino ad oggi tratti plurali ma univoci, rappresentanti dalla disapplicazione – senza mediazione alcuna con la Corte costituzionale – della legge interna contrastante con il diritto eurounitario, dall'interpretazione *costituzionalmente, eurounitariamente e convenzionalmente conforme* e, infine, dalla possibilità di attivare il sindacato costituzionale ipotizzando la non manifesta infondatezza del contrasto con la Costituzione o con le norme convenzionali internazionali.

In conclusione, sul giudice nazionale 'del caso' la Corte di Giustizia ha individuato il punto cardinale dell'azione armonizzatrice del diritto UE nei singoli Stati, affidandogli un arsenale micidiale ma fondamentale, appunto rappresentato dalla c.d. disapplicazione nel singolo caso e, a monte, dall'interpretazione conforme a UE.

Oggi la Corte costituzionale, in definitiva, si ribella a questa prospettiva, in modo assolutamente legittimo per ritornare a giocare un ruolo adeguato al suo rango.

Al giudice comune ed alla Corte di Cassazione serve soltanto sapere qual è la vera posta in gioco, che potrebbe addirittura valicare la vicenda Carta UE per lambire il tema dell'interpretazione³³ – se visto come primo fattore di incertezza nell'applicazione dei diritti fondamentali –.

Sono dunque in gioco la vita stessa del processo di integrazione europea e dei diritti fondamentali? Il 2018 ormai alle porte e gli anni a venire, forse, ci diranno qualcosa in più.

* Consigliere presso la Corte di Cassazione

33 Diffusamente, V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto eurounitario*, in www.europeanrights.eu; id., *L'interpretazione conforme nell'incrocio tra giurisdizioni*, in AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Napoli, 2016, 95 ss.