

DALLA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ AL PARAMETRO DI COSTITUZIONALITÀ: IL NUOVO RUOLO DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE ACCENTRATA NEL CONTESTO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA \*

ANDREA CARDONE \*\*

**Sommario**

1. Una rivoluzione “promessa”. – 2. La “svolta” del 2017: la sentenza n. 269 e le contrastanti reazioni della dottrina. – 3. (segue): la pretesa e rigida inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali e le controindicazioni cui dà luogo: dal ruolo del giudice comune al successivo rinvio per «*altri profili*»; dalla non sanzionabilità dell'ordine agli “eccessi interpretativi” della giurisprudenza; dalla posizione del giudice di ultima istanza all'effettività della tutela. Il seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269. – 4. Le conferme della giurisprudenza costituzionale successiva: la sentenza n. 20 del 2019 e l'estensione del nuovo regime al contrasto con il diritto derivato; la sentenza n. 63 del 2019 e l'ipotesi del rinvio pregiudiziale «*anche dopo*» il giudizio di costituzionalità. – 5. Come gestire l'ordine delle questioni? Il grado di vincolatività degli obblighi derivanti dal diritto UE e lo spazio residuo per il rinvio pregiudiziale dopo l'eventuale declaratoria d'incostituzionalità della norma interna. – 6. L'integrazione del parametro di legittimità costituzionale nel giudizio a doppia pregiudizialità: il “parametro misto” e la “massimizzazione della minor tutela”. – 7. Controlimiti, identità costituzionale e integrazione europea: la giustizia costituzionale accentrata come principio supremo e la trasfigurazione nomofilattica del suo ruolo.

**Abstract**

*The essay moves from the interpretation of the most recent constitutional jurisprudence on the so-called mechanism of “doppia pregiudizialità” (that is the contemporaneous raise of a constitutionality’s question and a request for a preliminary ruling by the EU Court of Justice). Therefore, it proposes an overall reconstruction of the significance grounds subtending the Italian model of judicial review in the context of the European constitutional integration.*

*In particular, the essay deals with the Italian Constitutional Court case law starting from ruling no. 269 of 2017 and criticizes the major legal literature, according to which a reversal of the order of preliminary rulings would have been determine. In the Author’s opinion, this case law identifies a “mere” removal of the pre-existing obligation, for the common judge, to ask a preliminary reference procedure to the EU Court of Justice. Consequently, the proposed reflection analyzes how the order of questions and the constitutional parameter should be reconstructed in the cases of “doppia pregiudizialità”.*

*In the final paragraphs, the author presents an overall interpretation of the role and meaning of the Italian tradition of centralized judicial review. This phenomenon is analyzed referring to the doctrine of “Counter-Limits”, the need to safeguard the constitutional identity of the Member States and, more generally, to the phenomenon of European integration. The centralized system of judicial review represents, in the author’s opinion, a supreme principle of the constitutional order, which nowadays finds its justification in the nomophylactic “transfiguration” of the role of the Constitutional Court.*

**Suggerimento di citazione**

A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente saggio è destinato agli Scritti in onore del Prof. Pasquale Costanzo.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: [andrea.cardone@unifi.it](mailto:andrea.cardone@unifi.it)

### 1. Una rivoluzione “promessa”

La sentenza n. 269 del 2017 è stata interpretata dalla dottrina maggioritaria come “rivoluzionaria”<sup>1</sup>, poiché avrebbe riconosciuto la precedenza della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando il giudice comune si trova ad applicare un atto normativo interno che sembra ledere diritti garantiti tanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che dalla Costituzione<sup>2</sup>. Da ciò deriverebbe un nuovo ruolo della giustizia costituzionale nell’economia delle forme di tutela giurisdizionale, così come anche una nuova perimetrazione dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo nell’ambito del c.d. “costituzionalismo multilivello”<sup>3</sup>. Salvo quanto si dirà meglio di qui a poco<sup>4</sup>, per apprezzare la rilevanza del tema basterà osservare che, secondo una parte della dottrina, per effetto di questa giurisprudenza, il diritto dell’Unione non soggiacerebbe più soltanto ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale, ma a tutta la Costituzione cosiddetta “dei diritti” e, in definitiva, alla Costituzione tutta<sup>5</sup>, atteso che la distinzione tra parte sui diritti e parte organizzativa appare manichea e

<sup>1</sup> Parla della «più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza n. 170 del 1984» G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25.01.2018, p. 1. Analogamente, R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 22 discorre di una «svolta rispetto al sistema precedente».

<sup>2</sup> In via del tutto preliminare, e salvo quanto si dirà appresso, cfr., con varietà di sfumature, G. SCACCIA, *op. e loc. ult. cit.*; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18.12.2017, p. 2; R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista Diritti comparati*, 2018, p. 281; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentratato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1.02.2018, p. 4; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*, 24.01.2018, p. 2; R. MASTROIANNI, *op. e loc. ult. cit.*; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2955; ID., *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 2.

<sup>3</sup> Nella arcinota accezione di I.E.A. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36 (1999), pp. 703 e ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, pp. 511 e ss.

<sup>4</sup> Vedi *infra*, § 2.

<sup>5</sup> Segnala G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 7, che, attraverso la priorità accordata alla questione di costituzionalità, «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*».

conosce comunque un confine piuttosto labile. Non meraviglia, quindi, che la dottrina si sia anche chiesta se l'assetto derivante da questo nuovo corso giurisprudenziale corrisponda ad una razionale strutturazione dei rapporti tra diritto interno e diritto UE nella prospettiva dell'integrazione costituzionale europea<sup>6</sup>.

L'idea che si intende indagare in questa sede è, invece, che quella inaugurata con la decisione n. 269 del 2017 sia, per così dire, una rivoluzione ancora solo "promessa", perché mancante di due elementi indefettibili per poter realizzare l'ormai non più dilazionabile revisione del "posto" del giudizio incidentale nel circuito della tutela multilivello dei diritti fondamentali, ovvero, da un lato, l'adozione di un nuovo criterio per stabilire l'ordine di promoviamento delle questioni pregiudiziali (essendosi la recente giurisprudenza della Corte – come si avrà modo di sostenere – limitata a rimuovere l'obbligo del previo rinvio pregiudiziale), dall'altro, la definizione di un nuovo meccanismo di integrazione del parametro di costituzionalità delle norme interne confliggenti allo stesso tempo con il diritto costituzionale interno e con quello dell'UE.

Come noto, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, la "questione" della doppia pregiudizialità è stata risolta nel senso della priorità della pregiudiziale comunitaria secondo la premessa teorica rappresentata dal peculiare schema dualistico dei due ordinamenti separati, "ancorché coordinati": premessa funzionale alla garanzia della primazia e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione. Come altrettanto noto, infatti, secondo tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, dinanzi a norme interne che si ponessero in contrasto con regole di diritto dell'UE dotate di effetto diretto il giudice comune doveva negare applicazione alle norme interne e, in caso di dubbio, sollevare rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, salvo il caso che la norma UE (quale che fosse la sua natura e il suo effetto) si ponesse in contrasto con i c.d. "controlimiti". Dinanzi a norme con effetti diretti, dunque, eccettuata questa ultima ipotesi, per la questione di costituzionalità restava spazio, eventualmente, solo all'esito del giudizio della Corte di giustizia. In questo senso si poteva ben dire che si trattasse di una vera e propria scansione dell'ordine delle questioni pregiudiziali.

<sup>6</sup> In senso molto critico, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 260, secondo il quale con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte ha affermato la superiorità gerarchica della Costituzione sulla Carta UE, il che «equivale a ritenere la carta dei diritti [sia] *priva di valore prescrittivo immediato* nei confronti dei giudici comuni (e dell'amministrazione) ma, altresì, serve ad attribuirne *alla Corte costituzionale stessa l'interpretazione e l'applicazione*», per cui «in fondo, con i *gemelli diversi* nati dalle sentt. nn. 269/2017 e 20/2019, il diritto dei principi europei rischia di essere *degradato al rango delle norme internazionali pattizie*: superiori alla legislazione ordinaria, ma soggette a *tutte* le disposizioni della costituzione e non solo ai *controlimiti*».

Ciò che interessa mettere in evidenza in sede introduttiva – e ne vale la pena perché sarà utile più avanti rilevare che il contesto risulta oggi profondamente cambiato – è che tale posizione giurisprudenziale sulla doppia pregiudizialità si doveva leggere anche alla luce dell’orientamento secondo il quale la Corte costituzionale italiana, forse anche allo scopo di evitare di soggiacere essa stessa ai *dicta* della Corte di giustizia<sup>7</sup>, non si considerava giudice di ultima istanza, in quanto tale soggetto all’obbligo del rinvio pregiudiziale, e riusciva a mantenere, così, “l’ultima parola” nelle vicende passate attraverso la pregiudizialità europea. Infatti, come è stato evidenziato in dottrina, escludendo un proprio rapporto diretto con i Giudici di Lussemburgo, la Corte costituzionale non poteva che rimettere al giudice comune la questione di compatibilità (allora) comunitaria, giungendo financo a forzare il giudice non di ultima istanza a sollevare il rinvio pregiudiziale sotto la scure di una pronuncia di inammissibilità<sup>8</sup>.

Non è, quindi, un caso che la Corte costituzionale abbia dapprima superato tale orientamento, sollevando essa stessa rinvii pregiudiziali alla Corte di

<sup>7</sup> Posizione quella della Corte costituzionale criticata da una parte della dottrina perché contraria agli orientamenti della Corte di giustizia in punto di “giurisdizione nazionale”: cfr. E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1996, pp. 452 e ss. e A. ADINOLFI, *Una «rivoluzione silenziosa»: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, *ivi*, 2013, pp. 1250 e ss. *Ex multis*, hanno sottolineato che la scelta della Corte sul punto non era sorretta da ragioni tecnico-giuridiche, bensì da una motivazione «politica», dettata dalla preoccupazione di ritagliare per sé un ambito di «autonomia ermeneutica» rispetto a quello sempre più invasivo della Corte di giustizia, S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato Ce, tra (ingiustificato) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 352 e R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 244, i quali discorrono di «esigenza, tutta politico-istituzionale, di non appiattirsi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia». Un *overruling* sul punto era stato auspicato in dottrina, con differenti accenti, anche da V. ONIDA, “*Armonia tra diversi*” e *problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 554; M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l’isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, D. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 201 e ss. *Contra*, G. ZAGREBELSKY, *Intervento introduttivo alla seduta su «Corti europee e Corti nazionali»*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l’Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea*. Atti del Seminario, Roma, Facoltà di Giurisprudenza della LUISS, Milano, Giuffrè, 2002, p. 536, il quale ha sostenuto che il rifiuto della Corte di considerarsi giurisdizione ai fini del rinvio pregiudiziale fosse manifestazione della necessità di difendere l’autonomia dell’istituzione in quanto tale.

<sup>8</sup> Cfr., per tutti M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 1997, p. 224 e, più di recente, A. ADINOLFI, *op. e loc. ult. cit.*; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 13.

giustizia e, soltanto dopo, con le decisioni in commento, abbia rimosso l'obbligo di disapplicazione gravante sul giudice comune dinanzi a norme interne confliggenti con i diritti previsti dalla Costituzione e dalla Carta UE<sup>9</sup>. Una volta aperto il canale del “dialogo diretto” con la Corte di giustizia, infatti, i motivi per affermare la priorità della questione eurounitaria erano certamente destinati ad apparire meno pressanti che in passato. La sentenza n. 269 del 2017 è, del resto, “figlia” di una giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente contrastato la marginalizzazione del proprio ruolo nella tutela dei diritti<sup>10</sup> attraverso una serie di orientamenti, di cui si dirà appresso<sup>11</sup>, tra cui l'attenuazione dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici comuni<sup>12</sup>, la precisazione degli effetti delle decisioni convenzionali nell'ordinamento nazionale<sup>13</sup> e, per l'appunto, l'attivazione del rinvio pregiudiziale da parte della stessa Corte costituzionale<sup>14</sup>.

È in questo quadro che si deve riflettere sulla posizione espressa dalla dottrina maggioritaria in commento ai più recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità, ovvero che la sentenza n. 269 del 2017 abbia introdotto un obbligo a carico del giudice comune di sollevare la questione di costituzionalità, in via prioritaria rispetto al rinvio pregiudiziale, quando l'atto legislativo interno intervenuto in ambito europeo sia al tempo stesso in contrasto con i diritti della Costituzione e con quelli della Carta UE.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale – anche successiva al 2017 – e delle posizioni emerse in dottrina non può, dunque, che essere il punto di partenza per provare a capire se davvero la Corte costituzionale abbia inteso scardinare l'ordine delle questioni pregiudiziali, capovolgendolo, e su questa base inaugurare un nuovo regime di rapporti con l'ordinamento UE, oppure abbia, più limitatamente, voluto rimuovere la precedente scansione processuale delle pregiudiziali, senza dare indicazioni né sul nuovo ordine delle medesime, né sul parametro di costituzionalità nei giudizi in cui si discute della

<sup>9</sup> In tal senso anche R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In dialogo con il Ruggierpensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, in *ConsultaOnLine*, 2019, p. 649. Evidenzia questo aspetto anche R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, p. 6; C. AMALFITANO, *ult. cit.*, pp. 2 e 13, secondo la quale le premesse del “cambiamento” della sentenza n. 269 del 2017 «si trovano nel *revirement* della Consulta quanto al suo riconoscersi “organo giurisdizionale nazionale” ai sensi dell'art. 267 TFUE, operato, come noto, con riguardo ai giudizi di legittimità in via incidentale con l'ordinanza n. 207/2013».

<sup>10</sup> Evidenziata con allarme, tra i primi, da A. RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione a una teoria giuridica della funzione “giurisprudenziale” conseguenziale)*, in *Giur. cost.*, 1985, pp. 355 e ss.; N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 853 e ss.; A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Esì, 1990, pp. 257 e ss.

<sup>11</sup> Vedi *infra*, § 2.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 221, 262 del 2015; 45, 95, 204 del 2016; 42 del 2017.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

<sup>14</sup> Corte cost., sentt. nn. 102, 103 del 2008; 207 del 2013; 24 del 2017.

conformità a Costituzione dell'atto legislativo interno contrastante con la Carta UE, oltre che con la Costituzione repubblicana.

Poiché non si è fatto mistero di propendere per questa seconda ricostruzione, si può anticipare che, ove essa risultasse ragionevolmente sostenibile, le due questioni sopra evidenziate saranno comunque affrontate per delineare quali dovrebbero essere, nell'opinione di chi scrive, gli sviluppi della giurisprudenza degli anni 2017-9. Allo stesso modo, infine, non ci si sottrarrà da una più ampia riflessione che indaghi, per un verso, la razionalità complessiva del modello che potrebbe derivare dall'implementazione della giurisprudenza nel senso proposto, per l'altro, il significato ultimo e più profondo della trasformazione che sta interessando il sindacato incidentale nel quadro dell'integrazione costituzionale europea.

## **2. La “svolta” del 2017: la sentenza n. 269 e le contrastanti reazioni della dottrina**

Nella sentenza n. 269 del 2017 la Corte viene investita della questione di legittimità costituzionale della norma che prevede, al fine di assicurare il funzionamento dell'AGCM, l'applicazione di contributi a carico dei soli imprenditori con fatturato superiore a 50 milioni di euro.

Secondo il giudice *a quo*, tale disposizione si poneva in contrasto con gli artt. 3 e 53, primo e secondo comma, Cost., in relazione ai principi di eguaglianza e capacità contributiva, sotto una pluralità di profili: per un verso, escludeva dall'obbligo di contribuzione i consumatori, le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici diversi dagli imprenditori; per l'altro, assoggettava ad esso solo gli imprenditori con volume d'affari superiore alla detta soglia, ponendo come base imponibile una grandezza, come il fatturato, da considerarsi inespressiva di capacità contributiva, e prevedendo un limite massimo alla misura del contributo, di fatto determinante una imposizione regressiva a beneficio delle imprese di maggiori dimensioni, in violazione del principio di progressività dell'imposta.

Nell'ordinanza di rimessione la Commissione tributaria provinciale di Roma affermava espressamente di dover invertire l'ordine di esame delle questioni eccepite dal ricorrente, il quale aveva, invece, chiesto di non applicare la disposizione per contrasto con la normativa dell'Unione europea in materia. Il giudice rimettente decideva, dunque, di sollevare previamente questione di costituzionalità, «stimando più aderente al sistema giuridico complessivo scrutinare prioritariamente la conformità della disciplina ai principi costituzionali interni»<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5 del *Considerato in diritto*.

La Corte costituzionale ritiene necessaria «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, specie se tale contrasto sia oggetto di una specifica richiesta della parte ricorrente»<sup>16</sup>. Al riguardo la sentenza affronta il tema del rapporto tra norma UE provvista di effetti diretti e diritto interno cercando di collocarlo nel solco della tradizionale ricostruzione giurisprudenziale dei rapporti tra ordinamenti interno ed europeo e ribadisce che la valutazione del contrasto del primo con il secondo spetta al giudice *a quo*, pena l'inammissibilità della questione di costituzionalità per difetto di rilevanza, per non avere il rimettente negato applicazione alla norma interna incompatibile.

Fatta questa premessa, si apre il lungo e discussissimo *obiter* nel quale i Giudici costituzionali affermano che un ragionamento diverso deve essere svolto per la Carta dei diritti dell'Unione, che è «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»<sup>17</sup>: motivo per cui può accadere che i diritti da essa enunciati sovrappongano il proprio ambito prescrittivo a quello dei principi e dei diritti garantiti dalla Costituzione italiana. E, com'è noto, proprio per l'ipotesi in cui 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 in ambito di rilevanza comunitaria, la Corte afferma che deve «essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»<sup>18</sup>.

Secondo la sentenza, infatti, le violazioni dei diritti della persona «postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale», per cui la Corte giudicherà «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei, secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Secondo R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, p. 32, da questo passaggio non sarebbe chiaro a chi spetti effettuare il rinvio pregiudiziale, se al giudice comune o alla Corte costituzionale.

<sup>19</sup> *Ibidem*, cui si riferisce anche il virgolettato che precede. Note critiche avverso tale affermazione sono espresse da E. CANNIZZARO, *I valori costituzionali oltre lo Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 26, per il quale l'intervento della Corte costituzionale così «assume un ruolo preventivo, teso ad affermare una interpretazione *verfassungskonforme* delle norme della Carta dei diritti nazionali, modellandone il contenuto secondo i canoni interpretativi e le esigenze proprie di un ordine

A ben vedere, dunque, la Corte costituzionale afferma la necessità del proprio intervento nei casi di doppia pregiudizialità involgenti diritti fondamentali, ma non statuisce espressamente il previo carattere della questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale, che, al contrario, «resta comunque salvo». E ciò anche perché la questione sollevata dal giudice rimettente, come si comprende alla luce della sintetica ricostruzione operata in apertura del paragrafo, non riguardava la violazione di diritti fondamentali previsti dalla Carta UE, ma il contrasto con norme dei Trattati aventi effetti diretti, concernenti la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, con la conseguenza che il rimettente, proprio in forza della ricordata premessa operata dalla sentenza, aveva l'onere di valutare l'eventuale applicabilità del diritto interno e, non avendolo assolto, è andato incontro alla dichiarazione di inammissibilità della questione per difetto di motivazione sulla rilevanza<sup>20</sup>.

Come noto, copiosa e autorevole dottrina ha espresso note critiche all'indirizzo della sentenza, proprio in relazione all'inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali che essa avrebbe determinato. E ciò, essenzialmente, perché, dinanzi alla Carta UE, non rilevarebbe più il carattere strutturale delle norme, se dotate o meno di effetto diretto, ed a prevalere sarebbe «un criterio assiologico-sostanziale, che attiene alla capacità delle norme d'incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento»<sup>21</sup>. Secondo la dottrina in questione, la Corte non giustifica la prevalenza di tale criterio assiologico, ovvero non spiega quale sia il «metacriterio» sotteso a tale prevalenza, e, soprattutto, «perché mai non possa lo stesso giudice comune – ricorrendone le condizioni – farsi interprete e garante diretto del primato delle norme in grado eminente espressive di valore»<sup>22</sup>.

costituzionale nazionale, e condizionando in maniera impropria le politiche interpretative della Corte di giustizia».

<sup>20</sup> Inammissibilità che, invece, non ha colpito la questione sollevata con altra ordinanza di rimessione (ord. n. 51 del 2017, su cui cfr. il punto 5.4 del *Considerato in diritto*), nella quale la Commissione tributaria provinciale di Roma aveva, secondo la Corte, correttamente valutato in via preliminare l'applicabilità delle disposizioni oggetto di censura per supposto contrasto con la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e con la libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE), escludendo qualsiasi contrasto con i Trattati.

<sup>21</sup> 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 *Rivista Diritti comparati*, 2017, p. 239. In tal senso anche R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*, cit., p. 649. Lo evidenzia anche C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 15. Anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi*, 2019, p. 17, sottolinea il superamento del criterio strutturale in favore del contenuto assiologico della norma.

<sup>22</sup> Cfr. A. RUGGERI, *ult. cit.*, p. 240, cui si riferiscono anche i virgolettati che precedono.

La principale critica che viene mossa alla decisione riposa, quindi, sul rilievo che la Corte costituzionale non avrebbe spiegato il fondamento normativo della nuova ricostruzione<sup>23</sup>, che nega alla norma del catalogo fondamentale europeo la possibilità di produrre effetti diretti nell'ordinamento italiano, «escludendo così in radice il controllo diffuso da parte del giudice comune della conformità comunitaria di una legge ad un diritto riconosciuto dalla Carta»<sup>24</sup>. In proposito è stato, inoltre, osservato che negare alle norme della Carta UE il carattere *self-executing* sia contrario alla distinzione, contenuta nell'art. 51 della stessa Carta, tra disposizioni che contengono “diritti” e norme che recano “principi”<sup>25</sup>.

A chi scrive pare di poter dire che l'asprezza delle critiche in questione può essere in parte mitigata dall'osservazione che la decisione non omette, in realtà, di esplicitare le ragioni dell'affermazione del sindacato accentrato nei confronti delle norme interne in contrasto con i diritti della Carta che intervengono su materia già normata dalla Costituzione italiana. Esse, infatti, sono individuate, da un lato, nell'esigenza di certezza del diritto e, quindi, nella necessaria strumentalità di una declaratoria *erga omnes* dinanzi alla violazione di diritti fondamentali, che postulano l'opportunità di preservare il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi<sup>26</sup>, dall'altro, nella necessità di definire le «tradizioni costituzionali» con le quali la Carta Ue deve essere armonizzata in sede interpretativa<sup>27</sup>. In tal senso una parte della dottrina ha letto nella sen-

<sup>23</sup> R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., p. 25. In tal senso anche G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., p. 5.

<sup>24</sup> R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, p. 26.

<sup>25</sup> È stato anche evidenziato che le affermazioni della sentenza n. 269 del 2017 sarebbero in contrasto con la sentenza n. 111 dello stesso anno, che aveva negato di poter ravvisare una sovrapposizione tra Carta UE e Costituzione, e con la precedente sentenza n. 56 del 2015, in cui la Corte costituzionale aveva escluso di potere intervenire sulla violazione dell'art. 41 Carta, perché non indicato dal giudice remittente: così R. CONTI, *ult. cit.*, p. 287. Ritiene, invece, che il criterio della distinzione tra “diritti” e “principi” contenuti nella Carta non sia risolutivo, «sia perché quella tra diritti e principi resta una distinzione estremamente labile, sia perché il compito di riferire le clausole della Carta all'una o all'altra categoria non può che spettare in ultima istanza alla Corte di giustizia, sia da ultimo perché la categoria dei principi è segnata da una evidente minorità quanto al suo trattamento giurisdizionale anche a livello nazionale, come è dimostrato dal loro più limitato ambito di efficacia e applicazione», G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., p. 2960.

<sup>26</sup> Secondo M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in DPCE, 2019, p. 748; ID., *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 12, questo è «l'argomento più forte» addotto dalla Corte costituzionale. In tal senso anche N. LUPO, *ult. cit.*, p. 12, secondo il quale «è chiaro infatti che, ove bastasse l'invocazione della violazione, da parte di un atto legislativo, di un diritto fondamentale riconosciuto nella Carta dei diritti dell'Unione europea per escludere ogni competenza della Corte costituzionale, quest'ultima vedrebbe ridotto al lumicino il ruolo di garante della conformità delle leggi e degli atti aventi forza di legge alla carta costituzionale che le è espressamente attribuito dall'art. 134 Cost.».

<sup>27</sup> Sul punto cfr. G. SCACCIA, *op. e loc. ult. cit.*; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in

tenza l'intento della Corte costituzionale «di riacquistare e di mantenere il suo ruolo di effettivo custode dei “controlimiti” e cioè dell'identità costituzionale italiana nei confronti di indebite intromissioni da parte dell'ordinamento europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia»<sup>28</sup>.

Al riguardo si deve aggiungere che la Carta UE non mira a stabilire standard uniformi di tutela dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri, per cui «l'esigenza di immediata e incondizionata applicazione del diritto Ue non si pone e dunque la dottrina *Granital* non è strettamente rilevante»<sup>29</sup> quando vengono in considerazione i diritti sanciti dalla Carta. Inoltre, come condivisibilmente rilevato, l'accentramento del sindacato in capo alla Corte è, altresì, volto a «scongiurare il rischio che la tutela di alcuni diritti fondamentali [...] possa svilupparsi in modo frammentario e squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e per assicurare che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento sia di segno positivo e garantisca un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»<sup>30</sup>.

Altra critica che appare ingenerosa è quella proposta dalla dottrina che ha evidenziato come non sia chiaro se il prioritario intervento della Corte costituzionale possa estendersi ai casi in cui la coincidenza operi tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che non sono inseriti nella Carta, ad esempio perché rilevati dalla Corte di giustizia in base al meccanismo del ri-

*Forum di Quaderni costituzionali*, 28.02.2018, pp. 5 e 6, secondo la quale l'orientamento della Corte costituzionale presuppone che siano «ricondotti all'identità costituzionale italiana sia i diritti fondamentali, sia la strutturazione della loro complessiva garanzia». M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., p. 750, saluta con favore la rivendicazione della Corte costituzionale di dar voce alle tradizioni costituzionali comuni poiché nel nostro ordinamento solo la Consulta «si pronuncia definitivamente sui controlimiti e, perciò, può attendersi un particolare livello di attenzione da parte della Corte di giustizia. La prima parola è sempre importante, ma ha un peso speciale quando chi la proferisce ha (perlomeno in un certo senso ed entro certi limiti) anche l'ultima». Similmente anche N. LUPO, *ult. cit.*, p. 25, secondo il quale «che (anche) la Corte costituzionale contribuisca esplicitamente e attivamente alla definizione (e alla difesa, ove necessario) dell'identità costituzionale italiana e alla costruzione (e alla tutela, per la parte di sua competenza) delle tradizioni costituzionali comuni mi pare, comunque la si guardi, una bella notizia».

<sup>28</sup> A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, p. 1, la quale ricorda che lo stesso intento era sotteso anche alla ordinanza n. 24 del 2017 sul caso *Taricco*. Cfr. anche M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., p. 18, il quale definisce la Corte costituzionale come «massimo custode della tradizione costituzionale nazionale, che lo abilita (a fare valere i controlimiti e quindi) a rivolgersi con speciale autorevolezza ai colleghi europei». In senso critico, invece, cfr. E. CANNIZZARO, *ult. cit.*, p. 23, secondo il quale «il ritorno al nazionalismo giuridico nella giurisprudenza costituzionale ha trovato il proprio apogeo nella recente sentenza n. 269 del 2017».

<sup>29</sup> Così A. GUAZZAROTTI, *ult. cit.*, p. 3. In tal senso cfr. anche G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 10; G. REPETTO, *ult. cit.*, p. 2958; C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *ConsultaOnLine*, 2018, p. 389.

<sup>30</sup> Cfr. L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18.12.2017, p. 6.

corso ai principi generali del diritto, e, ancora, se il meccanismo della diretta disapplicazione possa continuare ad operare nelle ipotesi in cui l'antinomia emerga tra legge interna e norme della Carta che non trovano corrispondenza in norme costituzionali<sup>31</sup>. Come si è provato ad evidenziare, la Corte costituzionale afferma la necessità del sindacato accentrato quando è in gioco la costituzionalità di una disciplina che regola diritti fondamentali, per cui l'applicazione di tale discriminazione dovrebbe rendere chiaro come irrilevante vada considerata la circostanza che il diritto in gioco sia espressione di un principio generale del diritto UE e non sia previsto nella Carta: la questione è, infatti, comunque materialmente costituzionale, tanto più se consideriamo che la Carta UE è nata proprio per dare effettività e certezza a quei principi generali enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e per lungo tempo rimasti senza un espresso fondamento normativo<sup>32</sup>. Rispetto alla seconda critica pare, invece, di poter dire che, se un diritto previsto nella Carta UE non trovasse tutela omologa nella Costituzione italiana, non si porrebbe a rigore un problema di sovrapposizione di discipline materialmente costituzionali, per cui l'*obiter* della sentenza n. 269 non dovrebbe pacificamente trovare applicazione e la via segnata per il giudice comune, in caso di dubbi ermeneutici o di validità, dovrebbe essere l'immediato rinvio pregiudiziale.

Non è, poi, mancato in dottrina chi, ponendosi all'estremo opposto rispetto alla critica di cui si è detto, ha evidenziato la portata chiarificatrice della sentenza, che avrebbe dettato al giudice comune «una cornice di regole utili» per orientarsi dinnanzi «all'intrico delle normative sui diritti della persona derivanti da fonti diverse che gravano nello spazio europeo»<sup>33</sup>, riconducendo «sotto l'ombrello della giurisdizione costituzionale la garanzia dei diritti inalienabili della persona»<sup>34</sup>.

Occorre certamente considerare che l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in questa controversa decisione non è valutabile se non

<sup>31</sup> Entrambe le questioni sono sollevate da R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, p. 31.

<sup>32</sup> Non dissimilmente, M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., p. 740 ritiene che il criterio assiologico-sostanziale dovrebbe ricomprendere anche il caso dei principi generali e delle norme dei trattati corrispondenti, per contenuto e struttura, alle norme della Carta di Nizza e della Costituzione.

<sup>33</sup> A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, p. 5.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Così anche M. MASSA, *Dopo la «precisione»*, cit., p. 12, il quale attribuisce alla sentenza n. 269 del 2017 una «funzione eminentemente difensiva: serve a consentire l'immediato coinvolgimento della Corte stessa nella giurisdizione sui diritti fondamentali con rilevanza interna ed europea, garantendo al contempo che esso non sia lasciato a scelte caso per caso dei giudici comuni». E. MALFATTI, *I «livelli» di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 302, nella medesima prospettiva, parla della priorità della pregiudiziale di costituzionalità come di un'«operazione strategica» della Corte costituzionale «nel segno di una riacquisita centralità nel sistema complessivo delle relazioni interne e interordinamentali».

all'interno del contesto in cui si inserisce<sup>35</sup>: si consideri, in particolare, la tendenza emersa nella giurisprudenza ordinaria, amministrativa e tributaria all'applicazione diretta della Carta UE<sup>36</sup> e alla non applicazione di norme interne confliggenti<sup>37</sup>, «anche quando ciò non era neppure possibile, finanche oltre i casi di “attuazione del diritto dell’Unione”»<sup>38</sup>. Si è parlato a tal proposito di un «effetto di “traboccamento” della Carta, un vero e proprio *spill-over* della stessa»<sup>39</sup>, che non si può escludere abbia avuto un peso rispetto alle affermazioni a difesa del sindacato accentrato contenute nella sentenza n. 269 del 2017. Il destinatario di questa decisione è, infatti, da individuare primariamente nel giudice comune nazionale, che la Corte costituzionale ha voluto ammonire «circa l'impossibilità di ricorrere al sindacato diffuso di costituzio-

<sup>35</sup> In tal senso cfr. L. SALVATO, *ult. cit.*, p. 5 e M. MASSA, *ult. cit.*, pp. 10 e ss., il quale parla di una «stagione di attivismo» della Corte costituzionale come dimostrerebbero una serie di orientamenti, tra cui le posizioni assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, come interpretato dalla Corte dell'Aja, nonché nei confronti della CEDU e della stessa interpretazione della CDFUE offerta dalla Corte di giustizia, il parziale allentamento dell'onere di interpretazione conforme, le novità in tema di incidentalità e di effetti nel tempo delle decisioni, una maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità e una rimeditazione della dottrina delle rime obbligate. Cfr. anche S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 644, che inquadra questo orientamento anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul sistema CEDU.

<sup>36</sup> Sottolineano criticamente questa tendenza A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017; L. SALVATO, *ult. cit.*, p. 2. *Contra* cfr. R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28.12.2017, p. 4 che parla di «piena consapevolezza della Corte di Cassazione circa i limiti ed i confini della Carta UE» e G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., p. 4, secondo cui «la sempre maggiore propensione dei giudici comuni – di merito e, soprattutto, di legittimità – a dare diretta applicazione ai diritti della Carta ha indubbiamente operato come fattore di accelerazione della scelta della Corte costituzionale di trovare un nuovo equilibrio con essi e con la Corte di giustizia quanto all'applicazione, in particolare, dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale».

<sup>37</sup> Come evidenzia anche G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, p. 3.

<sup>38</sup> L. SALVATO, *op. e loc. ult. cit.* Segnalano questo aspetto anche G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., p. 5 e, in termini critici, A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, p. 6. Cfr. G. REPETTO, G. MARTINICO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 742, i quali vedono nella sentenza n. 269 del 2017 «a reaction to the risks of the non-correct application (both in terms of scope and content) of the Charter, on the one hand, and as a consequence of the progressive constitutionalisation of EU law, on the other, that has introduced norms that in a way mirrors the contents of certain domestic constitutional norms».

<sup>39</sup> A. BARBERA, *ult. cit.*, p. 4. Ancor prima V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in AA. VV., *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 47 e ss., 67 e ss., rilevava come si dovesse “reagire” al sempre più dilagante controllo diffuso di costituzionalità in riferimento a norme interne contrastanti con i principi generali di diritto dell'Unione che tutelano diritti fondamentali.

nalità con effetti disapplicativi operato per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell'UE»<sup>40</sup>.

Sembra, dunque, di poter concordare con quella parte della dottrina secondo cui tra le cause di questo orientamento vi sarebbero proprio «il declino della incidentalità»<sup>41</sup> e la «progressiva estraneazione della Corte costituzionale dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali»<sup>42</sup>, cagionati dal ricorso talvolta forzato all'interpretazione conforme<sup>43</sup>, dall'applicazione diretta di norme europee prive di effetto diretto, dalla «sempre più accentuata propensione del giudice nazionale a dialogare» con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>44</sup>, dalla «crescente penetrazione del diritto europeo

<sup>40</sup> Così, condivisibilmente, A. GUAZZAROTTI, *ult. cit.*, p. 1. In tal senso anche D. TEGA, *op. e loc. ult. cit.*, secondo la quale la sentenza n. 269 del 2017 è «un chiaro richiamo all'ordine per i giudici comuni: quando sul tavolo ci sono diritti costituzionali, e non classiche libertà economiche del diritto UE, è opportuno rivolgersi, in primo luogo, al giudice costituzionale». In tal senso cfr. anche G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., p. 2964, secondo cui «sembra difficilmente contestabile [infatti,] che l'intento che ha mosso la Corte sia quello di contrastare prassi disapplicative poco vigilate che, usando il tramite (e talvolta il pretesto) della Carta dei diritti, creano quella fuga dal giudizio incidentale che in questa sentenza (oltre che da tempo nella dottrina) viene duramente stigmatizzata». In tal senso anche S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, p. 9.

<sup>41</sup> Così G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 4.

<sup>42</sup> *Ibidem*. In tal senso cfr. anche A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 5. Lo evidenziano anche S. CATALANO, *ult. cit.*, p. 7; A. GUAZZAROTTI, *Logica competenza dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *DPCE*, 2019, p. 807; A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, *ivi*, 2019, p. 868; E. MALFATTI, *ult. cit.*, p. 300, la quale parla di un «consistente svuotamento della giustizia costituzionale per il canale del giudizio sulla legge»; C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 4, la quale osserva come la stessa Corte costituzionale si sia autoesclusa dal dialogo diretto con la Corte di giustizia e ciò abbia minato la sua centralità nel circuito giudiziario di tutela dei diritti.

<sup>43</sup> Avverso tale uso improprio cfr. in dottrina M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi*, 2007; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, Giuffrè, 2016; 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*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 3 e ss.

<sup>44</sup> G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 5, cui si riferisce il virgolettato nel testo. Profilo messo in luce anche da D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali*, cit., p. 3 e da A. COSENTINO, *ult. cit.*, p. 3 e da R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, p. 6. A. MANGIA, *ult. cit.*, p. 872, afferma al riguardo che «il rinvio ha preso a essere impiegato come uno strumento per provocare una espansione intenzionale dei confini del diritto dell'Unione attraverso l'impiego della Carta di Nizza come uno sorta di contro-costituzione». Aggiunge, con affermazione certamente da condividere, R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po')*, cit., p. 648 che «il rinvio è stato ed è utilizzato non tanto per ricevere la corretta interpretazione del diritto comunitario allo scopo di una omogenea applicazione del medesimo, quanto per attivare un vero e proprio controllo di "comunitarietà" della normativa nazionale». In tal senso cfr. anche E. MALFATTI, *ult. cit.*, p. 302.

negli ordinamenti nazionali<sup>45</sup> e dalla costante espansione dei poteri della Corte europea anche al di là dei confini strettamente risultanti dai Trattati<sup>46</sup> e, nondimeno, dalla progressiva incapacità del requisito dell'effetto diretto «di reggere da solo le sorti del riparto di attribuzione (se così si può dire) tra i due sistemi [U.e. e nazionale]»<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Profilo evidenziato da A. MANGIA, *ult. cit.*, p. 862, il quale parla di una «tendenza dei poteri normativi dell'Unione ad intervenire trasversalmente in ogni settore degli ordinamenti nazionali, avvalendosi della tradizionale porosità del limite delle materie su cui è imperniata la distribuzione di competenze tra Unione e stati nazionali».

<sup>46</sup> A. ANZON DEMMIG, *ult. cit.*, p. 2, la quale, come detto, guarda con favore all'orientamento espresso nella sentenza n. 269 del 2017. In tal senso anche A. BARBERA, *ult. cit.*, p. 12, che evidenzia la progressiva espansione delle competenze della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale, il quale, «nato per assicurare la corretta interpretazione dei Trattati, si è progressivamente caricato di ulteriori profili: si è prima esteso al diritto derivato e si è, poi, progressivamente trasformato sia in un penetrante sindacato sulla stessa legislazione interna agli Stati sia in un possibile sindacato sulla stessa validità del diritto europeo». Anche R. BIN, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in DPCE, 2019, p. 906 denuncia che la Corte di giustizia ha «esteso con non velata prepotenza il proprio ambito di azione». Lo stesso A., muovendo dalla premessa che l'ordinamento dell'Unione è di tipo derivato e che l'art. 11 Cost. impone alle istituzioni costituzionali nazionali di mantenere il controllo sul modo in cui operano le istituzioni europee, sottolinea a tal fine l'importanza della dottrina dei controlimiti: «la "limitazione di sovranità" opera entro limiti precisi, oltre ai quali deve prevalere la difesa dei principi derivati dalla Costituzione. L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione». Conseguentemente, il medesimo guarda con favore alla sentenza n. 269 del 2017, nella quale legge un monito al giudice italiano sulla funzione della Carta di Nizza e sulla precedenza del ricorso alla Corte costituzionale a tutela dei diritti fondamentali. Prima della sentenza in oggetto, segnalava l'«invadenza» della Corte di giustizia in materie legate alla sovranità degli Stati, con particolare riferimento alle sentenze *Fransson*, *Melloni* e *Taricco*, definite come interventi «espansionistici», R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "controlimiti" 2.0*, in *Federalismi*, 2016, pp. 5 e ss. In tal senso si era espresso anche S. AGOSTA, *ult. cit.*, pp. 352 e ss., il quale evidenziava una «inarrestabile espansione» delle competenze sostanziali e dei poteri processuali della Corte di giustizia, non soltanto per effetto di innovazioni normative, ma soprattutto per l'interpretazione estensiva delle proprie competenze, come quella derivante dalla nozione di «atti delle istituzioni» oggetto del rinvio pregiudiziale, attraverso la quale la Corte ha riconosciuto a se stessa il potere di interpretare il quesito pregiudiziale anche riformulandolo e, di fatto, finendo per accertare in tal sede se la normativa nazionale contrasti con quella europea.

<sup>47</sup> Così G. REPETTO, *ult. cit.*, p. 2956; ID., *Il significato europeo*, cit., p. 3, il quale pone in evidenza come la «metamorfosi» dell'istituto dell'effetto diretto sia dovuta a numerosi fattori, come l'ampliamento delle competenze dell'Unione, le crescenti relazioni tra Corti interne e sovranazionali, l'accresciuta rilevanza e diffusione dell'interpretazione conforme, nonché l'entrata in vigore della stessa Carta dei diritti fondamentali, che contiene diritti e principi in larga misura sfuggenti alla rigida alternativa effetto diretto sì/no. Sul tema cfr. anche D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 40, secondo il quale la dottrina dell'effetto diretto deve essere «affinata» proprio dalla Corte di giustizia, della quale denuncia «assenza di chiarezza e minimalismo argomentativo» sul «contenuto, portata, confini e conseguenze» dell'istituto; ID., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018, *passim*.

**3. (segue): la pretesa e rigida inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali e le controindicazioni cui dà luogo: dal ruolo del giudice comune al successivo rinvio per «altri profili»; dalla non sanzionabilità dell'ordine agli «eccessi interpretativi» della giurisprudenza; dalla posizione del giudice di ultima istanza all'effettività della tutela. Il seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269**

Una indubbia caratteristica della sentenza da cui si son prese le mosse è quella di aver fatto molto discutere non solo per quello che in essa si trova affermato, ma anche per quello che non vi si trova scritto e che l'interprete sente l'esigenza di chiarire ai fini di una compiuta ricostruzione della materia.

Certamente, la più importante delle questioni che – ad avviso di chi scrive – si deve ritenere non pregiudicata dalla sentenza è quella relativa all'ordine di promovimento delle questioni pregiudiziali. Come si è detto in apertura di questo scritto, gran parte della dottrina ha, invece, letto nella sentenza n. 269 del 2017 l'affermazione della priorità della pregiudiziale di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>48</sup>, soprattutto a causa del passaggio letterale della sentenza in cui si afferma che il giudice comune «deve» rinvolgersi «innanzitutto» al Giudice delle leggi<sup>49</sup> e del richiamo che la Corte costituzionale opera alla giurisprudenza di Lussemburgo, secondo la

<sup>48</sup> Secondo A. MORRONE, *ult. cit.*, p. 259, con questa sentenza «la Corte costituzionale impone una gerarchia (non solo temporale) tra le due (possibili) questioni pregiudiziali europea e costituzionale, nel senso che la prima deve cedere di fronte all'esigenza di assicurare la generale e uniforme applicazione della costituzione in materia di diritti fondamentali da essa stessa riconosciuti». Rinvengono nella sentenza n. 269 del 2017 l'affermazione della priorità della pregiudiziale di costituzionalità anche A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, cit., p. 2; G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 7; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 8; D. TEGA, *ult. cit.*, p. 2; ID., *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 12.03.2018; R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*, cit., p. 647; ID., *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 2018, pp. 2226 e ss. ove l'autore, tra i primi, sottolinea che la Corte costituzionale non potrebbe sanzionare il mancato adempimento dell'obbligo di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità; G. REPETTO, *ult. cit.*, p. 2961, con alcuni distinguo di cui si dirà in seguito; C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 12, secondo cui si ha una «ingiunzione al giudice di invertire la sequenza nei casi di doppia pregiudizialità»; F. SALOMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Federalismi*, 2019, p. 11, secondo la quale, con la sentenza n. 269 del 2017, la pregiudiziale comunitaria viene «postergata» all'incidente di costituzionalità; G. REPETTO, G. MARTINICO, *ult. cit.*, p. 735, secondo i quali «the Italian Constitutional Court imposes a duty for the domestic judge to activate an incidenter constitutional review 'where a law is the object of doubts concerning the rights enshrined in the Italian Constitution or those guaranteed by the Charter of Fundamental Rights of the European Union in those contexts where EU law applies».

<sup>49</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 5 parla in proposito di una deviazione dalla giurisprudenza *Granital*.

quale la priorità del giudizio costituzionale è compatibile con il diritto dell'Unione, purché siano rispettati i criteri indicati nei casi *A contro B, Melki e Abdeli*<sup>50</sup> e, segnatamente, la possibilità per i giudici nazionali: 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 dell'Unione; infine, 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.

Proprio la lettura della sentenza dimostra, però, che la Corte costituzionale non afferma mai l'obbligo di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità<sup>51</sup>, ma si limita soltanto a predicare l'impretermisibilità del controllo accentrato e, quindi, a rimuovere l'obbligo a carico dei giudici comuni di disapplicare immediatamente, sempre e comunque, la norma nazionale incompatibile con il diritto UE recato in tema di libertà fondamentali dalla Carta: infatti, mentre, per un verso, ciò che è incompatibile con le ragioni del sindacato accentrato di legittimità costituzionale è l'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale, che taglia sistematicamente fuori la giustizia costituzionale dal circuito della tutela giudiziaria dei diritti e delle libertà fondamentali, per l'altro, la permanenza dell'effettività del controllo accentrato non postula affatto la rigida e ineludibile priorità della questione di costituzionalità, purché residui sempre uno spazio per il sindacato di costituzionalità anche ed eventualmente “a valle” del rinvio pregiudiziale.

<sup>50</sup> 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*, queste ultime due concernenti la pregiudiziale di costituzionalità in Francia, su cui si è soffermato P. COSTANZO, *Decolla in Francia la questione prioritaria di costituzionalità: la Cassazione tenta di spargliare le carte, ma il Consiglio costituzionale tiene la partita in mano (una cronaca)*, in *ConsultaOnLine*, 30.05.2010, p. 1.

<sup>51</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, Studi dell'anno 2018, XXII*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 578, il quale afferma di «non vedere neppure un rigo nella 269 a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità [...], la novità sta [...] nel fatto che d'ora innanzi [il giudice] potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza»; S. LEONE, *ult. cit.*, p. 652; S. CATALANO, *ult. cit.*, p. 24, il quale sostiene che non si possa ritenere il singolo giudice vincolato, in ogni caso, ad accordare preferenza alla questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale e adduce come esempio di fattispecie in cui la q.l.c. non dovrebbe essere intesa come prioritaria i casi in cui il giudice, per comprendere se si trova davvero in una situazione di doppia pregiudizialità, debba preliminarmente chiarire se vi sia una violazione della Carta, cui aggiunge i casi di rinvio pregiudiziale di urgenza, accelerato e di validità.

Del resto, se ci si attiene a quanto la Corte espressamente afferma, si ridimensionano i problemi derivanti dalla pretesa inversione dell'ordine delle questioni "a vantaggio" del previo giudizio di costituzionalità. In particolare, si evita che l'eventuale incostituzionalità della norma interna pronunciata dalla Corte, precedendo l'accertamento della compatibilità europea, precluda la proposizione del rinvio di validità della norma europea, sterilizzato dall'annullamento della norma interna contrastante<sup>52</sup>. Analogamente, si scioglierebbero come neve al sole le perplessità di quella parte della dottrina che, interpretando la sentenza nel senso qui denegato, dubita che l'asserito obbligo per il giudice comune di adire previamente la Corte costituzionale sia compatibile con l'art. 4 TUE, paragrafo 3, TUE, secondo il quale spetta ai giudici degli Stati membri garantire la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale *ex art. 47 Carta UE*, finendo in ultima istanza per auspicare un intervento chiarificatore della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale<sup>53</sup>.

Inoltre, la tesi qui sostenuta dell'insussistenza di un obbligo per il giudice comune di sollevare previamente la questione di costituzionalità sembra la più aderente alla giurisprudenza di Lussemburgo e, in particolare, ai canoni delle sentenze *Melki*<sup>54</sup> e *Global Starnet Ltd*<sup>55</sup>, ove si è affermato che

<sup>52</sup> Così G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., p. 11. Per le ragioni che si diranno *infra*, § 5, tale problema appare a chi scrive superabile. In questa sede ci si limita a osservare che rimarrebbe, invece, comunque aperta la possibilità di un rinvio di validità successivo alla risoluzione della questione di costituzionalità, per profili diversi rispetto a quelli già scrutinati dalla Corte, in caso di sentenza di non fondatezza: cfr. in tal senso G. SCACCIA, *op. e loc. ult. cit.* In tal caso il giudice rimettente si vedrebbe, però, «dimezzato dei suoi poteri» (così R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., p. 290), perché – ove la Corte, per il tramite dell'art. 117 Cost. sindacasse la legittimità costituzionale con riferimento al parametro interposto della Carta – per discostarsi dal rigetto della Consulta e disapplicare il diritto interno contrastante con la Carta UE dovrebbe ottenere una sentenza della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

<sup>53</sup> R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Giustizia quando è "in gioco" la Carta dei diritti fondamentali UE*, in *www.giudicedonna.it*, 2017, p. 17.

<sup>54</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sent. 22 giugno 2010, cit.

<sup>55</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sent. 20 dicembre 2017, nella causa C-322/16, *Global Starnet Ltd*. Come noto, il Consiglio di Stato italiano, dopo aver sollevato una questione di legittimità costituzionale, giudicata infondata dalla Corte costituzionale, aveva proposto un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* chiedendo ai giudici di Lussemburgo se, dopo la sentenza della Corte costituzionale, fosse possibile sperimentare il rinvio pregiudiziale sulla portata della Carta UE. La Corte di giustizia, al punto 25 della decisione, afferma assai significativamente nella nostra prospettiva che «il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della 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, non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione».

«l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte»<sup>56</sup>. Nell'interpretazione qui fornita della sentenza n. 269 del 2017, infatti, il giudice comune resta libero di sollevare il rinvio pregiudiziale in ogni momento e, se decidesse di sollevare in prima battuta la questione di costituzionalità, nulla impedirebbe al Giudice costituzionale di sollevare esso stesso il rinvio pregiudiziale interpretativo o di validità, con ciò restando salvo l'effetto utile dell'art. 267 TFUE, nella consapevolezza che l'ordinamento dell'Unione ben potrebbe fornire ad un “medesimo” diritto una lettura – e, quindi, una portata applicativa – diversa da quella derivante dalla Costituzione nazionale.

Ancora, da più parti si contesta l'oscurità del passaggio della sentenza n. 269 del 2017 laddove si afferma il potere dei giudici comuni 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»<sup>57</sup>. Ci si è chiesti se la disapplicazione dovesse riguardare esclusivamente profili (cioè, antinomie) diversi da quelli esaminati nella decisione costituzionale di rigetto<sup>58</sup> oppure potesse essere disposta *tout court*, ad esempio perché il livello di tutela offerto dalla Carta sia considerato maggiore di quello ritenuto costituzionalmente dovuto<sup>59</sup>. È stato, inoltre, osservato che, se la sentenza n. 269 del 2017 venisse interpretata nel senso di escludere il potere di disapplicazione del giudice rimettente in ipotesi di sentenza costituzionale di rigetto, ne di-

<sup>56</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sent. 20 dicembre 2017, cit., punto 21.

<sup>57</sup> R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., p. 28, evidenzia come l'inciso «per altri profili» non fosse previsto nella giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata dalla Corte costituzionale. L'Autore, inoltre, si interroga se in caso di sentenza costituzionale di accoglimento che accerti l'illegittimità di una legge per contrasto con un diritto fondamentale al giudice comune sia comunque consentito il rinvio pregiudiziale qualora non condivida il ragionamento della Corte costituzionale e sembra propendere per la prevalenza del giudicato costituzionale. Il medesimo A., però, cita due sentenze della Corte di giustizia dalle quali potrebbe emergere un diverso orientamento, ossia l'applicazione per conformità al diritto UE di una legge che non ha superato il vaglio costituzionale. Si tratta della decisione resa nel caso *Filipiak*, in cui la Corte di giustizia ha chiesto al giudice nazionale di rimettere in discussione il giudicato costituzionale, in quanto contrario alle regole del diritto dell'Unione sul mercato interno, e della sentenza *Jozef Krizan*, in cui la Corte di giustizia afferma che i poteri del giudice nazionale di operare il rinvio pregiudiziale e di disapplicare la legge interna incompatibile con il diritto UE non possono essere limitati neppure da una disposizione di rango costituzionale che obblighi al rispetto delle decisioni assunte dalla Corte costituzionale nazionale.

<sup>58</sup> Così C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., p. 6 che parla, però, di una «interpolazione» della giurisprudenza di Lussemburgo da parte della Corte costituzionale.

<sup>59</sup> R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., p. 291.

scenderebbe uno svuotamento del ruolo del giudice comune a tutto favore della Corte di giustizia, «in tal modo stravolgendo la stessa funzione del giudice di Lussemburgo, che ha sempre riservato unicamente al giudice nazionale la valutazione finale sull'esito della lite e sul "come" utilizzare i meccanismi riconosciuti per realizzare la migliore tutela del diritto UE»<sup>60</sup>. Peraltro, altra parte della dottrina ha evidenziato la difficoltà di individuare gli «altri profili», diversi da quelli presi in esame nel sindacato di costituzionalità, dal momento che già nella ordinanza di remissione il giudice comune dovrebbe indicare quali sono le antinomie rilevanti per il caso e «sotto quali aspetti la norma di legge appare sospetta di violare, a un tempo, la Costituzione e la Carta dell'Unione»<sup>61</sup>. Si è evidenziato, infine, che una volta interpellata la Corte di giustizia e ottenuta una sentenza che riscontra un'antinomia con la Carta, «il giudice si troverebbe messo in croce: obbligato dal diritto dell'Unione a far luogo all'applicazione diretta della norma *self-executing* della Carta di Nizza-Strasburgo, per un verso, e, per un altro verso, sollecitato a rivolgersi nuovamente al giudice costituzionale»<sup>62</sup>.

Nella prospettiva di chi scrive, anche il problema della delimitazione degli «altri profili» può essere risolto mediante un'interpretazione della sentenza coerente con la giurisprudenza UE, perché la Corte costituzionale, così come non ha affermato il carattere necessariamente prioritario della questione di costituzionalità, non ha inteso in alcun modo escludere o limitare il potere del giudice comune di sollevare il rinvio pregiudiziale dopo l'eventuale giudizio di costituzionalità; cosa che sarebbe stata incompatibile con quanto affermato nella più volte citata *Global Starnet Ltd.*, secondo cui «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 norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»<sup>63</sup>.

Come opportunamente osservato in dottrina, infatti, l'intervento del Giudice costituzionale non ha effetto preclusivo rispetto alla successiva proposizione di un rinvio interpretativo sulla norma della Carta, anche per gli stessi profili che sono stati oggetto di scrutinio costituzionale<sup>64</sup>, perché «se così non fosse, dovremmo [...] concluderne che la Corte [costituzionale] si è autoat-

<sup>60</sup> R. CONTI, *ult. cit.*, p. 292.

<sup>61</sup> A. RUGGERI, *ult. cit.*, p. 580. Evidenzia tale aspetto anche S. CATALANO, *ult. cit.*, p. 28.

<sup>62</sup> A. RUGGERI, *Dopo la sentenza n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere fra le Corti?*, in *ConsultaOnLine*, 2018, p. 157.

<sup>63</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, prima sezione, sent. 20 dicembre 2017, cit., punto 26.

<sup>64</sup> Tra gli altri, cfr. S. CATALANO, *op. e loc. ult. cit.*

tribuita l'interpretazione in via ultima delle disposizioni della CDFUE (in quanto norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale) e ciò apertamente contravverrebbe al riconoscimento in capo alla Corte di Lussemburgo della funzione di nomofilachia del diritto eurounitario»<sup>65</sup>. Ne discende che appare condivisibile la tesi che il richiamo a profili "altri" rispetto a quelli coperti dal vaglio di costituzionalità deve essere inteso nel senso che il giudice comune non può direttamente disapplicare la disposizione nazionale assumendone il contrasto con la Carta per profili già esaminati dalla pronuncia costituzionale di rigetto, ma, in tal caso, dovrà proporre rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*<sup>66</sup>.

La lista delle controindicazioni cui va incontro la tesi della necessaria priorità della questione di legittimità costituzionale non può considerarsi esaurita, poiché la rigidità del meccanismo che essa sottende non consente gli opportuni contemperamenti di esigenze connesse alla strutturale flessibilità dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo, con la conseguenza che esigenze meritevoli di considerazione finiscono per porsi come radicalmente alternative e insuscettibili di contemporaneo soddisfacimento.

Si è, così, sottolineato che il carattere previo della pregiudiziale di costituzionalità attribuirebbe una «primazia» all'interpretazione della Carta UE data dalla Corte costituzionale, determinando una «riconformazione, sul piano ermeneutico, dei contenuti della stessa Carta, anche per il tramite delle invocate tradizioni costituzionali comuni»<sup>67</sup> (aspetto questo che contrasterebbe con la stessa genesi della Carta UE e non troverebbe appiglio nella giurisprudenza eurounitaria)<sup>68</sup>; mentre di opposto avviso si è professato chi ritiene che riconoscere priorità alla questione costituzionale «significa propiziare un movimento ascendente (dal basso verso l'alto) di elaborazione giurisprudenziale dei diritti che si compie a partire dai materiali forniti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri, [...] attivare una dinamica interpretativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale non sia visto come il confine esterno ed estremo della discrezionalità interpretativa dei giudici di Lussemburgo, ma venga da quella Corte assunto come un'essenziale coordinata ermeneutica delle disposizioni della CDFUE»<sup>69</sup>.

Altro profilo debole della tesi qui criticata, e sul quale la dottrina non ha mancato di interrogarsi, è quello della vincolatività rispetto ai giudici naziona-

<sup>65</sup> G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 6.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Cfr. R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit., p. 16; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., p. 284, il quale afferma che la necessità della pregiudiziale di costituzionalità «impone la sottomissione del sistema di protezione della Carta ai canoni previsti dall'incidente di costituzionalità».

<sup>68</sup> R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit., p. 17.

<sup>69</sup> G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 7.

li dell'*obiter* contenuto in una decisione costituzionale di inammissibilità, non disponendo la Corte di alcuno strumento sanzionatorio per rimettere in ordine le pregiudiziali<sup>70</sup>. Non essendo verosimile che la questione sia sfuggita, infatti, se ne può ricavare, ancora una volta, un argomento a sostegno della conclusione fin qui sostenuta, ovvero che la Corte non abbia imposto la pregiudizialità costituzionale come questione da sollevare sempre e comunque prima, ma si sia limitata a rimuovere l'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale, essendo comunque rimessa alla discrezionalità del giudice comune la via da intraprendere.

A ciò si aggiunga che l'argine deputato a inalveare l'ordine delle questioni pregiudiziali nella sua nuova versione "invertita" difficilmente potrebbe reggere l'onda d'urto derivante dall'osservazione che, permanendo in capo al giudice comune il potere/dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme alla Carta UE e dovendo il medesimo arrestarsi (per sollevare la questione di costituzionalità) soltanto innanzi ad un contrasto insanabile fra diritto interno e diritto protetto dalla Carta UE<sup>71</sup>, potrebbe affermarsi la tendenza a utilizzare tecniche ermeneutiche disinvolute rispetto al testo, in particolare modo attraverso l'abuso, più di quanto non sia già avvenuto in passato, del canone dell'interpretazione conforme<sup>72</sup>.

Ancora, la tesi dell'inversione dell'ordine delle questioni pregiudiziali diventa particolarmente problematica in riferimento ai giudici di ultima istanza, i quali, come noto, hanno l'obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ai fini del rispetto di tale obbligo, secondo parte della dottrina<sup>73</sup>, l'inversione delle pregiudiziali dovrebbe essere limitata soltanto ai casi in cui vi sia totale «sovrapponibilità» fra il vizio di costituzionalità e quello di

<sup>70</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento"*, cit., pp. 2226 e ss.; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., p. 13, il quale, però, ipotizza che una via potrebbe essere la 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 n. 269 del 2017, anche se in tal caso dipenderebbe dalla Corte di giustizia l'eventuale declaratoria di irricevibilità del rinvio pregiudiziale. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., p. 6, mette in luce che i giudici comuni si sentono poco «costretti» dalla motivazione di singole pronunce della Corte costituzionale, a maggior ragione quando contenute in *obiter dicta* e ritiene forse più utile un intervento che registri il nuovo orientamento all'interno delle norme integrative per i giudizi di legittimità costituzionale, adottate dalla stessa Corte costituzionale.

<sup>71</sup> R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, cit., p. 294.

<sup>72</sup> Cfr. A. RUGGERI, *ult. cit.*, p. 158, secondo cui «il rischio è allora che il giudice comune, al fine di togliersi dalle ambascie, possa non resistere alla tentazione di fare un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme, riconciliando a forza precetti normativi tra di loro incompatibili, o – peggio – che possa essere indotto a non fare gli opportuni e necessari riferimenti alla Carta dell'Unione in vicende processuali nel corso delle quali pure ad essa è fatto esplicito richiamo, puramente e semplicemente ignorandola o aggirandola», nonché V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista Diritti comparati*, 16.03.2018.

<sup>73</sup> G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 12.

incompatibilità con il diritto dell'Unione. Al riguardo, pare di poter osservare, per un verso, che la perfetta «sovrapponibilità» delimita un campo in realtà estremamente sfuggente, atteso che le questioni (di legittimità costituzionale e di compatibilità europea) sono composte dalla norma-oggetto e dalle norme-parametro (necessariamente diverse), nonché filtrate dalle pretese regolative del caso concreto, per altro verso, che la valutazione sulla «sovrapponibilità» delle questioni non può che essere rimessa al giudice di ultima istanza e che tale discrezionalità postula che il medesimo possa ritenere non sussistente il presupposto in esame e, quindi, operare prima il rinvio pregiudiziale, vanificando così la “nuova” regola sull'ordine delle pregiudiziali che la Corte avrebbe introdotto.

Non pare, invece, a chi scrive dirimente il problema, evidenziato da taluna dottrina<sup>74</sup> sempre in relazione ai giudici di ultima istanza, della crisi di effettività e immediatezza della tutela che deriverebbe dall'obbligo del previo promovimento della questione di costituzionalità in forza del rilievo che, quando il giudice di legittimità, ritenendo che il diritto interno sia incompatibile con la Carta UE, oltre che con la Costituzione, solleva prioritariamente, secondo l'interpretazione qui contestata della sentenza n. 269, l'incidente di costituzionalità si finirebbe per frustrare, nelle more del giudizio costituzionale, le aspettative del titolare del diritto, non essendo previsti dinanzi al giudice di legittimità meccanismi attivabili *ex officio* di natura cautelare. E ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché lo stesso problema si porrebbe qualora il giudice di legittimità decidesse di attivare prima il rinvio pregiudiziale, ottenendo una pronunzia della Corte UE che accerti il contrasto fra diritto interno e Carta UE e postuli pertanto la disapplicazione, perché, anche in questo caso, la Corte di Cassazione, permanendo il dubbio di costituzionalità, dovrebbe promuovere il giudizio incidentale e non potrebbe somministrare alcuna tutela cautelare nelle more del giudizio costituzionale. In secondo luogo, perché il sacrificio dell'immediatezza della tutela pare a chi scrive giustificato dall'esigenza di garantire, quando sia in gioco la tutela di diritti e libertà fondamentali, una sentenza con effetti *erga omnes* e, dunque, la certezza del diritto, presidiata – nel senso che si chiarirà meglio in seguito<sup>75</sup> – dal carattere accentratore della giustizia costituzionale.

Non si può, poi, non rilevare che la lettura qui suggerita sembra essere stata quella sposata dalla giurisprudenza comune successiva alla sentenza n. 269, che non si è sentita destinataria di un obbligo di promovimento della questione di costituzionalità in via prioritaria rispetto alla disapplicazione, previo eventuale rinvio. Così, ad esempio, la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, nella decisione n. 12108 del 2018, ritenendo che la normativa nazionale ri-

<sup>74</sup> Cfr. in tal senso R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017*, cit., p. 9.

<sup>75</sup> Vedi *infra*, §§ 6 e 7.

guardante il limite di età per la cessazione del rapporto di lavoro dei danzatori dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche fosse discriminatoria per la diversificazione del limite tra uomini e donne, ha direttamente proceduto alla sua disapplicazione per contrasto con la direttiva 2006/54, autoapplicativa e rispondente al principio generale di cui all'art. 21 della Carta UE. La sentenza ha motivato le ragioni per cui nel caso di specie non occorresse sollevare questione di legittimità costituzionale rilevando, *in primis*, che la Corte di giustizia era già stata adita e aveva dato i necessari chiarimenti interpretativi, incentrando la propria decisione sulla direttiva e non sulla Carta UE e, in secondo luogo, che la precisazione contenuta nella sentenza n. 269 sarebbe solo una «proposta metodologica», non vincolante, un mero *obiter dictum* in una decisione di inammissibilità.

Ad ulteriore conferma che, secondo la giurisprudenza, l'*obiter* non ha posto un obbligo di previa rimessione alla Corte costituzionale si possono citare, poi, altre decisioni della Sezione lavoro della Corte di Cassazione che, all'indomani della decisione in questione, hanno sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, pur in presenza di contesti che avrebbero potuto ritenere azionabile il controllo di costituzionalità<sup>76</sup>. In tal senso può essere non del tutto privo di utilità ricordare l'ordinanza n. 13678 del 2018, che, dubitando della compatibilità di una norma interna in materia di limiti di età per i piloti dipendenti da una società operativa per i servizi segreti con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 e nell'art. 21 della Carta UE, ha proposto immediatamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, valorizzando il ricordato passaggio della sentenza n. 269 che fa salvo il potere del giudice ordinario di disporre il rinvio pregiudiziale<sup>77</sup>. Altro caso di rinvio pregiudiziale non posposto al promovimento della questione di costituzionalità è quello dell'ordinanza n. 451 del 2019, in tema di diritto alle ferie retribuite e spettanza dell'indennità per quelle non godute per estromissione dal lavoro a causa di licenziamento illegittimo, con cui viene sollevato rinvio pregiudiziale con riferimento all'art. 31, par. 2, Carta UE e la direttiva 2003/88, che alla prima disposizione «da espressione concreta»<sup>78</sup>.

Tra le pronunzie che, invece, hanno interpretato la discrezionalità del giudice comune nel senso opposto, si può ricordare, invece, l'ordinanza n. 3831 del 2018 della Corte di Cassazione, che ha sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale in materia di indagini e sanzioni della CONSOB, in relazione al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, con riferimento a parametri

<sup>76</sup> In riferimento a tali decisioni parla di una «reazione in parte polemica perché mette variamente in discussione vincolatività, portata e persuasività della precisazione» della sentenza n. 269/2017, M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., p. 4.

<sup>77</sup> Lo ricorda anche A. COSENTINO, *ult. cit.*, p. 11.

<sup>78</sup> Corte cass., ord. n. 451 del 2019, punto 44.

costituzionali interni e dell'Unione (rispettivamente, art. 47 Cost. e artt. 17 e 49 CDF).

Anche dal “seguito” giurisprudenziale dell'*obiter* della sentenza n. 269 del 2017, dunque, sembra uscire confermata la fallacia di quell'interpretazione che legge nell'*obiter* della Corte costituzionale la rigida imposizione della previa pregiudiziale di costituzionalità; rigidità che, come detto, non potrebbe comunque reggere alla prova dei fatti, non disponendo la Corte di uno strumento processuale per imporre un ordine delle pregiudiziali invertito rispetto a quello imposto fino alla svolta del 2017.

#### **4. Le conferme della giurisprudenza costituzionale successiva: la sentenza n. 20 del 2019 e l'estensione del nuovo regime al contrasto con il diritto derivato; la sentenza n. 63 del 2019 e l'ipotesi del rinvio pregiudiziale «anche dopo» il giudizio di costituzionalità**

Come noto, il successivo passaggio dello sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia è rappresentato dalla sentenza n. 20 del 2019, diffusamente interpretata in dottrina come un “passo indietro” della Corte costituzionale. Si è parlato al riguardo di «significative messe a punto»<sup>79</sup> rispetto all'orientamento espresso nel 2017, con particolare riguardo, per un verso, all'obbligo per il giudice comune di sollevare previamente la questione di costituzionalità (obbligo che diverrebbe, con la sentenza n. 20, una mera facoltà), per l'altro, alla possibilità, ora espressamente riconosciuta, di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia anche su aspetti già oggetto del previo controllo di legittimità costituzionale.

Si cercherà, invece, di dimostrare che gli aspetti di continuità con il precedente appaiono, nell'economia della decisione, largamente prevalenti, con la conseguenza che la sentenza può apparire “in controtendenza” rispetto alla “svolta” del 2017 solo se si ritiene – ad avviso di chi scrive erroneamente<sup>80</sup> – che quest'ultima abbia determinato una inversione stabile dell'ordine delle questioni pregiudiziali. Viceversa, ove si interpreti – a nostro avviso preferibilmente – la sentenza n. 269 come mera “rimozione” dell'obbligo del previo promovimento del rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità, la sentenza n. 20 non potrà che apparire un coerente sviluppo delle premesse giurisprudenziali poste due anni prima. Anche in questo caso, giova partire dalla fattispecie concreta sottoposta all'attenzione della Corte.

<sup>79</sup> Così G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., p. 6. Parla di «toni più sfumati» M. MASSA, *ult. cit.*, p. 13. C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 7, ragiona, invece, di un ridimensionamento della portata dell'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, dovuto anche alle numerose criticità evidenziate dalla dottrina. In tal senso, tra gli altri, anche S. LEONE, *ult. cit.*, p. 656.

<sup>80</sup> Come si è tentato di argomentare *supra*, § 3.

Ad essere censurate erano alcune norme che ponevano obblighi di pubblicazione in rete di dati reddituali e patrimoniali relativi ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni, ai loro coniugi e parenti entro il secondo grado. Il giudice *a quo* dubitava della compatibilità di tali disposizioni con gli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con alcune disposizioni della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, in particolare a causa della quantità di dati da pubblicare e delle modalità della loro divulgazione. Veniva, poi, ulteriormente prospettata la violazione del principio di uguaglianza, poiché gli obblighi di pubblicazione avrebbero gravato tutti i dirigenti pubblici, senza alcuna distinzione per struttura o funzioni esercitate. Il giudice *a quo* riteneva di non poter disapplicare le disposizioni interne per contrasto con il diritto dell'Unione, poiché non sarebbe stata presente una disciplina europea ad effetti diretti applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio e sollevava, quindi, questione di legittimità costituzionale, argomentando che la valutazione sul corretto bilanciamento tra il diritto alla tutela dei dati personali e il diritto di accesso ai dati in possesso delle pubbliche amministrazioni non potesse che spettare al Giudice costituzionale.

La sentenza giudica ammissibili le questioni<sup>81</sup> e ribadisce l'orientamento secondo cui dinanzi alla *scelta* del giudice comune di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna che presenta profili di incompatibilità anche con la Carta UE, la Corte non dichiara più, come in passato, l'inammissibilità ma entra nel merito, con conseguente ampliamento delle maglie della rilevanza<sup>82</sup>.

Conseguentemente, la pronuncia riprende le premesse della sentenza n. 269 del 2017, secondo cui i principi e i diritti enunciati nella Carta UE «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italia-

<sup>81</sup> O. POLLICINO, G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog*, 27.02.2019, criticano che la Corte abbia ritenuto ammissibile la questione per carenza di effetti diretti della norma di diritto derivato. S. LEONE, *ult. cit.*, p. 654, sottolinea, invece, che la Corte sembra aver ammesso la questione a prescindere dalla circostanza che le disposizioni della direttiva fossero state o meno considerate dalla pregressa giurisprudenza comunitaria norme ad effetti diretti, fondandosi l'ammissibilità piuttosto sulla diversa considerazione – opinabile a giudizio di chi scrive – che per svolgere un giudizio di legittimità della disciplina nazionale occorrono valutazioni complesse, di bilanciamento tra diritti, riservate alla Corte e precluse al giudice comune.

<sup>82</sup> Come opportunamente rileva anche C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 12, la quale evidenzia che tale orientamento potrebbe essere stato influenzato dalla più volte ricordata giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare quella dei casi *Melki e Abdeli* e *A*, ma evidenzia come, a suo avviso, la stessa sentenza *Simmenthal* non imponesse la declaratoria di inammissibilità della questione costituzionale che presentasse anche profili di compatibilità con il diritto UE. *Contra*, invece, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, § 2, secondo il quale la Corte costituzionale avrebbe dovuto sollevare essa stessa rinvio pregiudiziale, essendosi, invece, «impadronita del “caso” come occasione per ritornare sulla 269».

na»<sup>83</sup> e ciò «in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»<sup>84</sup>. Ed esattamente come nel precedente, da tali premesse deduce che, fermo restando il principio del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione, qualora una legge incidente su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la Carta UE, «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea – va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)»<sup>85</sup>.

Ancora una volta ribadendo quanto già affermato nella sentenza n. 269 del 2017, inoltre, la sentenza precisa, altresì, che, in tali fattispecie, essa è chiamata a giudicare «alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato»<sup>86</sup>.

Da un primo punto di vista, allora, salvo quanto si dirà di qui a poco sulla dottrina che ha sostenuto la tesi opposta, si può prendere atto che la decisione in commento non pare rappresentare in alcun modo un *revirement* di quanto sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale nel 2017 in tema di ordine delle questioni pregiudiziali. Ciò appare particolarmente evidente nel passaggio in cui la sentenza chiarisce che «la “prima parola” che questa Corte, *per volontà esplicita del giudice a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco. Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, *un concorso di rimedi giurisdizionali*, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, *esclude ogni preclusione*»<sup>87</sup> (corsivi nostri). Appare, forse, ancor più nitido che nel precedente del 2017, dunque, come la Corte abbia affermato la centralità del proprio sindacato – e con ciò rimosso l'obbligo del previo pro-

<sup>83</sup> C. cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.1 *Considerato in diritto*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *ConsultaOnLine*, 2019, p. 116 interpreta questo passaggio – in particolar modo per la presenza dell'avverbio «eventualmente» – come l'affermazione della precedenza accordata alla verifica del parametro costituzionale interno rispetto a quello derivante dalle norme UE.

<sup>87</sup> C. cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*.

movimento del rinvio pregiudiziale – e non la necessaria priorità della questione costituzionale.

Da un secondo punto di vista, però, si può provare a notare come essa non rappresenti una “mera” conferma giurisprudenziale del precedente, ma ne rappresenti un coerente sviluppo in relazione ad alcuni profili che non avevano trovato emersione nella sentenza n. 269 e che la dottrina non aveva mancato di sollevare proprio commentando quella pronuncia. Segnatamente, giova ricordare che, già all’indomani della giurisprudenza del 2017, la dottrina si era chiesta se la riaffermazione della giurisdizione accentrata sulle norme interne contrastanti con norme europee ad effetto diretto in tema di diritti fondamentali dovesse valere soltanto per le norme della Carta UE o anche per le altre norme UE volte a dare ad esse diretta e necessaria specificazione e/o attuazione<sup>88</sup>. Tale profilo, infatti, non era stato esaminato dalla Corte nella sentenza n. 269 poiché la questione di costituzionalità – come si è avuto modo di evidenziare<sup>89</sup> – non aveva ad oggetto il contrasto con norme di diritto derivato, né con la Carta, ma con norme dei Trattati.

Proprio su tale, certamente non secondario aspetto, interviene la sentenza n. 20, in cui la non pretermisibilità del sindacato accentrato viene, come si accennava, non solo confermata, ma anche estesa al contrasto del diritto interno con il diritto derivato, nel caso di specie in relazione ai principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, previsti dalla direttiva 95/46/CE. A tale conclusione, infatti, la Corte perviene sulla base del rilievo che tali principi non solo forniscono specificazione dei diritti garantiti dalla Carta UE, ma «hanno costituito “modello” per quelle norme, e perciò partecipano all’evidenza della loro stessa natura»<sup>90</sup>.

Al riguardo, appare certamente condivisibile quanto osservato da quella parte della dottrina secondo cui la Corte costituzionale, rivendicando la competenza a sindacare gli atti legislativi nazionali anche quando risultino in contrasto con atti di diritto derivato, come regolamenti e direttive dell’Unione,

<sup>88</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017*, cit., p. 162; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18.12.2017, p. 3; S. LEONE, *ult. cit.*, p. 652 osserva che l’*obiter* della sentenza n. 269 ha una «una vocazione inevitabilmente espansiva, non potendosi affatto escludere che una norma di impronta tipicamente costituzionale si situi in *altra* fonte comunitaria, diversa». Anche S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., p. 12 si interroga se «il ragionamento contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 possa essere esteso anche alle disposizioni dell’Unione europea che si collegano strettamente con quelle della Carta di Nizza, nonché alle norme UE, come ad esempio quelle dei Trattati, che possano essere considerate partecipi del carattere materialmente costituzionale e che riconoscano diritti ai singoli».

<sup>89</sup> Vedi *supra*, § 2.

<sup>90</sup> Punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

ha significativamente ampliato le proprie funzioni<sup>91</sup>. In particolare, è stato posto in luce come in questa sentenza, e nelle successive del 2019 di cui si dirà, «a venire in gioco è la competenza della Corte costituzionale a sindacare atti interni che costituiscono tutti, in vario modo, misure di attuazione del diritto dell'Unione, e rispetto alle quali la Corte costituzionale manifesta chiaramente la sua intenzione di porsi, in termini in certa misura inediti, come garante sistemico dell'attuazione del diritto dell'Unione europea conforme ai diritti fondamentali, siano essi contenuti nella Costituzione, siano essi quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'UE»<sup>92</sup>.

Altra parte della dottrina, in termini più critici, ha invece letto nella sentenza n. 20 del 2019 una «dilatazione in modo pressoché indefinito ed incontenibile dell'area in cui può affermarsi il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità invece di quello dell'applicazione diretta»<sup>93</sup>, con conseguente oscuramento del principio del primato del diritto UE e della dottrina degli effetti diretti, che sulla disapplicazione si reggono. Secondo tale critica, infatti, il sindacato costituzionale viene esteso anche alla violazione di norme di diritto derivato «comunque espressive – potrebbe dirsi – di una intrinseca carica assiologica, in quanto legate da una “singolare connessione” con la Carta stessa»<sup>94</sup>, con la conseguenza di superare il criterio formale che guarda alle caratteristiche della fonte in cui è contenuta la disposizione. A mitigare gli effetti della critica in questione può valere, però, l'osservazione che tale espansione del sindacato della Corte costituzionale, in realtà, deve essere letta alla luce degli sviluppi della giurisprudenza europea sulla Carta UE e, in particolare, della sentenza *Fransson*, in cui la Corte di giustizia ha affermato che, se una misura interna rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE ma sussiste una discrezionalità dell'autorità nazionale nell'attuazione dell'atto sovranazionale, resta consentito ai giudici interni di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., p. 7. Parla di un «macroscopico effetto estensivo» G. BRONZINI, *ult. cit.*, § 3. In tal senso cfr. anche R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4.03.2019, § 6.

<sup>92</sup> G. REPETTO, *op. e loc. ult. cit.* Analogamente, S. CATALANO, *ult. cit.*, p. 14, il quale saluta con favore l'estensione operata dalla sentenza n. 20 del 2019 «perché consente alla Corte costituzionale di recuperare ulteriore terreno nell'assolvimento del suo compito di garanzia dei diritti, riportando al centro della scena la Costituzione italiana, spesso postergata dai giudici comuni, come si è già notato, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

<sup>93</sup> A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno*, cit., p. 113. In tal senso cfr. anche F. SALOMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen*, cit., p. 17, secondo la quale in tal modo «la Corte effettua una vera e propria trasfigurazione del sindacato di costituzionalità, con un'espansione del proprio ruolo che va ben oltre quanto previsto dalla stessa Costituzione».

<sup>94</sup> A. RUGGERI, *ult. cit.*, pp. 115 e 116, il quale ragiona in proposito di una «destrutturazione dei criteri formalis».

<sup>95</sup> G. REPETTO, *ult. cit.*, p. 8.

Non è, poi, mancato chi ha rilevato che a fronte di questo nuovo corso della giurisprudenza costituzionale convivano due tipologie di «rapporto triangolare tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale»: quello tradizionale di cui alla giurisprudenza *Granital* e quello «della “269 temperata”» che introduce una deroga al primo quando sono in gioco diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e dalla Carta UE, ma anche – come chiarito appunto dalla sentenza n. 20 del 2019 – dal diritto derivato dell’Unione europea che abbia rappresentato il “modello” per la Carta, partecipando della sua stessa natura materialmente costituzionale<sup>96</sup>.

Come si accennava, gran parte della dottrina ritiene che la sentenza n. 20 del 2019 abbia apportato dei ridimensionamenti all’*obiter* della sentenza n. 269 del 2017: *in primis*, trasformando la «doverosità della previa rimessione alla Consulta in opportunità di interpellare in prima battuta tale giudice»<sup>97</sup>; in secondo luogo, riconoscendo al giudice comune la possibilità del rinvio pregiudiziale sulla «medesima disciplina» e non più soltanto «per altri profili»<sup>98</sup>.

Rispetto alla facoltatività della rimessione alla Corte costituzionale, secondo parte della dottrina, alla luce della sentenza n. 20 si dovrebbe ricorrere in prima battuta al Giudice costituzionale nei casi in cui dalla norma dell’Unione che tutela un diritto della persona non si possa ricavare una regola della fattispecie, occorrendo un bilanciamento di interessi contrapposti che solo la Corte costituzionale è in grado di assicurare con una pronuncia dotata di effetti *erga omnes*<sup>99</sup>.

Si ritiene, inoltre, che in un «quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», la Corte costituzionale, eventualmente investita

<sup>96</sup> C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., p. 15.

<sup>97</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 8. Nello stesso senso anche S. CATALANO, *ult. cit.*, pp. 25 e ss., il quale ritiene che con la sentenza n. 20 la Corte abbia voluto «lanciare un ulteriore messaggio ai giudici comuni, sollecitandoli – pur non intendendoli necessariamente obbligati – a rivolgersi alla Corte costituzionale», una «proposta di ‘nuovo patto’ fra i principali attori del controllo di costituzionalità». Similmente N. LUPO, *ult. cit.*, p. 19, secondo il quale «la Corte costituzionale ha riconosciuto che spetta al giudice ordinario “gestire” i casi di “doppia pregiudizialità” e che lo può fare senza vincoli assoluti. Ma, al tempo stesso, gli ha rivolto – come dire – un caldo “invito” a coinvolgere, ove del caso, e preferibilmente in prima istanza, la Corte costituzionale, anche in nome della possibilità, per questa, di annullare la norma con efficacia *erga omnes*». Anche G. REPETTO, G. MARTINICO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe*, cit., p. 738, leggono nella sentenza n. 20 del 2019 un mero “invito” ai giudici nazionali a sollevare per prima la questione di legittimità costituzionale.

<sup>98</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 9; A. RUGGERI, *ult. cit.*, p. 115; G. BRONZINI, *op. e loc. ult. cit.*; A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione Giustizia*, 6.02.2020, § 3.

<sup>99</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 19, la quale prospetta altresì, l’opportunità di un intervento successivo del Giudice delle leggi ogniqualvolta occorra valutare la proporzionalità di una misura nazionale che limita l’operatività e il primato del diritto dell’Unione e si vuole assicurare, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, una sua applicazione uniforme.

per prima della questione, debba sollevare rinvio pregiudiziale laddove voglia dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con quella costituzionale e dell'Unione, perché in tal caso la sua espunzione potrebbe privare la Corte di giustizia della possibilità di valutare la compatibilità della norma con l'ordinamento dell'Unione ed eventualmente anche "salvarla" sulla base di una diversa ponderazione degli interessi in gioco<sup>100</sup>. Secondo tale orientamento, inoltre, la Corte costituzionale dovrebbe provvedere al rinvio pregiudiziale prima di azionare i controlimiti e ogniqualvolta voglia adottare una declaratoria di non fondatezza anche per i profili di compatibilità con il diritto UE, onde evitare di essere sconfessata da un successivo rinvio operato dal giudice comune e da una sentenza di segno opposto della Corte di giustizia. Dal punto di vista dei rapporti tra giudice comune e Corte costituzionale, secondo questo orientamento dottrinario, si potrebbe immaginare che, non soltanto nei casi di violazione di diritti fondamentali, ma anche rispetto a qualunque violazione di norme dell'Unione direttamente applicabili o aventi effetto diretto, lo stesso giudice comune, eventualmente dopo un rinvio pregiudiziale, disapplichi in via definitiva e possa contestualmente sollevare una questione di legittimità costituzionale per espungere con efficacia *erga omnes* la norma che si ritenga lesiva di disposizioni dell'Unione e quindi dell'art. 11 Cost.<sup>101</sup>. Simile soluzione assicurerebbe al contempo l'immediatezza e l'effettività della tutela (tramite la disapplicazione) e «la sua massimizzazione non solo in termini di garanzia del livello di tutela più elevato possibile, ma anche di applicazione di tale standard di tutela a 360 gradi, per il tramite di una pronuncia con efficacia *erga omnes* della Corte costituzionale idonea ad assicurare la certezza del diritto ed evitare le disparità di trattamento»<sup>102</sup>.

Tale soluzione, a parere chi scrive, appare alquanto problematica perché rischia di oscurare del tutto il requisito della pregiudizialità e, quindi, della rilevanza della questione, con conseguente scardinamento delle norme a presidio dell'incidentalità del giudizio. E che tale obiettivo possa essere perseguito *de iure condendo*, attraverso una modifica normativa dell'accesso alla giustizia costituzionale, non pare in grado di attenuare le perplessità esposte per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché il carattere incidentale dell'accesso, nonostante le torsioni cui è stato sottoposto<sup>103</sup>, è il tratto unificante e identitario che costituisce la matrice di tutte le più profonde trasfor-

<sup>100</sup> *Ivi*, p. 22, cui si riferisce il virgolettato che precede.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 26, dove a tal fine si prospetta un intervento di riforma della legge n. 87 del 1953. Similmente, anche A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017*, cit., pp. 160 e ss. il quale però ritiene opportuno un intervento del legislatore di revisione costituzionale.

<sup>102</sup> C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 28.

<sup>103</sup> Compiutamente analizzate, in prospettiva comparata, da C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 85 e ss.

mazioni subite dalla giustizia costituzionale italiana nel suo percorso di deviazione dal modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, dalle evoluzioni del principio di ragionevolezza, all'attenuazione della funzione contromaggioritaria del controllo di costituzionalità, per citare solo le più rilevanti. In secondo luogo, perché la fluttuazione astratta della questione di costituzionalità, che deriverebbe dal venir meno del vincolo della rilevanza, non risulterebbe soltanto circoscritta alla "materia" dei diritti fondamentali, come risultante dalla Carta UE, ammesso che in questi termini la si voglia e possa ricostruire, bensì, dopo la sentenza n. 20 del 2019, riguarderebbe ogni caso in cui la norma UE, anche di diritto derivato, sia considerata attuativa della Carta stessa.

Quanto al profilo dei margini residui per il promovimento del rinvio pregiudiziale, la dottrina è concorde nel ritenere che, con la sentenza in questione, la Corte avrebbe spianato la via ad un rinvio «a tutto campo»<sup>104</sup>, non più circoscritto ai profili diversi da quelli già scrutinati dalla Consulta<sup>105</sup>, «escludendo ogni preclusione»<sup>106</sup>. L'orientamento messo a punto dalla Corte costituzionale, però, secondo parte della dottrina, potrebbe comunque determinare dei «cortocircuiti» tra le giurisprudenze delle due Corti. Ciò avverrebbe, ad esempio, nel caso in cui la Consulta, adita per prima, rigetti la questione, mentre la Corte dell'Unione, successivamente intervenuta, riscontri una violazione della normativa sovranazionale. In una simile ipotesi, non sarebbe chiaro se il giudice comune possa ugualmente disapplicare la norma interna ovvero se sia tenuto ad investire nuovamente la Corte costituzionale<sup>107</sup>. L'unico modo per conciliare le diverse posizioni secondo questo orientamento dottrinario sarebbe l'applicazione diretta della norma UE e la successiva prospettazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma interna con essa incompatibile, per garantirne la rimozione con effetti *erga omnes*. Si tratta, però, come appena osservato, di una soluzione che pregiudicherebbe irrimediabilmente la pregiudizialità e la rilevanza della questione di costituzionalità. Diversa, ancora, la posizione di chi ritiene che l'aver escluso ogni preclusione all'accesso alla Corte di giustizia confermerebbe l'utilità di sollevare contemporaneamente rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto europolitano e diritto interno*, cit., p. 113.

<sup>105</sup> In tal senso G. BRONZINI, *op. e loc. ult. cit.*; R. CONTI, *ult. cit.*, § 4; S. CATALANO, *ult. cit.*, p. 29; S. LEONE, *ult. cit.*, p. 658.

<sup>106</sup> A. RUGGERI, *ult. cit.*, p. 118.

<sup>107</sup> A. RUGGERI, *op. e loc. ult. cit.* Sottolinea questa incertezza anche R. CONTI, *ult. cit.*, § 6. *Contra* G. BRONZINI, *op. e loc. ult. cit.*, secondo il quale non vi è dubbio che il giudice comune, una volta che la Corte di giustizia abbia accertato il contrasto, dovrebbe disapplicare la norma interna incompatibile.

<sup>108</sup> R. CONTI, *ult. cit.*, § 4.

Pare a chi scrive di poter dire che molte delle perplessità avanzate in questo senso si superano se, come si è proposto di fare fin dalle prime battute di questo saggio, ci si attiene, nella maniera più piana, a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale fin dal 2017, ovvero che, come richiede la giurisprudenza dell'Unione, il potere del giudice di disapplicare deve essere sempre fatto salvo e non compresso, secondo la logica del concorso dei rimedi giurisdizionali, perché proprio da ciò dipende la compatibilità con il diritto UE di un assetto che prevede la possibilità – introdotta, appunto, con la sentenza n. 269 – che la questione di costituzionalità interna venga sollevata prima del promovimento del rinvio pregiudiziale. Se, infatti, si muove da questa premessa, che a chi scrive pare chiara dalla lettura degli orientamenti della nostra Corte, non vi è motivo né di contestare che la questione di costituzionalità possa venire prima della pregiudiziale europea, né di immaginare soluzioni problematiche dal punto di vista istituzionale come quella del doppio rinvio contestuale, che creerebbe le premesse di possibili contrasti giurisprudenziali, se non di giudicati in senso tecnico-processuale, e non consentirebbe a nessuna delle due Corti di giovare della decisione dell'altra nella costruzione dei rispettivi parametri: in particolare, alla nostra Corte di operare il rinvio pregiudiziale<sup>109</sup> e alla Corte di giustizia di “ascoltare” la voce della giurisprudenza costituzionale nella ricostruzione delle tradizioni costituzionali comuni.

Proprio su questo ultimo aspetto si appunta, non a caso, uno dei passaggi più significativi della sentenza n. 20: quello in cui la Corte costituzionale evidenzia come la «prima parola» le sia stata data per effetto di una *scelta* del giudice rimettente e come ciò corrisponda all'esigenza di consentirle di contribuire all'edificazione delle tradizioni costituzionali nazionali<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> Resterebbe, in ogni caso, salva la possibilità della Corte di interpretare il parametro costituzionale anche alla luce del parametro sovranazionale, come risultante dalla pregressa giurisprudenza di Lussemburgo, proprio come avvenuto nel caso di specie (lo evidenzia anche M. MASSA, *Dopo la «precisazione»*, cit., p. 15), in cui la Corte ritiene nel merito parzialmente fondata la sola questione relativa all'art. 3 Cost. per violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza, con particolare riferimento all'obbligo di pubblicazione di dichiarazioni e attestazioni contenenti dati reddituali e patrimoniali propri e dei più stretti congiunti, in quanto imposto senza alcuna distinzione, a carico di tutti i titolari di incarichi dirigenziali.

<sup>110</sup> C. cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*, in cui si legge che «questa Corte deve pertanto esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Ciò anche allo scopo di *contribuire*, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, *siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (corsivo nostro). R. CONTI, *ult. cit.*, § 6, legge in tale passaggio una rivendicazione da parte della Corte costituzionale di un «sindacato diretto ed accentrato sulla portata della Carta stessa, piegandola ad una lettura che essa stessa dovrebbe forgiare “in ar-

Da ultimo, anche ai fini del prosieguo della trattazione, vale la pena sottolineare come anche la sentenza n. 20 del 2019, come la n. 269 del 2017, ha lasciato aperte alcune questioni di portata generale. Una delle più importanti è certamente quella della determinazione del criterio in base al quale il giudice nazionale possa (o debba) decidere se sollevare in prima battuta il rinvio pregiudiziale o la questione di costituzionalità. Ma la dottrina non ha mancato di evidenziare anche l'opportunità di un chiarimento sulla possibilità che la Corte costituzionale, pronunciandosi nel senso dell'accoglimento della questione sollevata, annulli la norma interna con effetti *erga omnes*, precludendo così la successiva attivazione del rinvio pregiudiziale<sup>111</sup>.

Nessuna delle questioni richiamate ha trovato soluzione nella sentenza n. 63 del 2019, che ad oggi rappresenta il punto di arrivo della giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità. Ciò nonostante essa merita di essere autonomamente considerata perché restituisce significative conferme delle proposte interpretative che sono state avanzate fin qui circa il corretto modo di intendere la "svolta" del 2017.

Nel caso di specie, il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale della disposizione transitoria che differiva al momento dell'emanazione dei regolamenti della Banca d'Italia e della CONSOB l'entrata in vigore delle modifiche apportate al regime sanzionatorio previsto per la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187-bis* del TUF, per violazione degli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.<sup>112</sup>, quest'ultimo in relazione agli artt. 7 CEDU e 49, paragrafo 1, terzo periodo, Carta UE, posti a presidio del principio di retroattività delle disposizioni penali più favorevoli.

Avutane ancora l'occasione, la sentenza ribadisce ulteriormente l'orientamento inaugurato nel 2017, ovvero che «– sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità co-

monia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"». Chi scrive ritiene, invece, che l'argomento delle tradizioni costituzionali comuni debba essere speso non in chiave oppositiva ma integrativa, non per limitare l'ingresso del diritto europeo materialmente costituzionale, ma per favorire la sua costruzione attraverso un'integrazione di senso, materiale in chiave smendiana. Sul punto si rinvia a quanto si dirà *infra*, § 7.

<sup>111</sup> Secondo G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., pp. 11 e 12, alla Corte costituzionale sarebbe consentita la declaratoria di incostituzionalità purché «l'annullamento investa le specifiche determinazioni con cui il legislatore ha recepito una regola sovranazionale di per sé compatibile anche con diverse modalità attuative». Il vero problema, secondo l'Autore, si porrebbe in riferimento ai casi in cui l'atto nazionale costituisca un'attuazione vincolata del diritto UE, senza margini di discrezionalità per le autorità nazionali: «in casi del genere, la ragione dell'annullamento dell'atto interno non sarebbe legato ad un'autonoma valutazione discrezionale del legislatore interno, ma costituirebbe il riflesso di un'invalidità che affligge in realtà l'atto normativo europeo, che verrebbe così indirettamente annullato».

<sup>112</sup> In particolare, l'art. 3 Cost. è invocato, come di consueto, a fondamento del principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale.

stituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – *per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.* – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò *fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE, *anche dopo* il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>113</sup> (corsivi nostri).

La decisione fuga, così, ogni possibile residuo dubbio sulla facoltà per i giudici comuni di proporre rinvio pregiudiziale, sia prima che dopo il giudizio di costituzionale e per qualsivoglia motivo<sup>114</sup>, rendendo conseguente ed ulteriore ragione della bontà della lettura che vede nel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in materia di doppia pregiudizialità non l'inversione dell'ordine delle questioni ma il superamento dell'obbligo prima gravante sul giudice comune di adire previamente, sempre e comunque, la Corte di giustizia.

Parte della dottrina<sup>115</sup>, invece, analogamente a quanto avvenuto in relazione alla sentenza n. 20, ha letto anche nella sentenza n. 63 del 2019 una totale inversione di rotta rispetto a quanto affermato nella n. 269 del 2017, sia in riferimento alla possibilità, oggi riconosciuta al giudice comune, di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sugli stessi profili già scrutinati dalla Corte costituzionale, sia in ordine alla facoltà, non più l'obbligo, per lo stesso giudice di promuovere, nei casi di doppia pregiudizialità, prima la questione di legittimità alla Corte costituzionale, sia infine in riferimento alla possibilità di disapplicare la norma interna incompatibile con la Carta secondo la Corte di giustizia, senza dover successivamente interpellare il Giudice costituzionale.

<sup>113</sup> Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 *Considerato in diritto*. Nel merito la Corte, dopo aver riconosciuto la natura punitiva della sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 e, quindi, la sua soggezione al principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale, accoglie la questione in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. per il tramite dell'articolo 7 CEDU e dell'art. 49 Carta UE. Segnatamente, la sentenza riconduce tali norme alla medesima *ratio* e afferma che «comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza di questa Corte ritiene non assoluta, ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel “vaglio positivo di ragionevolezza” richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco»: cfr. punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Evidenzia la «dimensione unitaria» che la Corte ha, in questo caso, voluto attribuire al contenuto dei diritti fondamentali M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2.04.2019, §§ 3 e 4.

<sup>114</sup> Così anche S. CATALANO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>115</sup> Cfr., ad esempio, M. SCOLETTA, *ult. cit.*, § 3.

Per completezza, infine, si può segnalare, con particolare riguardo all'ordine delle pregiudiziali, che una posizione meno critica sulla coerenza della giurisprudenza costituzionale è stata, invece, espressa da chi, pur rilevando una discontinuità rispetto al 2017, ha letto nelle decisioni nn. 20 e 63 del 2019 non più l'affermazione dell'obbligo di adire prima la Corte costituzionale (che sarebbe stato contenuto nella sentenza n. 269) ma comunque una sollecitazione al giudice comune a percorrere previamente la strada del giudizio di costituzionalità in una sorta di "nuovo patto" tra Giudice costituzionale e giudici comuni<sup>116</sup>.

Dovrebbe a questo punto della trattazione risultare chiaro che, dal nostro punto di vista, il dato letterale delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 appare univoco nell'affermare che l'incidente di legittimità costituzionale, prima e in luogo della disapplicazione, è una via percorribile ma non obbligata per il giudice comune e che, dunque, il rinvio pregiudiziale potrebbe comunque precedere l'incidente di costituzionalità. La Corte, infatti, è ferma nel dire che, laddove (il che, evidentemente, implica che potrebbe anche non darsi il caso) sia lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale per asserita violazione tanto della Carta UE quanto della Costituzione, essa «non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri»<sup>117</sup>, ovvero entrando nel merito della questione proposta.

In sintesi, dunque, ad avviso di chi scrive, la giurisprudenza del 2019 ha fornito significative precisazioni e conferme dell'orientamento inaugurato nel 2017 e non ha affatto realizzato una correzione di rotta rispetto all'inversione dell'ordine delle pregiudiziali che sarebbe stata operata con la sentenza del 2017<sup>118</sup>. Con tutte e tre queste decisioni il Giudice costituzionale pare, infatti, aver affermato una sola regola, ossia che non opera più l'obbligo del previo esperimento del rinvio pregiudiziale nei casi di possibile violazione dei diritti e delle libertà fondamentali previsti dalla nostra Costituzione: ragion per cui, quindi, d'ora in avanti, il giudice comune sarà libero, nei casi di doppia pregiudizialità, di valutare se promuovere in prima battuta la *quaestio legitimitatis* o il rinvio pregiudiziale, senza dover più temere, nel primo caso, di andare incontro alla scure della decisione di inammissibilità per difetto di rilevanza.

<sup>116</sup> È la, per altro verso già citata, posizione di S. CATALANO, *ult. cit.*, pp. 25 e 26; S. LEONE, *ult. cit.*, p. 657; N. LUPO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>117</sup> Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>118</sup> *Contra* cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., p. 8, secondo la quale, come si è detto, con le decisioni del 2019 la Corte avrebbe ridimensionato la portata dell'*obiter* della 269 del 2017, trasformando la doverosità della previa rimessione alla Consulta in una opportunità di interpellarla in prima battuta. Sostiene che la Corte costituzionale con le sentenze nn. 20 e 63 del 2019 sia divenuta «più permissiva» G. BRONZINI, *ult. cit.*, § 3.

### 5. Come gestire l'ordine delle questioni? Il grado di vincolatività degli obblighi derivanti dal diritto UE e lo spazio residuo per il rinvio pregiudiziale dopo l'eventuale declaratoria d'incostituzionalità della norma interna

Il Giudice delle leggi non ha, quindi, rivendicato un diritto alla «prima parola»<sup>119</sup> ma si è limitato ad affermare che, quando è in gioco la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, la questione di costituzionalità deve sempre poter essere sollevata, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga prima o dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Se si ricostruisce in questi termini la portata della giurisprudenza analizzata – e, quindi, si nega, che la Corte abbia inteso fornire un nuovo e alternativo, rigido, ordine delle questioni pregiudiziali – rimangono insoluti i due fondamentali problemi, di portata generale, cui si è fatto riferimento in sede introduttiva. Il primo è quello della determinazione del criterio in base al quale il giudice nazionale, non essendo vincolato dalla giurisprudenza costituzionale ad un preciso ordine delle questioni, possa e/o debba decidere se sollevare in prima battuta il rinvio pregiudiziale o la questione di costituzionalità<sup>120</sup>. Il secondo è quello delle modalità di utilizzo delle norme europee sui diritti fondamentali come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale<sup>121</sup>.

Il primo problema porta a chiedersi come debba essere complessivamente gestito il rapporto tra le due pregiudiziali e conduce ad affrontare un particolare aspetto, che della questione indaga uno dei più delicati risvolti operativi, degno per la sua rilevanza sistematica di autonoma considerazione, ovvero quello concernente lo spazio che residua per l'eventuale rinvio pregiudiziale laddove la Corte costituzionale, pronunciandosi per prima, accolga la questione e annulli la norma interna con effetti *erga omnes*.

La dottrina che ha commentato la giurisprudenza costituzionale di cui ci si è occupati, già ricordata per altri versi, ha prospettato diverse soluzioni per dare ordine ai casi di doppia pregiudizialità concernenti i diritti fondamentali. Così, da una parte dei commentatori, è stato osservato<sup>122</sup> che il giudice comune potrebbe in prima battuta sollevare rinvio pregiudiziale e, nel caso di una sentenza che accerti l'incompatibilità della norma nazionale con la Carta, attivare il controllo di costituzionalità avanzando censure di costituzionalità fondate su parametri costituzionali e europei. In questa ipotesi, però, qualunque

<sup>119</sup> Per usare, ancora una volta, l'espressione di Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*.

<sup>120</sup> In una non dissimile prospettiva, C. AMALFITANO, *ult. cit.*, p. 18, rileva che la Corte ha, sino ad ora, lasciato la decisione alla libera scelta del giudice comune, limitandosi ad affermare che, se interpellata in prima battuta, non potrà sottrarsi alla decisione nel merito, con l'unico limite dell'obbligo per i giudici di ultima istanza di procedere al rinvio pregiudiziale.

<sup>121</sup> Di esso si tratterà nel paragrafo seguente.

<sup>122</sup> R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 26 e 27.

dovesse essere l'esito del giudizio di legittimità costituzionale, il giudice comune avrebbe comunque l'obbligo di successiva disapplicazione della norma interna, salvo che siano stati evocati i controlimiti. Alla stregua di tale orientamento, resterebbe comunque salva la facoltà del giudice comune di sollevare il rinvio pregiudiziale, anche all'esito del giudizio costituzionale, così come nell'ipotesi in cui la Corte costituzionale abbia in precedenza sollevato il rinvio pregiudiziale e si sia discostata dalla pronuncia resa dalla Corte di giustizia. Sempre secondo tale ricostruzione, infine, si potrebbe anche dare il caso della contestuale presentazione di una domanda di rinvio pregiudiziale e di una questione di legittimità costituzionale<sup>123</sup>; ipotesi che, tuttavia, non convince chi scrive per i già evidenziati rischi di contrasto fra le decisioni delle due Corti, che seguirebbero due giudizi paralleli, senza potersi giovare l'una della decisione dell'altra per comporre il conflitto in via interpretativa<sup>124</sup>, cioè, come si dirà di qui a poco, attraverso la costruzione del parametro.

Altra soluzione prospettata in dottrina è quella che chiama in causa l'intervento del legislatore della revisione costituzionale al fine di discostarsi, sia pure per casi debitamente circoscritti, dall'incidentalità del giudizio sulle leggi<sup>125</sup>. Secondo questa impostazione, dovrebbe rimanere salda la priorità della pregiudizialità comunitaria perché solo così il giudice potrebbe ottenere gli elementi di conoscenza indispensabili per capire se vi sia una congiunta violazione della Carta dell'Unione e della Carta costituzionale; ricevuta risposta nel senso della violazione della norma UE, il giudice comune dovrebbe dare immediata applicazione alla norma della Carta invece che a quella interna incompatibile. Il medesimo, poi, ad ulteriore garanzia del primato del diritto dell'Unione, potrebbe, altresì, sollecitare il giudizio della Corte costituzionale per la rimozione con effetti *erga omnes* della norma interna. Spetterebbe, altresì, al legislatore<sup>126</sup> determinare gli effetti discendenti dall'eventuale attivazione dei controlimiti da parte della Consulta e, quindi, stabilire se il giudizio principale, nel quale si è già fatta applicazione diretta della norma UE, sia da considerare definitivo o meno e, ancora, se gli effetti della decisione della Corte valgano soltanto per giudizi diversi da quello da cui ha tratto

<sup>123</sup> R. CONTI, *ult. cit.*, spec. p. 28.

<sup>124</sup> Vedi *supra*, § 4. Analogamente, cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., p. 22, secondo il quale il contestuale rinvio pregiudiziale e la *quaestio legitimitatis* «rischierebbe di dare origine a corto-circuiti e di stimolare il conflitto, anche involontario, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, anziché favorire la doverosa collaborazione» e A. COSENTINO, *ult. cit.*, § 4, secondo cui tale soluzione «sembra non facilmente praticabile senza un intervento legislativo che rimoduli il requisito della rilevanza nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale». Lascia, invece, aperto l'interrogativo sull'opportunità di questa soluzione M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, cit., p. 756.

<sup>125</sup> A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017*, cit., p. 160.

<sup>126</sup> Cfr. A. RUGGERI, *ult. cit.*, pp. 161 e 163, in cui si prospetta l'estensione di una simile soluzione anche ai casi di antinomia con la CEDU.

origine. Anche tale soluzione, il cui indubbio pregio è di consentire di “salvare” la supremazia del diritto dell’Unione e la dottrina degli effetti diretti per come le abbiamo fino ad oggi conosciute, non convince, però, chi scrive fino in fondo; e ciò perché, come si è già avuto modo di dire<sup>127</sup>, essa potrebbe finire per scardinare le regole poste a presidio della rilevanza della *quaestio legitimitatis*, e, quindi, dell’incidentalità, con ciò minando le caratteristiche più profonde che il controllo di costituzionalità è venuto a assumere nella storia repubblicana.

Per quanto riguarda più da vicino la determinazione del criterio che dovrebbe guidare il giudice comune nella scelta della questione da promuovere, se il rinvio pregiudiziale o la questione di legittimità costituzionale, una parte della dottrina ha auspicato di lasciare al giudice la decisione sull’ordine delle pregiudiziali sulla base della «prevalenza», nel caso concreto, dei profili di diritto interno o dei profili di diritto europeo. In particolare, secondo questa ricostruzione, il criterio in questione si risolverebbe nella «sinergia di una duplice analisi, l’una volta a valutare il grado di discrezionalità nell’attuazione del diritto dell’Unione di cui il legislatore nazionale abbia goduto nell’emanare la norma oggetto del dubbio di legittimità sia costituzionale che euro-unitaria e, l’altra, volta a valutare il grado di specificazione che il diritto garantito dalla Cdfue abbia ricevuto nel diritto derivato dell’Unione»<sup>128</sup>. Salvo quanto si dirà di qui a poco sul carattere vincolato delle scelte del legislatore interno sottoposte a sindacato, si può al riguardo osservare che il criterio della prevalenza, appoggiato sul grado di specificazione del diritto derivato rispetto alle norme della Carta, rischia di apparire problematico per le stesse ragioni per cui la dottrina ha dubitato della tenuta della dottrina dell’*incorporation* dopo che la Carta di Nizza ha acquisito efficacia giuridica, ovvero che, come è difficile capire quando il giudice interno opera “in veste di giudice dell’Unione” per effetto dell’ampliamento dei fini recepiti nei Trattati, allo stesso modo è diabolico capire se una norma (sia essa europea o interna) è o non è attuativa di una previsione materialmente costituzionale in tema di diritti fondamentali, perché la diretta precettività delle norme costituzionali irradia tutto l’ordinamento e induce a far apparire tutte le norme subordinate attuative o specificative di questa o quella libertà fondamentale<sup>129</sup>.

Ancora, prima della giurisprudenza costituzionale da cui si son prese le mosse, altra parte della dottrina proponeva una delimitazione della dottrina *Simmmenthal*, conservandola per le antinomie puntuali tra norme europee e

<sup>127</sup> Vedi *supra*, § 4.

<sup>128</sup> Cfr. A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 14; ID., *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, cit., § 4, cui si riferisce il virgolettato.

<sup>129</sup> Cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 44 e ss.

nazionali, ma non per i casi di contrasto con norme europee di principio<sup>130</sup>. Secondo tale prospettiva, i giudici comuni avrebbero dovuto ricorrere alla di-sapplicazione e, eventualmente al rinvio pregiudiziale, solo ove vi fosse, nel caso concreto, un vero e proprio conflitto tra regole nazionali ed europee puntuali e di immediata applicazione. Viceversa, allorché l'antinomia riguardasse una norma nazionale in contrasto con principi (o obiettivi) europei, sarebbe divenuto appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali, non escludendo, ove necessario a parere del giudice, l'acquisizione del contributo della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. Tale impostazione, di cui si ritiene sempre valido il tentativo di distinguere i casi in cui a venire in considerazione è il carattere sostanzialmente costituzionale delle norme, appare, però, oggi difficilmente praticabile alla luce soprattutto della sentenza n. 20 del 2019, che opportunamente – almeno nella prospettiva di chi scrive – ha chiarito che le ragioni del sindacato accentrato non sono *bypassabili* nemmeno quando il contrasto tra diritto interno ed europeo riguardi una norma del diritto derivato, rendendo così inutilizzabile il discrimine regola/principio.

Tra le varie ricostruzioni proposte circa il percorso che il giudice deve seguire per ordinare le questioni, merita poi di essere approfondita quella che rinviene il discrimine in forza del quale orientare la scelta del rinvio da promuovere per primo nel grado di vincolatività delle norme europee rispetto a quelle nazionali, ovvero utilizza il criterio che distingue le norme interne vincolate da quelle che appaiono discrezionali rispetto all'adempimento dei vincoli derivanti dalla appartenenza dell'Italia all'UE<sup>131</sup>.

Al riguardo si può, forse, aggiungere che, laddove la norma nazionale, sospettata di incompatibilità con la Costituzione e con la Carta UE, rappresenti una misura vincolata rispetto all'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, che non lasci quindi alcun margine di discrezionalità al legislatore nazionale, il giudice comune dovrebbe sollevare in prima istanza il rinvio pregiudiziale, così da investire la Corte di giustizia di due distinte questioni, che possono anche essere proposte contestualmente (la seconda in via subordinata e in funzione di come viene risolta la prima):

a) il dubbio interpretativo che eventualmente gli residui in ordine alla circostanza che, rispetto al caso di specie, la norma UE abbia effetti che vincolino *in toto* il legislatore italiano all'esatto contenuto della norma interna;

b) la questione di validità della norma UE, qualora sia convinto che la norma nazionale, della cui legittimità anche costituzionale si controverte, sia

<sup>130</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., p. 9.

<sup>131</sup> In particolare, secondo G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., p. 2961, la priorità della pregiudizialità costituzionale riconosciuta dalla sentenza n. 269 del 2017 sarebbe limitata ai soli casi in cui siano in gioco atti normativi interni «che, per il fatto di non risultare interamente vincolati ai contenuti dalla Carta, sono frutto di un'attività discrezionale del legislatore interno e che quindi, come tali, non possono ricadere unicamente nel sindacato della Corte di giustizia».

interamente vincolata a quella europea nel significato assunto dalla Corte di giustizia, ma dubiti che quest'ultima norma sia conforme al diritto dei Trattati o della Carta.

A valle del rinvio pregiudiziale, poi, la Corte costituzionale dovrebbe sempre poter essere investita della questione e, così, decidere della compatibilità della norma interna vincolata con la Costituzione repubblicana. In tal caso, però, con la consapevolezza – donde la necessità di una valutazione “accentrata” da parte del Giudice delle leggi – di poter porre le premesse perché si generi un'eventuale responsabilità europea dell'ordinamento, che a quel punto discenderebbe dalla declaratoria di incostituzionalità, la quale, rimuovendo un atto legislativo il cui contenuto è vincolativamente richiesto dal diritto UE, renderebbe lo Stato italiano – salvo il tempestivo (ma irrealistico) intervento riparatore del legislatore – inadempiente rispetto ai propri obblighi comunitari<sup>132</sup>. Una simile prospettiva, del resto, sembra essere già stata implicitamente valutata dalla giurisprudenza costituzionale in occasione dell'ordinanza n. 117 del 2019, con cui, come noto, la Corte costituzionale ha formulato un duplice rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, interpretativo e di validità del reg. UE n. 596 del 2014, argomentando che la caducazione della normativa nazionale censurata, costituente «puntuale attuazione» del diritto derivato in oggetto, «rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione»<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> E quindi passibile di procedura di infrazione. Non si ritiene, invece, che in un tal caso sarebbe configurabile la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano per violazione del diritto UE nei confronti della parte del giudizio *a quo* che si vedesse negare la tutela richiesta per effetto dell'annullamento della norma interna. E ciò, nonostante il carattere vincolato della norma interna sia ordinariamente considerato fattore che radica tale responsabilità (sul punto cfr., per tutti, R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2010), perché la decisione della Corte costituzionale autorizzerebbe il giudice comune adito per il risarcimento del danno a considerare quest'ultimo non ingiusto, in quanto avvenuto in conformità all'ordinamento costituzionale. In quali casi, poi, la declaratoria d'incostituzionalità della norma interna vincolata si debba considerare un esito possibile del giudizio di costituzionalità dipende da come si ricostruisce il suo parametro: vedi *infra*, § 6.

<sup>133</sup> Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 9 del *Considerato in diritto*. La Corte ha chiesto, pertanto, ai Giudici di Lussemburgo se il diritto derivato debba essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito represso con sanzioni amministrative di natura “punitiva”, dal momento che tale sanzione sarebbe contraria al diritto al silenzio, «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» nel nostro ordinamento. In secondo luogo, la Consulta ha proposto rinvio per chiarire se, in caso di risposta negativa alla prima questione, il diritto derivato sia compatibile con gli artt. 47 e 48 della Carta UE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”». Saluta con favore la decisione di sollevare il rinvio pregiudiziale e l'operazione ermeneutica della Corte costituzionale di comporre «in “sistema”» la Costituzione, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Carta

Viceversa, il giudice comune non dovrebbe disapplicare la norma interna e/o promuovere rinvio pregiudiziale, ma sollevare in prima battuta la questione di costituzionalità ogniqualvolta la norma nazionale contrastante con i diritti della Carta (e della Costituzione) sia frutto di scelte discrezionali del legislatore nazionale, vale a dire non risulti interamente predeterminata e vincolata nel contenuto da atti normativi dell'Unione, come avviene, ad esempio, nel caso delle direttive, che – per definizione – lasciano ampi margini di intervento al legislatore interno per la loro attuazione, o dei regolamenti che non siano integralmente autoapplicativi e non richiedano misure interne a contenuto rigidamente univoco. In tali casi, infatti, le ragioni del sindacato accentratore di legittimità costituzionale, che la “svolta” del 2017 e le sue successive conferme hanno saldamente ancorato alle esigenze di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, devono prevalere sul vecchio ordine delle questioni, potendo bene l'eventuale dubbio interpretativo o di validità essere fugato attraverso un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale<sup>134</sup>.

Salvo quanto si dirà nei paragrafi successivi, è bene chiarire fin da ora che nel giudizio di costituzionalità, così previamente instaurato, la Corte potrebbe allora, o attraverso il rinvio pregiudiziale, ove ne senta essa stessa il bisogno, o

dell'Unione, le tradizioni costituzionali comuni e la CEDU, A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *ConsultaOnLine*, 2019, p. 244. Anche S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine della opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2019, pp. 6 e ss. commenta positivamente la decisione sulla base del rilievo che la Corte «rafforza l'impressione, già ricavabile dalla lettura delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019, di voler proporre, nella tutela dei diritti fondamentali, un nuovo ‘patto’ ai giudici comuni. Da un lato, si suggerisce a questi ultimi di dare al Giudice delle leggi la “prima parola”, dall'altro, si accetta di coinvolgere attivamente la Corte di giustizia nel dialogo, ammettendo che essa possa essere chiamata in causa da entrambi». Anche A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, *ivi*, 2019, p. 189, vede nel rinvio pregiudiziale «una chiara conferma insieme dello “spirito di leale collaborazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali” e del rispetto delle competenze della Corte europea, e, al di là dei suoi possibili esiti, costituisce una riprova di quanto fosse eccessivo l'allarmismo suscitato dalla nuova scala di priorità delle questioni di “doppia matrice” vista come un indebito spossamento dei giudici comuni dei loro poteri di garanzia dei diritti, e di una usurpazione dei poteri della CGUE». Anche G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, *ivi*, 2019, p. 171, evidenzia che «il protagonismo rivendicato dalla Consulta, in reazione a un'oggettiva, crescente emarginazione, si accompagna a una più ampia disponibilità al dialogo diretto con la Corte di giustizia, anche al fine di disattivare potenziali conflitti in via preventiva, e dunque, ridurre il ricorso, sempre traumatico, all'arma dei controlimiti».

<sup>134</sup> Prendendo le mosse dalla vicenda *Taricco* evidenzia che il rinvio pregiudiziale ha «il merito di offrire la possibilità di soddisfare le esigenze poste dalla normativa costituzionale dei singoli Stati membri, senza introdurre deroghe nell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, che deriverebbero invece da un'applicazione unilaterale dei controlimiti», G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e norme dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 1050.

direttamente nella sentenza che definisce il giudizio costituzionale, esercitare la fondamentale funzione che le è propria nella prospettiva del concorso di rimedi giurisdizionali di cui parla la sentenza n. 20, ossia la determinazione, nella prospettiva dell'art. 53 della Carta, di quale sia il livello di tutela di cui gode un determinato diritto o libertà fondamentale nel nostro ordinamento costituzionale; e ciò, beninteso, non in astratto, ma nel concreto della fattispecie derivante dal giudizio *a quo*, esattamente come nel prisma della medesima fattispecie potrebbe intervenire, in seconda battuta, la Corte di giustizia per effetto del rinvio pregiudiziale, operato dalla stessa Corte o dal giudice comune a valle del sindacato di costituzionalità<sup>135</sup>.

Ci si avvede, allora, che, se si vuole accedere alla diffusa immagine del “dialogo” tra Corti, i canali di questa comunicazione sono per il giudice costituzionale, che venga previamente adito, essenzialmente due: il promovimento del rinvio pregiudiziale, ove necessiti di un chiarimento interpretativo circa la natura degli effetti della norma europea o dubbi della sua conformità all'ordinamento dell'Unione (e qui il “dialogo” è evidentemente con la Corte di Lussemburgo); la definizione del giudizio di costituzionalità con riferimento espresso al grado di tutela che la posizione soggettiva azionata nel giudizio *a quo* ha nell'ordinamento costituzionale interno anche in relazione alla corrispondente tutela accordata nell'ordinamento dell'Unione (qui, invece, con altrettanta evidenza, il “dialogo” sarà con il giudice comune<sup>136</sup>). In questo secondo contesto, da un lato, si porrà il problema dell'uso del parametro europeo nel giudizio di costituzionalità<sup>137</sup>, dall'altro, la tradizione costituzionale nazionale perverrà “alle orecchie” della Corte di giustizia per il tramite dell'eventuale rinvio pregiudiziale operato, a valle del controllo di costituzionalità, dal giudice *a quo*.

Attraverso questa dinamica, dunque, la giustizia costituzionale accentrata potrebbe – e dovrebbe – mantenere la propria centralità nel sindacare la costituzionalità della legge come strumento per “rappresentare”, nel concreto della vicenda giurisdizionale scaturente dal giudizio *a quo*, qual è la tradizione costituzionale italiana in punto di tutela di un determinato diritto o libertà fondamentale, consentendo al contempo alla Corte di giustizia, che dovesse intervenire sulla medesima fattispecie, per rinvio della Corte stessa o del giu-

<sup>135</sup> Osserva condivisibilmente G. REPETTO, *ult. cit.*, p. 2962 che tale interpretazione si imporrebbe alla luce della giurisprudenza europea sul caso *Melki* e dell'art. 53 Carta UE, in quanto «è solamente in relazione ad atti interni *non* vincolati al recepimento di un contenuto imperativo [...] che la Corte costituzionale avrebbe titolo e ragione per pronunciarsi in prima battuta, al fine di rivendicare un livello di protezione più elevato di un diritto garantito al contempo dalla Costituzione e dalla Carta ai sensi dell'art. 53 della stessa».

<sup>136</sup> Salvo che quest'ultimo, all'esito del controllo di costituzionalità, non promuova rinvio pregiudiziale. In tal caso, infatti, attraverso il giudice comune (quindi indirettamente), la Corte finirebbe per “dialogare” anche con il giudice comune.

<sup>137</sup> Di cui si dirà *infra*, § 6.

dice *a quo*, ma anche in un successivo giudizio, di elaborare e/o modificare le tradizioni costituzionali comuni dell'Unione tenendo conto della vitalità della Costituzione nazionale. Eventualità, quest'ultima, che appare coerente con l'art. 52, comma 4, della Carta, secondo il quale, come noto, laddove la medesima «riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni» e con il successivo comma 6, che a tal fine richiede che si tenga «pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali»<sup>138</sup>.

Non si può, peraltro, non rilevare che il criterio enunciato appare perfettamente in sintonia con la decisione resa dalla Corte di giustizia nella sentenza *Akerberg Fransson*<sup>139</sup>, in cui si afferma proprio che gli Stati membri possono applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, risultanti dalle Costituzioni interne, qualora il diritto dell'Unione non preveda una disciplina completa ed autoapplicativa, ma lasci agli ordinamenti nazionali un margine di intervento che presuppone scelte discrezionali, le quali possono essere sottoposte, in prima battuta, al vaglio di costituzionalità che le Corti nazionali operano con riferimento innanzitutto ai parametri interni<sup>140</sup>.

Da ultimo, la bontà di tale ricostruzione può essere ritenuta in forza del rilievo che, se, per un verso, è vero che la Corte costituzionale non vanta un mezzo per obbligare il giudice comune a sollevare previamente la questione di costituzionalità<sup>141</sup>, per l'altro, è altrettanto vero, però, che essa, ove decidesse di adottare il criterio proposto, o meglio di imporlo ai giudici comuni, disporrebbe di un idoneo strumento processuale per “costringere” i rimettenti a promuovere previamente il rinvio pregiudiziale in presenza di norme interne a carattere vincolato. Essa, potrebbe, infatti, come faceva in passato per garantire il vecchio ordine delle questioni pregiudiziali, dichiarare inammissi-

<sup>138</sup> Anche se non si può sottacere che fino ad oggi la Corte di giustizia, a differenza delle Corti costituzionali nazionali, ha ridotto la portata della norma attraverso l'uso combinato dei principi di leale collaborazione e di proporzionalità (cfr. T. KONSTADINIDIS, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13 (2011), pp. 195 e ss.), tanto che si può affermare che nella giurisprudenza UE il suo principale ambito di applicazione sia la definizione delle deroghe nazionali alla disciplina delle libertà del mercato comune. Come, infatti, rilevato da B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, No. 1 (2012), pp. 290 e ss., la *identity clause* ricorre nella giurisprudenza della Corte di giustizia nella duplice veste di autonoma base normativa della deroga o di criterio interpretativo di altra norma che giustifica la deroga in relazione alle politiche pubbliche dello Stato membro.

<sup>139</sup> Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, *Akerberg Fransson*, causa C-617/10.

<sup>140</sup> Se non si fraintende, in maniera non molto dissimile ragiona anche R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., p. 35, secondo il quale la rimessione all'una o all'altra Corte dovrebbe seguire il “principio della prossimità”, cioè dipendere dal *quantum* di discrezionalità lasciata al legislatore nazionale nella definizione della norma che si ritiene in contrasto con la Costituzione e con il diritto dell'Unione.

<sup>141</sup> Come evidenziato dalla dottrina citata *supra*, §§ 2 e 3.

bili per difetto di rilevanza le questioni di costituzionalità promosse, ove siano state sollevate dal giudice comune che non abbia fugato, attraverso il rinvio pregiudiziale, l'eventuale dubbio sulla natura dell'obbligo comunitario (se importante discrezionalità o meno) e/o non abbia verificato la controversa conformità della norma europea ai Trattati ed alla Carta.

Sulla scorta di quanto fin qui considerato, si può addivenire alla trattazione della specifica questione cui si accennava in apertura del presente paragrafo, ovvero quella relativa alla determinazione di quale sia lo spazio residuo per il rinvio pregiudiziale in caso di previo giudizio di legittimità costituzionale quando tale giudizio si concluda con una declaratoria di incostituzionalità<sup>142</sup>. A rigore, se si aderisce alla lettura qui proposta, il problema dovrebbe porsi solo in caso di norme interne a contenuto comunitariamente non vincolato, dovendo il giudice che si trovi dinnanzi al dubbio di costituzionalità di una norma interna che costituisce attuazione non discrezionale degli obblighi derivanti dal diritto UE rimettere previamente la questione pregiudiziale interpretativa o di validità alla Corte di giustizia.

Nel caso in cui il giudice comune, invece, non seguendo il criterio indicato, dovesse sollevare, in prima istanza, la questione di costituzionalità della norma interna vincolata e questa dovesse essere giudicata fondata dalla Corte, si assisterebbe secondo parte della dottrina, al paradosso per cui «la ragione dell'annullamento dell'atto interno non sarebbe legato ad un'autonoma valutazione discrezionale del legislatore interno, ma costituirebbe il riflesso di un'invalidità che affligge in realtà l'atto normativo europeo, che verrebbe così indirettamente annullato»<sup>143</sup>. A parere di chi scrive, il paradosso si supera rilevando che, in tali casi, ove la Corte costituzionale non ritenesse di sanzionare con l'inammissibilità la decisione del giudice comune di non adire previamente la Corte di giustizia, come chi scrive ritiene che dovrebbe fare, potrebbe comunque essa stessa promuovere rinvio pregiudiziale per ottenere un chiarimento sugli effetti vincolanti della norma UE e/o la sua rimozione in caso di contrasto con il diritto dei Trattati o della Carta, così pervenendo all'annullamento della legge interna solo in caso di contrasto con norma europea davvero vincolante e conforme al diritto UE, cioè valida.

Nel caso poi, per noi "ordinario", della questione di costituzionalità promossa correttamente prima del rinvio e in luogo della disapplicazione, perché avente ad oggetto norma interna a contenuto discrezionale, l'eventuale declaratoria di incostituzionalità rischia di apparire meno problematica di quanto non avverrebbe in caso di annullamento di norma vincolata. E ciò non soltanto perché non verrebbe in considerazione alcuna forma di inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, comportando l'annullamento

<sup>142</sup> Problema sollevato, con particolare chiarezza, da A. COSENTINO, *ult. cit.*, § 2.

<sup>143</sup> Secondo G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., pp. 11 e 12.

l'onere per il legislatore di dare attuazione all'obbligo in altra maniera costituzionalmente legittima (sempre possibile, avendo la norma annullata natura non vincolata), ma anche perché, nel seguito giudiziario, il giudice comune si troverebbe dinnanzi una norma europea perfettamente valida ed efficace, che dovrebbe e potrebbe applicare, restando assolutamente impregiudicata la sua facoltà di promuovere rinvio pregiudiziale interpretativo se avesse dubbi sulla sua efficacia diretta o, più in generale, sulla sua interpretazione<sup>144</sup> e/o di validità se fosse controversa la sua conformità ai Trattati o alla Carta<sup>145</sup>.

#### **6. L'integrazione del parametro di legittimità costituzionale nel giudizio a doppia pregiudizialità: il "parametro misto" e la "massimizzazione della minor tutela"**

Come si è accennato, non più eludibile diventa anche la questione dell'uso del parametro europeo nel giudizio di legittimità costituzionale.

Tale profilo è rimasto aperto a seguito delle sentenze esaminate<sup>146</sup> e comprendere con esattezza quale sia il parametro che la Corte costituzionale deve impiegare nei casi di "doppia incompatibilità" è questione di non poco momento, considerato che la Carta deve «essere interpretata come *fonte autonoma* alla luce dei criteri indicati nel suo art. 52 e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di giustizia»<sup>147</sup>. Secondo parte della dottrina, il passaggio della sentenza n. 269 del 2017, secondo cui la Corte giudica «alla luce dei parametri interni ed *eventualmente* di quelli europei secondo l'ordine di volta in volta appropriato», sembra lasciare intendere che la considerazione del parametro europeo sarà solo eventuale e successiva, anche alla luce del fine, dichiarato da quella stessa giurisprudenza, «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»<sup>148</sup>.

Al riguardo, pare a chi scrive di poter dire che tale impostazione, secondo cui il parametro europeo deve essere scrutinato soltanto dopo quello costituzionale interno ed esclusivamente nel caso in cui il primo non conduca alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, presuppone che i due *set* di parametri (europeo ed interno) operino secondo logiche di alternatività, come se fos-

<sup>144</sup> *Contra*, cfr. A. COSENTINO, *op. e loc. ult. cit.*, secondo cui la caducazione della norma interna precluderebbe l'attivazione del rinvio pregiudiziale e, dunque, la funzione nomofilattica della Corte di Lussemburgo.

<sup>145</sup> *Contra*, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., p. 11, secondo cui non può essere proposto rinvio di validità «su una norma già colpita da illegittimità costituzionale».

<sup>146</sup> Parla di «passaggio oscuro» R. MASTROIANNI, *ult. cit.*, p. 26.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> Così G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 1. In tal senso anche S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., p.

sero posti a presidio di due differenti circuiti di legalità costituzionale: una europea ed una costituzionale interna. Tale visione, però, rischia di apparire manichea, perché, come noto, le norme della Carta UE diventano parametro di costituzionalità per il tramite degli art. 11 e 117, comma 1, Cost., di cui integrano la portata precettiva ai fini del sindacato di costituzionalità della norma interna contrastante. Ne deriva che, nel momento in cui vengono invocate nell'ordinanza di rimessione norme costituzionali e norme della Carta, il parametro di costituzionalità dovrà essere necessariamente la risultante interpretativa, potenzialmente nuova ed autonoma, della norma costituzionale interna a tutela del diritto fondamentale dedotto nel giudizio *a quo* e della corrispondente norma della Carta di Nizza posta a garanzia dell'omologo diritto.

Ciò, a parere di chi scrive, dovrebbe avvenire dando vita ad un “parametro costituzionale misto”, che integri Costituzione italiana e Carta UE ai limitati fini del controllo di legittimità costituzionale del diritto interno. Anche le norme della Carta, infatti, sono “diritto costituzionale interno”, per cui si deve ritenere che non sia possibile distinguere logicamente e cronologicamente lo scrutinio in base al parametro interno rispetto al sindacato sulla base del parametro europeo: legalità costituzionale interna e legalità costituzionale europea non costituiscono due circuiti alternativi, ma rappresentano gli elementi contestualmente costitutivi di una nuova “legalità costituzional-europea”, la cui esistenza non può essere disconosciuta senza revocare in dubbio l'integrazione del parametro di costituzionalità che si realizza proprio per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Segnatamente, se due norme in materia di libertà fondamentali, una interna e una europea, dovessero prevedere astrattamente, o in concreto perché interpretate alla luce delle rispettive giurisprudenze (che operano bilanciamenti diversi), limiti differenti allo stesso diritto e, in particolare, il diritto costituzionale interno prevedere limiti ulteriori a quelli della corrispondente norma della Carta UE (e, quindi, un livello di tutela che si potrebbe dire – si vedrà di qui a poco con quali cautele – inferiore a quello europeo), il parametro di costituzionalità usato dalla Corte nel giudizio sulla norma interna dovrebbe risultare costituito da una “norma-parametro mista” che preveda l'esistenza di quel limite, ma lo riconformi nella sua concreta portata precettiva – anche mitigandolo notevolmente – in forza di una interpretazione restrittiva del limite stesso che valorizzi, nella misura massima possibile, il contenuto irriducibile che il diritto ha secondo la norma europea e la sua giurisprudenza, che non conoscono il limite in questione.

Se, invece, limiti ulteriori al contenuto e all'esercizio di un diritto, inesistenti nella Costituzione e nei bilanciamenti giurisprudenza costituzionale, fossero previsti dalla Carta UE o dai bilanciamenti della giurisprudenza UE (e,

quindi, fosse il diritto UE a somministrare una tutela che si potrebbe considerare – si dirà con quante perplessità metodologiche – inferiore a quella interna), il parametro di costituzionalità in concreto usato dalla Corte dovrebbe essere rappresentato da una norma, ancora una volta diversa sia da quella europea che da quella costituzionale (secondo le rispettive giurisprudenze), che contempla l'esistenza del limite, ma lo interpreta alla luce di uno scrutinio stretto di ragionevolezza in relazione al contenuto indefettibile che in concreto lo stesso diritto viene ad avere nel contesto interno e delle ragioni costituzionali per cui quello stesso limite non è previsto dall'ordinamento nazionale.

Detto altrimenti, la proposta che si vuole avanzare è che, quando nei due ordinamenti vengono in considerazione limiti diversi allo stesso diritto o libertà fondamentale (e ciò per effetto delle previsioni astratte delle norme o dei concreti bilanciamenti delle giurisprudenze), l'integrazione del parametro di costituzionalità si dovrebbe tradurre nella creazione di una nuova “norma mista”, che massimizzi in concreto quella che in astratto sarebbe, invece, la minor tutela (perché contempla un limite esistente solo in uno dei due ordinamenti) e lo fa attraverso un'interpretazione restrittiva del limite stesso basata sulle ragioni di tutela “materialmente costituzionali” che definiscono il contenuto essenziale del diritto<sup>149</sup> nell'ordinamento in cui il limite non esiste e in cui, quindi, il diritto esprime una portata precettiva astrattamente più ampia.

Non sfugge a chi scrive che, nella misura cui finisce per teorizzare la “massimizzazione della minor tutela”, la ricostruzione qui proposta dell'integrazione del parametro di costituzionalità rischia di apparire paradossale rispetto al canone interpretativo dell'art. 53 della Carta UE, secondo cui, come noto, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, [...] dalle costituzioni degli Stati membri». In realtà, però, a ben vedere, il paradosso si rivela poco più che apparente<sup>150</sup> se si tiene nel debito conto che la definizione di quale sia

<sup>149</sup> Qui, come si sarà compreso, nel senso squisitamente normativo di «nucleo duro particolare», ovvero di contenuto specifico del diritto nel singolo ordinamento: cfr. A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Diz. dir. pubbl.*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1635.

<sup>150</sup> E l'apparenza che residua deriva dal fatto che tutto l'impianto della Carta, a partire dalle sue c.d. clausole orizzontali è pensato in una prospettiva dualista, per essere percepito come il fulcro di un sistema di tutela che resta distinto da quello costituzionale interno, secondo una logica di separazione piuttosto che di integrazione: sul punto cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 369 e ss. Per un'analisi della giurisprudenza di Lussemburgo sull'interpretazione della clausola orizzontale di cui all'art. 53 della Carta a partire dalle sentenze *Melloni* e *Taricco*, cfr., *ex multis*, E. MALFATTI, *ult. cit.*, pp. 241 e ss., nonché A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 29, il quale evidenzia che è illusorio pensare che tali clausole siano sufficienti a evitare completamente il problema delle collisioni tra le sfere di tutela dei diritti fonamen-

il maggior grado di tutela di un diritto in due o più ordinamenti sconta inevitabilmente il rilievo che tale grado non è espresso da ciascun ordinamento in valore assoluto ma ha una dimensione relazionale, contraddistinta normalmente dal fatto che la maggior tutela di un diritto corrisponde alla minor tutela di quello antagonista o concorrente con cui viene equamente contemperato<sup>151</sup>, tanto che vi è generale condivisione sull'idea che quasi tutte le questioni che apparentemente investono il livello di tutela di un diritto sottendono, in realtà, problemi di bilanciamento con altri diritti<sup>152</sup>.

Ne deriva che, nel contesto delle relazioni interordinamentali, se non si vuole accedere ad una lettura meramente ideologica del canone dell'interpretazione *magis ut valeant* delle libertà fondamentali<sup>153</sup>, che riconosca che nel caso concreto la maggior tutela possibile deve essere assicurata con riguardo a tutte le posizioni soggettive costituzionalmente tutelate (a livello interno e europeo) e non solo ad una che arbitrariamente si prende a riferimento<sup>154</sup>, l'unico modo di massimizzare la tutela è quella di applicare i li-

tali e conclude che ci si trova dinanzi ad un «*puzzling object* dove non tutto è perfettamente pacificato».

<sup>151</sup> Seguono quest'impostazione anche G. GAJA, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 220; L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 270 e ss.; J.H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in ID., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 179 e ss., il quale considera le diverse forme di bilanciamento interno dei valori costituzionali una delle manifestazioni del fatto che la diversa tutela accordata da ciascun ordinamento ai diritti umani va interpretata come indice di una opportuna differenziazione della tutela attorno al suo nucleo essenziale.

<sup>152</sup> *Ex multis*, cfr. V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Esi, 2006, p. 444 e, più di recente, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, pp. 32 e ss. Per un test sulla possibile operatività dell'art. 53 in relazione alle varie tipologie di diritti, cfr. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 20 e ss.

<sup>153</sup> Critiche avverso la logica della massimizzazione delle tutele sono espresse da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 273, il quale afferma, nella stessa prospettiva di quanto si è appena affermato, che «concretamente [...] la maggior parte delle questioni davvero complesse che coinvolge le aspettative di tutela dei diritti fondamentali non può essere utilmente risolta garantendo la massima tutela ad un diritto, poiché il tratto effettivamente problematico riguarda i rapporti di detto diritto con altri diritti, con i diritti degli altri, o con il raggio di azione di uno o più principi pure meritevoli di tutela».

<sup>154</sup> Quella dell'attore/ricorrente del giudizio *a quo*? Quella del convenuto/resistente? Quella del convenuto/resistente che agisce in riconvenzionale? Quella del terzo interventore adesivo autonomo? Con ogni evidenza, gli interrogativi potrebbero continuare e ciò per la ragione che il livello di tutela di un diritto che vive in un rapporto è indipendente dal fatto, esclusivamente processuale, che esso sia l'oggetto di una iniziativa giudiziaria o che venga invocato a paralizzare l'altrui spendita dell'*editio actionis*.

miti ad un dato diritto, anche se previsti in uno solo dei due ordinamenti, perché da ciò deriva la tutela massima dei diritti antagonisti o concorrenti (a garanzia dei quali quei limiti sono previsti in astratto dalla norma o in concreto dai bilanciamenti della giurisprudenza), interpretando però tali limiti nella maniera più restrittiva possibile, così da garantire, nella misura massima possibile, le ragioni costituzionali e l'estensione della tutela che tale diritto ha nell'ordinamento che gli stessi limiti non prevede, ovvero il suo contenuto essenziale. Diversamente, si finisce per indulgere nell'idea che «diritti» e «limiti» siano qualcosa di ontologicamente diverso, mentre proprio l'esperienza dell'integrazione costituzionale europea insegna che essi non sono altro che la manifestazione sostanzialmente unitaria della «scelta sociale specifica» che ogni ordinamento compie intorno a tutto ciò che non è nucleo essenziale di una libertà<sup>155</sup>.

È, forse, poi, il caso di sottolineare che a tale costruzione del “parametro misto” la Corte potrebbe addivenire anche ove la Carta UE non fosse espressamente invocata nell'ordinanza di rimessione. Tale idea, infatti, può ritenersi ragionevole, oltre che in forza delle considerazioni sistematiche si faranno nel paragrafo che segue, anche alla luce del duplice rilievo che, da un lato, il Giudice costituzionale è tenuto, come tutti gli altri giudici, ad applicare tutto il diritto vigente relativo alla fattispecie dedotta in giudizio in forza del principio *iura novit curia*, dall'altro, che la medesima Corte, salva la potestà conformativa che la questione sollevata dal giudice *a quo* esercita sull'oggetto del giudizio incidentale, dispone di un autonomo potere di ridefinizione del parametro che, nel caso di specie, deriva dagli artt. 11 e 117 Cost., i quali pretendono la sua integrazione con le norme UE, che, per un verso, sono il frutto delle cessioni di quote di sovranità operate dal nostro ordinamento, per l'altro, sono la fonte da cui scaturiscono i vincoli europei che la legge deve rispettare.

Negli auspici di chi scrive, se un pregio il lettore può riconoscere alla tesi qui prospettata del “parametro misto”, esso risiede nella sua capacità di contribuire ad allentare la latente tensione che esiste tra l'integrazione del parametro di costituzionalità ai sensi dell'art. 11 Cost., che dovrebbe portare a dire che la norma della Carta UE (o del diritto derivato che ad essa dia attuazione) soggiace ai soli controlimiti, e quella che si realizza per il tramite dell'art. 117 Cost., che conduce a ritenere che la norma europea sui diritti fondamentali possa integrare il parametro di costituzionalità solo se conforme alla Costituzione tutta, esattamente come avviene per il diritto internazionale pattizio e, quindi, in materia di libertà, per la CEDU<sup>156</sup>. Attraverso la costru-

<sup>155</sup> J.H. WEILER, *ult. cit.*, p. 181, cui si riferiscono tutti i virgolettati della frase.

<sup>156</sup> A tale conclusione, non a caso, arrivano G. SCACCIA, *ult. cit.*, p. 7 e, più di recente, C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disap-*

zione del “parametro misto” e la conseguente “massimizzazione della tutela minore”, infatti, la Corte finirebbe per uscire dallo schema della rigida collocazione gerarchica della norma dell’Unione rispetto alla Costituzione (se “sotto” i soli principi supremi o “sotto” tutta la Costituzione), per entrare in una diversa dinamica interpretativa – che si evidenzierà essere, sempre a sommeso parere di chi scrive, quella maggiormente coerente e funzionale con le esigenze attuali dell’integrazione costituzionale europea<sup>157</sup> – in cui entrambe le fonti esprimono, nella misura massima possibile, determinata in concreto dalla fattispecie, la propria capacità precettiva: o nell’imporre l’applicazione di un limite non previsto nell’altro ordinamento o nel conformare l’interpretazione restrittiva di detto limite in considerazione del contenuto essenziale del diritto nel proprio sistema normativo.

Di tale conclusione può, forse, apparire conferma la circostanza che l’integrazione del parametro attraverso la creazione di una “norma mista” fa in definitiva in modo che la norma della Carta UE (o del diritto derivato) né soggiaccia, né prevalga sulla Costituzione (o, se proprio non si vuole rinunciare alla logica gerarchica, faccia entrambe le cose a seconda delle esigenze regolative del caso), ma appunto semplicemente la integri ai fini della determinazione del parametro di costituzionalità, arrestandosi, a seconda della dinamica concreta indotta dalla fattispecie, dinnanzi alla disciplina costituzionale delle libertà e dei loro limiti oppure ai principi supremi intesi come contenuto essenziale del diritto. Infatti, nel caso in cui si dica, pur con tutta l’approssimazione e l’imprecisione metodologica che si è evidenziata, che il livello di tutela maggiore sia quello dell’ordinamento interno, in cui non esiste un limite previsto invece nell’ordinamento europeo (in astratto dalle norme o in concreto dai bilanciamenti della Corte di giustizia), la Carta UE, come detto, integrerà il parametro attraverso la previsione del limite mutuato dal diritto UE, ma la sua forza precettiva incontrerà il limite del contenuto indefettibile del diritto previsto dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale, in senso lato arrestandosi, quindi, dinnanzi ai principi supremi. Nel caso in cui, invece, ci si trovi davanti a un caso in cui il livello di tutela maggiore può essere considerato, con le solite cautele, quello dell’ordinamento europeo, perché l’ordinamento costituzionale interno (in astratto con le norme della

*plicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 301. Note critiche su questo esito sono espresse anche da R. MASTROIANNI, *L’art. 11 Cost. preso sul serio*, in *DPCE*, Editoriale, 2018, p. 8, secondo il quale il riferimento al solo art. 117 Cost. nel giudizio di costituzionalità «non solo avrebbe rischiato di sminuire l’incidenza dell’integrazione europea come impegno primario dell’Italia fondato su un principio supremo della Costituzione, ma avrebbe avuto come probabile conseguenza riportare ogni ipotesi di antinomia nell’alveo del giudizio di costituzionalità, non essendo più formalmente giustificato il potere di disapplicazione affidato al giudice comune».

<sup>157</sup> Vedi *infra*, § 7.

Costituzione o in concreto con i bilanciamenti della Corte costituzionale) prevede un limite ulteriore, la Carta UE integrerà il parametro determinando quel contenuto indefettibile del diritto che costituisce criterio di interpretazione restrittiva del limite previsto dalla disciplina costituzionale interna, cui, quindi, in senso lato, cederà il passo.

A voler ricollegare il discorso sul parametro con quello sull'ordine della questioni pregiudiziali, dovrebbe a questo punto apparire chiaro che, nell'impostazione qui abbozzata, il "parametro misto" dovrebbe trovare la sua naturale sede di elezione nei casi in cui la Corte costituzionale sia adita per prima: il sindacato avverrebbe tenendo conto, con le modalità descritte, del parametro interno e di quello europeo, interpretato alla luce dell'eventuale giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia sulla conferente norma della Carta e, in caso di dubbio circa la portata ermeneutica o la validità della norma UE, resterebbe comunque salva la via del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso Giudice costituzionale.

Nell'ipotesi in cui, invece, la Corte di giustizia sia intervenuta per prima, sarebbe necessario distinguere i possibili esiti del rinvio. Ove essa abbia ritenuto che il diritto UE non osti all'applicazione della norma nazionale (in caso di pregiudiziale interpretativa) e/o che sia conforme ai Trattati e alla Carta (in caso di rinvio di validità), l'eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma interna si dovrebbe fondare sul parametro costituzionale interno, senza che si renda necessario provvedere all'integrazione europea del medesimo. Questo perché la sostanza della doppia pregiudizialità sarebbe già sciolta e, essendo il promovimento del rinvio pregiudiziale avvenuto prima del sollevamento della questione costituzionalità perché – nella nostra ricostruzione – la norma interna ha carattere vincolato, residuerebbe alla Corte di sindacare il diritto interno alla luce della sola Costituzione, ma con la consapevolezza che l'eventuale annullamento della legge determinerebbe il venir meno dell'adempimento di un obbligo comunitario valido e che non può essere adempiuto con una norma diversa.

Laddove, all'opposto, la Corte di Lussemburgo si sia espressa nel senso che il diritto UE (sia valido e/o) osti all'applicazione della norma nazionale, si porrebbe di nuovo per la Corte il problema di integrare il parametro di costituzionalità interno con la disciplina della Carta e la giurisprudenza di Lussemburgo. Anche in questo caso, dunque, come in quello di giudizio di costituzionalità che precede il rinvio, essa potrebbe procedere attraverso la creazione del "parametro misto", ponderando il regime dei limiti e il contenuto essenziale dei diritti nel contesto dei due ordinamenti. Con la non irrilevante differenza, però, che, essendo già intervenuto il rinvio pregiudiziale, il Giudice costituzionale saprebbe che, secondo la Corte di giustizia, la norma interna – che il giudice comune aveva dubitato essere in contrasto con obblighi euro-

pei che non lasciano margine di discrezionalità al legislatore interno, tanto da proporre per primo il rinvio pregiudiziale – non rappresenta per il diritto dell’Unione la maniera legittima di adempiere detti obblighi. Ne deriva che davvero poco spazio dovrebbe in tal caso residuare per l’eventuale rigetto della questione di costituzionalità, il quale finirebbe per apparire praticabile esclusivamente ove la Corte assumesse che la norma interna, che secondo la Corte di giustizia rappresenta una illegittima attuazione di un obbligo ad adempimento non discrezionale, rappresenti, invece, una espressione della discrezionalità del legislatore nazionale non solo *conforme a* ma addirittura *necessariamente richiesta dalla* Costituzione.

### **7. Controlimiti, identità costituzionale e integrazione europea: la giustizia costituzionale accentrata come principio supremo e la trasfigurazione nomofilattica del suo ruolo**

Da quanto si è fin qui provato a sostenere si possono ricavare alcune considerazioni di sintesi, che, per un verso, si spera possano agevolare la comprensione sintetica e unitaria del “modello” di relazioni e rapporti tra istanze giurisdizionali che viene fuori dalla presente trattazione, per l’altro, costituiscono la base per ulteriori riflessioni sul ruolo e il significato che la giustizia costituzionale accentrata viene ad assumere nel contesto dell’integrazione costituzionale europea.

Si è avuto modo di evidenziare<sup>158</sup> che le decisioni rese dalla Corte in tema di doppia pregiudizialità, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017, hanno, rimosso l’obbligo del previo rinvio pregiudiziale nei casi di sospetta incompatibilità della norma nazionale con i diritti garantiti sia dalla Carta UE sia dalla Costituzione, ma non hanno dettato un nuovo e inverso ordine fisso delle pregiudiziali. La prima regola processuale che ne deriva è che, d’ora in poi, quando il giudice comune investirà la Corte costituzionale della «prima parola», ovvero in caso di contrasto della norma interna non solo con la Carta UE, ma anche con il diritto derivato di essa attuativa<sup>159</sup>, questa non negherà più, come faceva in passato, il giudizio di merito considerando la questione priva di rilevanza e, quindi, inammissibile. Ne discende, però, anche una seconda conseguenza, certamente non meno rilevante della prima, la quale consiste nella rivendicazione dello spazio che il controllo di costituzionalità mantiene anche a seguito dell’eventuale previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tale secondo profilo completa la regola enunciata per prima nel quadro di una ricostruzione complessiva delle ragioni del sindacato accentrato di legittimità costituzionale che sottolinea l’indefettibilità del controllo di costitu-

<sup>158</sup> Vedi *supra*, §§ 2, 3 e 4.

<sup>159</sup> Vedi *supra*, § 4.

zionalità svolto dalla Corte, il quale deve sempre poter essere azionato: o prima o dopo il rinvio pregiudiziale.

Il sindacato accentrato sulla costituzionalità delle leggi viene così ad essere qualificato sostanzialmente come un principio supremo dell'ordinamento costituzionale, alla stregua di una ormai risalente proposta dottrina<sup>160</sup>, la quale aveva valorizzato nel campo della c.d. "tutela multilivello dei diritti" la tesi, ad altro fine sviluppata<sup>161</sup>, dell'esistenza di principi supremi a contenuto essenzialmente organizzativo, che, per la loro strumentalità rispetto ad altri principi e diritti sanciti dalla Costituzione repubblicana, assumono quel particolare *status* che li rende non solo in grado di limitare le revisioni costituzionali e la disciplina dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma anche, proprio per quanto qui di più prossimo interesse, di arrestare la *primauté* del diritto dell'Unione. Questa considerazione è in grado, a modesto giudizio di chi scrive, di smorzare una delle obiezioni più immediate cui la lettura avanzata in queste pagine si espone, ovvero di essere inconciliabile con gli arresti della dottrina dei c.d. controlimiti, che la Corte costituzionale non ha affatto mostrato di voler superare e che ha avuto sempre maggiore circolazione anche presso le giurisprudenze costituzionali degli altri Stati membri<sup>162</sup>.

Se, infatti, si è disposti a concordare che, in riferimento alla disciplina sostanziale dei diritti fondamentali, non è possibile parlare di una rigida gerarchizzazione della Carta UE rispetto alla Costituzione – e, quindi, non si può adottare il classico schema *Simmmenthal* per dire se la prima soggiace ai soli controlimiti o a tutte le norme della seconda<sup>163</sup> – ci si accorge che proprio il

<sup>160</sup> Cfr. A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., p. 83.

<sup>161</sup> L'esistenza di controlimiti relativi ai profili organizzativi dell'ordinamento costituzionale è stata già prospettata in dottrina con riguardo all'articolazione territoriale della Repubblica (P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 146) ed all'autonomia della magistratura (U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 509). Sui principi organizzativi come principi supremi, cfr., invece, N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui «principi supremi» d'organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI e G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*. Atti del Seminario (Palermo 28-29 maggio 1998), Torino, Giappichelli, 2000, pp. 106 e ss., ma, embrionalmente, già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, p. 286, il quale per primo pone la questione se devono essere considerati immodificabili all'interno dell'ordinamento costituzionale non solo i principi che concretano le opzioni ideologiche fondamentali del Costituente ma anche «quel minimo di strutture organizzative» che sono legate a tali principi da «un necessario rapporto di strumentalità».

<sup>162</sup> Sulla circolazione delle teorie dei controlimiti nella giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri dell'Unione europea nella fase recente cfr. P. FARAGUNA, *Il ruolo delle Corti costituzionali dal principio di apertura alle regole di chiusura dell'ordinamento*, in *DPCE*, 2019, pp. 827 e ss., il quale, secondo una prospettiva che ben si concilia, come si vedrà, con la tesi avanzata nel testo, identifica il fondamento delle ragioni dei controlimiti nell'esistenza di un principio di apertura degli ordinamenti costituzionali.

<sup>163</sup> E ciò per le ragioni che si è cercato di dire a proposito del "parametro misto" in forza del quale la Corte dovrebbe decidere i casi di doppia pregiudizialità: vedi *supra*, § 6.

principio supremo di organizzazione rappresentato dal carattere accentrato del controllo di costituzionalità rappresenta l'unico possibile controlimito inteso in senso tradizionale, ovvero come qualcosa da "opporre" alla pervasività del diritto dell'Unione. Quale, infatti, che sia il contrasto tra il diritto interno e quello europeo, l'eventuale prevalenza del secondo sul primo non potrà realizzarsi attraverso l'estromissione del sindacato accentrato di legittimità costituzionale dal circuito della tutela giurisdizionale dei diritti e delle libertà fondamentali, per cui, se anche il giudice comune dovesse previamente adire la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>164</sup>, deve sempre restare salva la sindacabilità della conformità della legge interna alla Costituzione da parte del suo giudice.

In questo senso, il carattere accentrato della giustizia costituzionale è qualcosa di non negoziabile, che non può essere *bypassato* e che impedisce al diritto UE di affermarsi *contro* la Costituzione italiana, perché la supremazia del primo non può comprimere la possibilità riconosciuta al Giudice costituzionale di presidiare la costituzionalità della legge, che costituisce un vero e proprio "controlimito interno" al diritto dell'Unione, da far valere – e che finalmente la giurisprudenza costituzionale ha fatto valere – in quanto elemento della «struttura fondamentale, politica e costituzionale» degli Stati membri cui fa riferimento il comma 2 dell'art. 4 del Trattato UE<sup>165</sup>, oltre che come tradizione costituzionale comune ai sensi dell'art. 6 dello stesso Trattato.

<sup>164</sup> Nella nostra interpretazione, in caso di norma interna che adempie un obbligo europeo che non lascia discrezionalità al legislatore interno: vedi *supra*, § 5.

<sup>165</sup> Un'espressione simile, come si ricorderà, era già contenuta nel testo del Trattato costituzionale europeo (art. I-5), su cui cfr. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 840 e ss., secondo cui la norma avrebbe, di fatto, spezzato il monopolio interpretativo dei giudici interni sulla determinazione dei controlimiti, agevolando «la formazione di vere e proprie consuetudini interpretative, idonee a consolidarsi dunque in indirizzi stabili di produzione-interpretazione giuridica, in forza dei quali gli enunciati costituzionali, in ambito europeo come pure in ambito nazionale, si volgano naturalmente gli uni verso gli altri, alimentandosi e rinnovandosi reciprocamente di senso (in modo circolare, appunto)». Cfr. anche S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine giuridico nazionale* (Introduzione all'incontro di studio tra la Corte costituzionale ed il Tribunale costituzionale federale tedesco, Karlsruhe, 20 novembre 2009), disponibile nel sito istituzionale della Consulta ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), il quale, in una prospettiva che non pare dissimile dalla nostra, parla dell'evoluzione dei controlimiti in un «sistema uniforme di limiti». Analogamente A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 482 e ss., sottolinea, da un lato, che i principi costituzionali nazionali appartengono alla costituzione materiale dell'Unione, dall'altro, che l'eventuale attivazione dei controlimiti deve essere valutata alla luce della partecipazione del processo d'integrazione europea e, quindi, tenuto conto che il patrimonio costituzionale statale non è più autoreferenziale ma calato in un osmotico sistema di reciproci condizionamenti.

Se si guarda alla giurisdizione costituzionale accentrata in termini di principio supremo, si comprende allora che, dal punto di vista del nostro diritto costituzionale, le ragioni del sindacato accentrato vanno ben al di là degli effetti *erga omnes* delle declaratorie d'incostituzionalità sulla cui base motivano le recenti sentenze della Corte e riguardano l'inserimento del Giudice costituzionale nel circuito della tutela multilivello dei diritti fondamentali, che, nel contesto delle relazioni interordinamentali, appare imprescindibile perché il modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* continui ad avere motivo di esistere. Un fondamentale argomento, infatti, giustifica, dinanzi alle norme sui diritti, l'assoggettamento della legge interna al controllo accentrato di costituzionalità e, cioè, che la sua "non applicazione" da parte del giudice comune, eventualmente all'esito di un rinvio pregiudiziale, darebbe in realtà luogo ad una vera e propria disapplicazione, implicante pur sempre un giudizio di validità.

A tale conclusione non si può non giungere se si pone attenzione al dato che, nei casi di doppia pregiudizialità in materia di libertà fondamentali, il confronto con una norma costituzionale dell'Unione pone, sempre e comunque, una questione di validità della norma interna che va al di là della verifica della violazione indiretta degli art. 11 e. 117 Cost., perché attraverso quella norma il legislatore ha selezionato in astratto uno dei possibili bilanciamenti tra diritti (quelli implicati: antagonisti o concorrenti che siano) che hanno una disciplina costituzionale interna oltre che europea. Ne deriva, dunque, che presumendosi la norma interna costituzionalmente legittima fino alla sentenza di accoglimento della Corte, la sua disapplicazione per contrasto con la norma costituzionale dell'Unione (o con la norma di diritto derivato così come interpretata dalla Corte di giustizia alla luce della Carta UE) priverebbe la Corte della possibilità di vagliarne la compatibilità con la norma costituzionale interna corrispondente che disciplina lo stesso diritto/libertà o prevede lo stesso principio.

Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale sulla doppia pregiudizialità, quindi, ha fatto bene a distinguere il caso in cui venga in considerazione un contrasto con norme costituzionali sui diritti dal caso in cui, invece, l'antinomia tra diritto interno e diritto dell'Unione resti a livello derivato/primario, perché in tale seconda fattispecie la norma interna può davvero dirsi "non applicata" per effetto del consolidato meccanismo basato sull'art. 11 Cost., secondo cui, come arcinoto, l'ordinamento interno si ritrae nelle materie oggetto delle cessioni di sovranità, senza che si ponga alcuna ulteriore questione relativa alla legittimità costituzionale della sua norma. Da quanto sommariamente detto dovrebbe apparire chiaro che l'interpretazione proposta non chiede al giudice comune di rinnegare la prescrittività diffusa della Carta UE, né la superiorità del diritto dell'Unione, ma solo di evitare che la sua applicazione — quando genera dubbi sulla legittimità costituzionale della

norma interna — avvenga senza il coinvolgimento della Corte, che verrebbe altrimenti costretta ad abdicare al suo connaturato ruolo di giurisdizione delle libertà<sup>166</sup>.

*Quando e come* si realizzi il “dialogo” che la Corte costituzionale può intraprendere, da un lato, con il giudice comune, dall’altro, con la Corte di giustizia, si comprende, poi, solo alla luce dei due fondamentali aspetti che si è provato ad indagare, ossia il criterio che deve guidare la scelta sull’ordine delle pregiudiziali da promuovere e il parametro che deve essere adottato nel giudizio di legittimità costituzionale. Tali elementi possono adesso essere messi “a sistema”.

Dal primo punto di vista, ossia il *quando*, si è avuto modo di dire che, nell’economia del «concorso di rimedi giurisdizionali» di cui parla la Corte, l’inserimento della giustizia costituzionale nel circuito della tutela giurisdizionale si può realizzare secondo diversi schemi, a seconda che il giudizio incidentale avvenga prima o dopo il rinvio *ex art. 267 TFUE* e che a guidare il giudice comune nella scelta dell’ordine delle questioni pregiudiziali deve essere una valutazione del grado di discrezionalità – rispetto all’adempimento degli obblighi comunitari – che contraddistingue la norma della cui conformità alla Carta UE e alla Costituzione si dubita<sup>167</sup>.

In caso di previo giudizio di costituzionalità ovvero, secondo la ricostruzione che appare preferibile, quando la norma interna ha carattere discrezionale, si danno fondamentalmente due ipotesi di “dialogo”: il promovimento del rinvio pregiudiziale, ove la Corte necessiti di un chiarimento interpretativo circa la natura degli effetti della norma europea e/o dubbi della sua conformità all’ordinamento dell’Unione oppure la definizione del giudizio di costituzionalità con riferimento espresso al grado di tutela che la(e) posizione(i) soggettiva(e) controversa(e) nel giudizio *a quo* ha(nno) nell’ordinamento costituzionale interno, anche in relazione alla corrispondente tutela accordata nell’ordinamento dell’Unione. Nel campo della prima ipotesi, il “dialogo” sarà rivolto evidentemente alla Corte di Lussemburgo. Nel campo della seconda, invece, il “dialogo” sarà direttamente con il giudice comune, con la possibile variante determinata dall’eventualità – che abbiamo visto essere sempre possibile<sup>168</sup> – che il giudice *a quo* sollevi rinvio pregiudiziale all’esito del giudizio incidentale, facendosi così esso stesso portatore della tradizione costituzionale nazionale individuata dalla Corte costituzionale.

In caso, invece, di giudizio di legittimità costituzionale che si svolga “a valle” dell’eventuale rinvio pregiudiziale, ossia in caso di norma interna vincola-

<sup>166</sup> Per usare la fortunata e felice formula di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955.

<sup>167</sup> Vedi *supra*, § 5.

<sup>168</sup> Vedi *supra*, §§ 5, 6.

ta, la pronuncia della Corte risulterà allo stesso tempo rivolta al giudice comune e alla Corte di giustizia: al primo la Corte dirà se potrà o meno fare applicazione della norma della cui legittimità costituzionale ha dubitato; alla seconda rappresenterà se la norma che il legislatore ha adottato, senza margine di discrezionalità, per adempiere un valido obbligo europeo può considerarsi ragionevolmente sostenibile nell'ordinamento costituzionale italiano oppure se, viceversa, essa non possa trovare cittadinanza. In questo secondo caso, per il tramite della sentenza della Corte, si crea la premessa perché il nostro ordinamento risulti inadempiente rispetto a un obbligo europeo, ma allo stesso tempo si dà modo alla Corte di giustizia di sapere che la tradizione costituzionale di uno Stato membro non considera legittime determinate misure legislative, dando così un *input* affinché nella sua successiva giurisprudenza essa torni sulla validità della norma europea che richiede quell'attuazione vincolata (perché contrastante, appunto, con i "controlimiti interni" al diritto UE) oppure interpreti la stessa norma come suscettibile di applicazione discrezionale da parte degli Stati, che, a quel punto, potrebbero dare ad essa attuazione attraverso norme interne che considerano costituzionalmente legittime.

Un terzo possibile "schema di dialogo" potrebbe immaginarsi solo per il caso in cui la Corte non intendesse sanzionare con l'inammissibilità, come dovrebbe, secondo la prospettiva qui battuta, la decisione del giudice comune di sollevare previamente questione di legittimità costituzionale a fronte di una norma interna a carattere vincolato. In tal caso, infatti, potrebbe essa stessa promuovere rinvio pregiudiziale per sciogliere l'eventuale dubbio sugli effetti vincolanti della norma UE e/o ottenere il suo annullamento in caso di contrasto con il diritto dei Trattati o della Carta, mettendosi così nelle condizioni di giungere eventualmente alla declaratoria di incostituzionalità della legge interna solo in caso di contrasto con norma europea realmente vincolante secondo la Corte di giustizia e conforme al diritto UE, ovvero valida.

Quanto, invece, al *come*, ossia la determinazione dell'*ubi consistam* del "dialogare" della Corte costituzionale con gli altri attori della tutela multilivello, ciò che si spera di poter affermare all'esito della presente trattazione è che esso, per non diluirsi in una ideologica rivendicazione di spazio, deve essere ricostruito in relazione non al generico prendere posizioni e maturare orientamenti interpretativi sulle varie questioni sollevate, ma alle funzioni proprie della Corte costituzionale e, in particolare, alle operazioni logiche di giudizio che vengono a contraddistinguere il sindacato incidentale nei casi di doppia pregiudizialità.

In questa prospettiva assume un ruolo centrale il compito della giustizia costituzionale di determinare, ai sensi dell'art. 53 della Carta UE, quale sia il livello di tutela di cui gode un determinato diritto o libertà fondamentale nel

nostro ordinamento costituzionale. Che questa sia la sede naturale in cui la Corte può e deve riaffermare le ragioni del sindacato accentrato appare particolarmente evidente sia nel caso del previo controllo di costituzionalità che in quello in cui a venire prima sia il rinvio pregiudiziale, perché in entrambi i casi tale attività avviene nel concreto della fattispecie derivante dal giudizio *a quo*, ossia in relazione alle esigenze regolative dello stesso caso su cui la Corte di giustizia è già intervenuta, a fronte di norme interne vincolate, oppure può essere chiamata a intervenire in seconda battuta, per effetto del rinvio pregiudiziale operato dalla stessa Corte o dal giudice comune a valle del sindacato di costituzionalità, quando si controverta della legittimità di scelte discrezionali del legislatore italiano.

Al riguardo si è avuto modo di rilevare<sup>169</sup> che la determinazione del livello di tutela *ex art. 53* della Carta si colloca nel cuore del giudizio incidentale, ovvero nella costruzione del parametro di costituzionalità, che, nel caso del sindacato su norma interna contrastante allo stesso tempo con la Carta e con la Costituzione, si dovrebbe realizzare attraverso l'integrazione richiesta dagli artt. 11 e 117 Cost. Così come si è messo in luce<sup>170</sup> che la previsione della maggior tutela, per non risolversi – ancora una volta – in una ideologica deriva del canone dell'interpretazione *magis ut valeant* delle libertà fondamentali, richiede che lo scrutinio di costituzionalità della norma interna avvenga attraverso quello che si è proposto di definire come un “parametro misto”, che inglobi la tutela che entrambi gli ordinamenti (europeo ed italiano) accordano a tutte le posizioni soggettive costituzionalmente tutelate che spiegano la loro prescrittività nella fattispecie concreta (la principale e, eventualmente, le antagoniste e/o le concorrenti).

Si può adesso concludere che la formula della “massimizzazione della minor tutela”, la quale condensa il modo in cui le diverse discipline della Carta e della Costituzione (come interpretate dalle rispettive Corti) proteggono tutte le posizioni dedotte, permette di dire che, anche sotto questo ulteriore punto di vista, la teoria dei controlimiti non deve essere abbandonata, ma riletta, rieditata in chiave maggiormente funzionale all'integrazione costituzionale europea. In particolare, si potrà continuare a vedere nella Costituzione un elemento in grado di fungere da “barriera” rispetto all'ingresso del diritto UE, ma lo si dovrà fare nel diverso senso che si concreta nella dinamica interpretativa che presiede alla costruzione del parametro di costituzionalità, ovvero nella misura in cui la Corte o ricavi da essa l'esistenza di un limite non previsto nell'ordinamento europeo o in base ad essa interpreti restrittivamente un limite proprio del diritto UE, così che la sua applicazione sia rispettosa

<sup>169</sup> Vedi *supra*, § 6.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

del contenuto essenziale del diritto medesimo secondo il nostro ordinamento costituzionale.

Si può allora raggiungere un'ulteriore conclusione e, cioè, che il carattere accentratore del controllo di costituzionalità, che si è proposto di interpretare come principio supremo dell'ordinamento costituzionale e si è qualificato come controlimiti in senso tradizionale, ovvero in chiave "oppositivo-garantista"<sup>171</sup>, rappresenta la precondizione logica, ancor prima che processuale, della rivisitazione in senso "integrativo" della disciplina sostanziale che la Costituzione detta in tema di diritti e libertà fondamentali. Attraverso la dinamica del giudizio incidentale determinata dall'ordine delle questioni e dal parametro, infatti, la giustizia costituzionale accentratrice potrebbe – e, secondo chi scrive, dovrebbe – riaffermare la propria centralità nel circuito della tutela giurisdizionale dei diritti trasformando il sindacato sulla costituzionalità della legge in uno strumento per "rappresentare" più che per "difendere", nel concreto della fattispecie emergente dal giudizio *a quo*, qual è la tradizione costituzionale italiana in punto di tutela di un determinato diritto o libertà fondamentale. Per converso, la Corte di giustizia, che dovesse intervenire sulla medesima fattispecie, per rinvio della Corte stessa o del giudice *a quo*, potrebbe – e, anche qui, negli auspici di chi scrive, dovrebbe – elaborare le tradizioni costituzionali comuni dell'Unione, eventualmente modificandole, in relazione alla precettività che la Costituzione nazionale esprime secondo il suo custode. Ne risulterebbe così accentuata quella sorta di «porosità»<sup>172</sup> che il diritto sovranazionale mostra nei confronti delle tradizioni costituzionali degli Stati membri per effetto dei controlimiti.

Può forse, a questo punto, apparire chiaro in quale senso la ricostruzione proposta nel presente lavoro aspiri a dare un contributo al dibattito sulla revisione dei controlimiti, cercando di offrire sostegno a quelle letture "integrative" che vedono nel sindacato svolto dalla Consulta a tutela dei principi supremi il mezzo per consentire all'ordinamento di far sentire la sua "voce"<sup>173</sup>

<sup>171</sup> Dopo l'approvazione della Carta hanno individuato nei controlimiti essenzialmente uno strumento per salvaguardare l'identità costituzionale interna, *ex multis*, G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo"*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002, pp. 9 e ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 556 e ss.; N. ZANON, *Decisioni della Commissione europea, regolamenti comunitari e indipendenza funzionale del giudice italiano: se discutessimo un po' di "controlimiti"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005.

<sup>172</sup> Così B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 149 e ss.

<sup>173</sup> Si allude con questa espressione alla nota dialettica *Exit/Voice*, teorizzata da O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1970, ed applicata allo studio del diritto dell'Unione europea da J.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403 e ss., attraverso la distinzione tra *total Exit*, intesa come cessazione di ogni rapporto dello Stato membro con l'Unione, e *selective Exit*, come sottrazione ad alcune soltanto delle obbligazioni derivanti dalla par-

alla Corte di Lussemburgo, nella permanente ricerca dialogica di una dimensione dei diritti che sia davvero comune allo spazio giuridico europeo<sup>174</sup>. Lo sforzo compiuto, infatti, è quello di ancorare la rappresentazione di questa “voce” alle specificità procedurali (il *quando*) e sostanziali (il *come*) che vengono a connotare il giudizio incidentale nei casi di doppia pregiudizialità; tentativo che è stato qui condotto perché alimentato dal convincimento che, al di fuori della dinamica degli istituti processuali, ogni conato di rifondare la giu-

tecipazione all’U.e. In una non differente prospettiva, di «obiezioni costituzionali» ha invece parlato A. CERRI, *L’integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1493. Sottolinea questa duplice interpretazione dei controlimiti anche G. TARLI BARBIERI, *La “scommessa” dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. Nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, Pacini editore, 2016, p. 183, il quale, nell’analizzare la vicenda *Taricco*, aderisce alla lettura «integrativa e dinamica dei controlimiti, come strumenti di ‘snodo’ e di ‘cerniera’ fra ordinamenti». Cfr. anche A. D’ALOIA, *ult. cit.*, p. 28, il quale distingue l’originaria funzione «resistenziale, difensiva» dei controlimiti dalla nozione integrativa degli stessi, intesi «come strumento di apprendimento reciproco tra i sistemi e le rispettive Corti», «una risorsa dell’integrazione». In tale prospettiva cfr. anche F. DONATI, *La intangibilità del dettato costituzionale alla luce dei recenti sviluppi del processo di integrazione comunitaria*, in P. CARETTI, C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 560, il quale legge nel rinvio pregiudiziale lo strumento a disposizione delle Corti nazionali per «evidenziare le esigenze irrinunciabili della propria Costituzione, di cui la Corte di Giustizia dovrà evidentemente tenere adeguatamente conto nell’esercizio del proprio sindacato». Riprende le categorie usate nel testo anche P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 178, il quale afferma che la «decisione delle Corti che più fermamente si sono dichiarate custodi dei controlimiti di attivare in via diretta il rinvio pregiudiziale va perciò considerata una novità significativa, che rispetto alla precedente strategia di auto-esautorarsi mediante un’opzione di «exit» dal circuito, conduce alla possibilità per le Corti stesse di esercitare la loro «voce» nel processo di bilanciamento che potrà svolgere la Corte di giustizia, individuando con l’autorità della loro competenza quali siano i principi costituzionali supremi di cui consiste quell’identità costituzionale degli Stati membri che la Corte di giustizia stessa è chiamata a tutelare». Nello stesso senso, con particolare riferimento alla vicenda *Taricco*, legge il rinvio pregiudiziale come uno strumento che «ha consentito alla Corte costituzionale un ultimo tentativo di salvaguardare i rapporti con l’ordinamento dell’Unione, rinviando l’innesto dei controlimiti e offrendo alla Corte di giustizia una preziosa occasione per *propiziare la pace*», M. NISTICO, *ult. cit.*, p. 268.

<sup>174</sup> Tra i primi, cfr. O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 123 e ss. (di cui, però, si veda anche il ripensamento contenuto in ID., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 597, in cui questa idea viene definita un «equivoco palese»); M. CARTABIA e A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 4500 e ss.; A. RUGGERI, «Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», *tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, cit., pp. 512 e ss.; A. CELOTTO e T. GROPPI, *Primauté e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 869 e ss.; A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; F. DONATI, *Corte costituzionale, “controlimiti” e rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 256, il quale mette in relazione le potenzialità “dialogiche” dei controlimiti con quelle del rinvio pregiudiziale.

stizia costituzionale nel contesto degli ordinamenti che conoscono una pluralità di sedi giurisdizionali in concorso tra loro finisce per apparire fumoso e velleitario.

A sua volta, la rivisitazione dei controlimiti, come si accennava, induce conclusioni di portata ancor più generale a proposito dell'evoluzione del ruolo e del significato della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione costituzionale europea. Alcune linee di tendenza, tra cui, senz'altro, il progressivo superamento della dottrina della *incorporation*<sup>175</sup>, la portata espansiva dell'interpretazione conforme al diritto UE e l'intrinseca debolezza mostrata dalla distinzione fra principi e diritti<sup>176</sup>, mostrano, infatti, come l'idea che il canone della maggior tutela può vivere solo nei concreti bilanciamenti della giurisprudenza costituzionale finisca per sostanziare la tesi che essa non è più chiamata ad esercitare una funzione essenzialmente contromaggioritaria<sup>177</sup>, ma un ruolo nomofilattico, che consiste nel dar "voce", nel modo e nel senso chiarito, alla tradizione costituzionale italiana, ossia: a) nel rappresentare alla Corte di giustizia quale sia il livello di tutela apprestato dall'ordinamento nazionale per la concreta fattispecie che viene in considerazione, perché quest'ultima ne possa tenere conto nell'elaborazione delle tradizioni costituzionali comuni; b) nel chiarire al giudice comune lo stesso profilo perché ne tenga conto nell'applicazione, che a lui compete, del diritto UE.

E, a parere di chi scrive, è proprio alla luce della necessità di coniugare l'integrazione costituzionale europea con l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione che si comprende che il ruolo che la Corte costituzionale è chiamata oggi a svolgere nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali presuppone una sua trasfigurazione in senso nomofilattico. All'esito di queste pagine, si spera, infatti, di poter affermare che la giustizia costituzionale accentrata trova una nuova ragione d'attualità se non si guarda più ad essa come strumento di limitazione della discrezionalità del legislatore, ma come fattore di contenimento di quei rischi di difformità e parcellizzazione del patrimonio costituzionale europeo cui l'ordinamento dell'Unione è esposto per effetto del ruolo pervasivo del giudice comune e della tendenza che esso in-

<sup>175</sup> Per uno studio recente sul campo di applicazione della Carta cfr. N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, Franco Angeli, 2018.

<sup>176</sup> Cfr., per tutti, J. DE BURCA, *Fundamental Rights and Citizenship*, in B. DE WITTE (a cura di), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Firenze, 2003, pp. 2 e ss. e A. D'ALOIA, *ult. cit.*, p. 32, secondo il quale «la pretesa di separare drasticamente principi e diritti si rivela illusoria: tra le due rive ci sono troppi ponti».

<sup>177</sup> Sul punto già A. CARDONE, *ult. cit.*, p. 70, in cui è parso di poter dire che «in un ordinamento che trascende la dimensione statale e le cui norme sono caratterizzate da supremazia, diretta applicabilità ed efficacia diretta, infatti, più che la necessità di difendere i diritti e le libertà fondamentali dei privati dagli eccessi del legislatore interno rileva l'esigenza di rendere i sistemi normativi statali permeabili ed osmotici al catalogo europeo dei diritti».

nesca verso la diffusione del controllo di costituzionalità. Detto altrimenti, la Corte diventa in questo nuovo contesto «il rimedio contro il rischio di una selezione al rovescio delle forme di tutela, l'argine contro il pericolo che la macchina (ossia l'applicazione diretta della Carta europea dei diritti fondamentali) prenda la mano al macchinista (il giudice comune)»<sup>178</sup>.

Non si può non osservare, poi, che il carattere accentrato della giustizia costituzionale situa la Corte in una posizione strategica per affrontare le sfide della tutela multilivello. Essa, infatti, per un verso, può svolgere, rispetto alla Corte di giustizia, questa sorta di “controllo di costituzionalità con funzione definitorio-nomofilattica della tradizione costituzionale interna”, per l'altro, può dare al giudice comune un “quadro di riferimento” per l'esercizio del bilanciamento che quest'ultimo deve svolgere nel caso concreto, indicandogli quale sia il “diritto vivente europeo” che risulta dall'integrazione dell'identità costituzionale interna nelle tradizioni costituzionali comuni. Il che equivale a dire, specularmente, che la Corte costituzionale può continuare ad essere interprete privilegiato della Costituzione solo nella misura in cui spenda i propri poteri ermeneutici per orientare il “diritto costituzionale vivente” verso la costruzione di una dimensione costituzionale europea, determinando la cornice della tutela che servirà a guidare i bilanciamenti in concreto del giudice comune. In definitiva, quindi, sarà in questa continua opera di “saldatura” tra i vari livelli di tutela e di contrasto all'entropia del sistema, ovvero nella garanzia della sistematicità, della coerenza e dell'uniformità dell'interpretazione dei diritti fondamentali, che la Corte costituzionale potrà continuare a svolgere un ruolo nel contesto costituzionale europeo.

In conclusione, si può, infine, osservare che, anche dal punto di vista del diritto dell'Unione, se non si vuole attestare l'integrazione europea su sterili battaglie di retroguardia, il ripensamento del ruolo della giustizia costituzionale accentrata può essere l'occasione per accettare che il principio della *primauté* può essere considerato sostenibile soltanto alle condizioni stabilite dagli ordinamenti costituzionali<sup>179</sup>. Se, infatti, alla ricerca di una soluzione dei problemi della doppia pregiudizialità, si vuole trovare una soluzione compatibile con il livello costituzionale cui è giunto il fenomeno dell'integrazione europea, e nel far questo non si vuole diventare più realisti del re, si deve accettare che tutto quello che l'ordinamento UE può richiedere è che «il sistema con cui la giustizia è dispensata dal custode della costituzione ‘si accordi’ con l'assetto dato al rapporto tra i due ordinamenti dalla Corte di giustizia»<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> Cfr. A. CARDONE, *ult. cit.*, p. 78.

<sup>179</sup> Lo osserva M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, vol. 45 (2008), p. 700 a partire dal rilievo che con il Trattato di Lisbona è stato scelto di non positivizzare il principio in questione.

<sup>180</sup> Così già A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2426.

E se non pare seriamente dubitabile che, già prima del tentativo di introdurre una Costituzione europea<sup>181</sup>, sia stata per prima la Corte di giustizia a considerare l'Unione come un vero e proprio sistema costituzionale<sup>182</sup>, si deve concludere che il punto di equilibrio di questa, ormai perdurante, nuova fase dell'integrazione europea non può che basarsi su una nuova e diversa nozione di "supremazia", che rifletta il superamento dell'anima mercantilistica che ha contraddistinto la genesi, e governato il primo sviluppo, dell'ordinamento UE.

In questo nuovo contesto non c'è più spazio per lo strumentario che ha accompagnato la strutturazione del mercato comune e il principio della *primauté* non può più essere inteso come urgenza e indifferibilità di una disciplina omogenea unilateralmente predisposta in sede europea, ma deve essere piuttosto reinterpretato come necessaria creazione di un *Erlebnis* costituzionale europeo<sup>183</sup>, come integrazione materiale in senso smendiano<sup>184</sup>, con la consapevolezza che la nascita di una "dogmatica dei principi" è l'unico modo per concludere il processo di costituzionalizzazione in atto<sup>185</sup> senza abbandonarsi all'idea di una integrazione meramente procedurale o, forse peggio, a guida esclusivamente carismatica. In questa direzione si spinge la riflessione di questo saggio e solo per tale ragione si spera che essa possa trovare accoglienza.

<sup>181</sup> Cfr., *ex multis*, M. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in DPCE, 2004, p. 58, e L. CAPPUCCIO, *Le consuetudini internazionali tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 28 e ss.

<sup>182</sup> Cfr., per tutti, U. HALTERN e J.H. WEILER, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario: Alice nel paese degli specchi*, in J.H. WEILER (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, cit., pp. 400 e ss. e R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Milano, Cedam, 2004, pp. 59 e ss.

<sup>183</sup> L'espressione è chiaramente ripresa da W. DILTHEY, *Scritti filosofici (1905-1911)* a cura di P. ROSSI, Torino, Utet, 2004.

<sup>184</sup> Secondo la risalente e nota proposta di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, in particolare pp. 136 e 217.

<sup>185</sup> L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, Londra, Allen Lane/The Penguin Press, 2000, pp. 94 e ss.; A. VON BOGDANDY, *Europäische Prinzipienlehre*, in ID., *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg, Springer, 2003, pp. 149 e ss.