

IL DIALOGO TRA GIUDICE COMUNE, CORTE DI GIUSTIZIA E CORTE
COSTITUZIONALE DOPO L'OBITER DICTUM DELLA SENTENZA N. 269/2017*

CHIARA AMALFITANO**

Sommario

1. Premessa. – 2. L'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 e la sua “deviazione” dalla consolidata giurisprudenza “comunitaria”. – 3. Il ridimensionamento della «precisazione» nella giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269/2017. – 4. (*Segue*): in uno con la conferma del superamento della “regola” della c.d. doppia pregiudizialità, a favore dell’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale a prescindere dal previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 5. L’attuale coesistenza di due “tipologie” di rapporto “triangolare” tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale. – 6. (*Segue*): il giudice comune nel dialogo con la Corte di giustizia e con la Consulta. – 7. (*Segue*): la Consulta nel dialogo con la Corte di giustizia. – 8. Una possibile (?) diversa interazione del giudice comune con la Corte costituzionale idonea a conciliare esigenze di immediatezza della tutela e di certezza del diritto.

Abstract

The essay analyses the most recent judgments of the Italian Constitutional Court (ICC) following the obiter dictum of the decision No. 269/2017 and concerning the triangular relationships between the ordinary courts, the European Court of Justice (ECJ) and the ICC. The Author points out the differences between this line of judgments and the Granital case-law and also examines the role of the ordinary courts and of the ICC in the new panorama and in their relationship with the ECJ. In the last part of the contribution, the A. suggests a new kind of relationship between the ordinary courts and the ICC aimed at guaranteeing, at the same time, an effective and immediate judicial protection of fundamental rights and legal certainty.

Suggerimento di citazione

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*, n. 2/2019. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente lavoro sviluppa la relazione presentata al XXIV convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, svoltosi a Roma in data 5-6 giugno 2019 e dedicato a “*Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*”.

** Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.
Contatto: chiara.amalfitano@unimi.it

1. Premessa

In un arco temporale di diciotto mesi (dicembre 2017 – maggio 2019), tramite una serie di interventi della Corte costituzionale, si è assistito ad un profondo cambiamento nella configurazione dei rapporti “triangolari” tra giudice comune, Corte di giustizia e giudice delle leggi. A partire, infatti, dall’ormai notissimo *obiter dictum* di cui al punto 5.2 della sentenza n. 269/2017, la Consulta ha cercato di ridefinire la propria posizione nel dialogo con il giudice comune e altresì – seppur, come si vedrà, in termini che almeno formalmente appaiono più “sfumati” – con la Corte di giustizia. A ben vedere, tuttavia, proprio con riguardo al rapporto con il giudice di Lussemburgo, le premesse del cambiamento menzionato – di cui si tratterà nelle pagine che seguono – 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. La possibilità di un dialogo diretto tra giudice delle leggi e Corte di giustizia consente, infatti, al primo di superare la propria consolidata giurisprudenza in virtù della quale la questione di compatibilità “comunitaria” costituisce un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di legittimità costituzionale e spetta pertanto al giudice comune rivolgersi, innanzitutto, al giudice del Kirchberg per risolvere la questione di compatibilità comunitaria e rimettere poi una nuova questione alla Consulta laddove residuassero, dopo la risposta di Lussemburgo, dubbi di costituzionalità¹. Innanzitutto su tale aspetto e, dunque, sul presupposto logico-giuridico che ha in un certo qual modo consentito il, o comunque aperto la strada al, cambio di rotta della Corte costituzionale pare interessante soffermarsi. Esso è rimasto poco esplorato nell’ingente mole di scritti che hanno esaminato (forse dovrebbe dirsi, vivisezionato) l’*obiter dictum* in parola e le successive pronunce della Consulta che hanno cercato, almeno per certi versi, come si vedrà, di temperare la «precisazione» di cui al punto 5.2 della sentenza n. 269, pur confermando, in linea con essa, l’inversione di tendenza quanto al dialogo tra giudice comune e giudice delle leggi (e Corte di giustizia) o, quanto meno, l’atteggiamento della

¹ La prima pronuncia in cui si impiega tale espressione è l’ordinanza di C. cost., 28 dicembre 2006, n. 454, seguita dalla sentenza 13 luglio 2007, n. 284. Ben più risalente, tuttavia, è scelta della Corte costituzionale di dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale che ponesse anche dubbi di compatibilità comunitaria o di restituire gli atti al giudice *a quo*, perché valutasse innanzitutto (con l’eventuale ausilio della Corte di giustizia) la contrarietà della norma interna a quella comunitaria: v., ad esempio e rispettivamente, C. cost., ordinanze 26 marzo 1990, n. 144, 30 luglio 1992, n. 391 e ordinanze 29 dicembre 1995, n. 536, 26 luglio 1996, n. 319. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza v., in particolare, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», costituzionale e comunitaria*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 222 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 ss.

Consulta a fronte di un'ordinanza di rimessione che ponga dubbi, oltre che di legittimità costituzionale, anche di compatibilità comunitaria².

Per meglio comprendere il nuovo approccio della Corte costituzionale, pare in ogni caso opportuno contestualizzarlo, partendo da una breve disamina dell'*obiter dictum*, dei principali problemi che esso ha posto e del suo ridimensionamento da parte delle pronunce del giudice delle leggi di questi primi mesi del 2019 (parr. 2-3). Ci si potrà, quindi, concentrare sul nuovo approccio in parola (par. 4), per analizzare poi la tipologia di rapporti che oggi possono intercorrere tra giudice comune, giudice di Lussemburgo e giudice delle leggi (parr. 5-7) ed esplorare, infine, la configurabilità di una diversa interazione del giudice comune con la Corte costituzionale capace di conciliare le esigenze più care alla Corte di giustizia con quelle perseguite dalla Consulta tramite il controllo accentrato di costituzionalità.

2. L'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 e la sua “deviazione” dalla consolidata giurisprudenza “comunitaria”

Nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 – che senza rischio di incorrere in errore credo possa considerarsi il più commentato in 70 anni di giurisprudenza costituzionale³ – la Consulta, per riacquisire centralità nella tutela dei diritti

² Su tale nuovo approccio della Consulta v., in particolare, G. AMOROSO, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 22 maggio 2019.

³ La bibliografia sulla sentenza n. 269/2017 e il suo *obiter dictum* è cospicua. V., per tutti, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 3, 2017, 234 ss.; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 28 dicembre 2017; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, disponibile all'indirizzo: www.diritticomparati.it, 1, 2018, 280 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2958 ss.; F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 1, 2018; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2227 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2018; G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 7 maggio 2018; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 31 gennaio 2018.

fondamentali e il ruolo di cui essa si era, volontariamente (peraltro) privata, escludendosi dal dialogo diretto con la Corte di giustizia (v. *infra*, par. 4), afferma che, «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [nel prosieguo: CdfUE] in ambito di rilevanza comunitaria», il giudice comune *debba* rivolgersi *innanzitutto* al giudice delle leggi, così configurando quella che è stata definita un'inversione della “regola” della doppia pregiudizialità⁴, in virtù della quale invece, per giurisprudenza costituzionale consolidata, la questione di compatibilità “comunitaria” costituisce, come ricordato, un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità. In un sistema come quello italiano «che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale»⁵, «le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità*⁶ di un intervento *erga omnes*» della Corte costituzionale. La disapplicazione – *rectius*, non applicazione – da parte del giudice comune della norma interna confliggente con diritti enunciati nella CdfUE che «intersecano in larga misura» quelli garantiti dalla Costituzione (disapplicazione che può realizzarsi all'esito eventualmente di un rinvio pregiudiziale che attesti l'efficacia diretta della norma della CdfUE⁷) trasmoderebbe infatti in un «sindacato diffuso di costituzionalità della legge» che la Corte costituzionale considera «inammissibile», perché il giudice comune non può sostituirsi al giudice delle leggi nella verifica della compatibilità di una norma nazionale con i diritti tutelati (anche) dalla nostra Carta costituzionale⁸.

⁴ V. il titolo del contributo di G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit. La dottrina è sostanzialmente unanime nel raffigurare tale inversione ad opera dell'*obiter dictum*.

⁵ Che potrebbe rilevare come elemento della «struttura fondamentale, politica e costituzionale» che costituisce l'identità nazionale dello Stato *ex art. 4*, par. 2, TUE: v., per tutti, G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 23 maggio 2018, 20; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 92.

⁶ Corsivo aggiunto.

⁷ Si tratta di ipotesi che si è verificata, negli ultimi tempi, sempre più frequentemente. V., per tutte, Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, dove si dichiara l'effetto diretto (anche orizzontale) dell'art. 21 CdfUE con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; e 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, nonché causa C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874, dove si riconosce l'effetto diretto (anche in tal caso anche orizzontale) dell'art. 31, par. 2, CdfUE sul diritto alle ferie annuali retribuite.

⁸ R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»*, cit., 2227, ben evidenzia come la Consulta abbia finito per essere scavalcata, se non sostituita, dai giudici comuni nel ruolo di garante dei diritti fondamentali sia attraverso la tecnica, pur sollecitata, dell'interpretazione conforme, sia in conseguenza dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale come strumento finalizzato non tanto ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione (secondo la sua stessa *ratio* istitutiva), ma piuttosto a controllare di fatto la conformità ad esso del diritto nazionale.

Tale soluzione – di cui pare trovarsi traccia, forse inconsapevole, già ad esempio nella sentenza n. 133/2016⁹ – sembra recepire, almeno in una certa misura, suggerimenti avanzati non soltanto, e più recentemente, dal giudice costituzionale A. Barbera nella sua veste accademica¹⁰, ma anche in tempi più risalenti, ad esempio, dal professor V. Onida¹¹.

Statuendo nel senso della *necessità* del previo esperimento della questione di legittimità costituzionale, il giudice delle leggi *devia* però dalla consolidata giurisprudenza *Granital*¹², elaborata in risposta alla sentenza *Simmenthal* della

⁹ Ivi la Corte costituzionale era stata investita dal TAR Emilia-Romagna della conformità, tra l'altro, con l'art. 117 Cost. dell'art. 1, commi 1, 2 e 3 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, in *GURI*, serie generale, n. 144 del 24 giugno 2014) convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114 (in *GURI*, serie generale, n. 190 del 18 agosto 2014), nella parte in cui impone la brusca interruzione del trattamento in servizio ottenuto, in applicazione delle leggi precedenti, nonostante il compimento del settantesimo anno, per alcune categorie di impiegati pubblici (avvocati dello Stato, docenti universitari). In particolare, i giudici rimettenti ritenevano che la disposizione si ponesse in contrasto con gli artt. 1, 2 e 6, par. 1, della direttiva n. 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *GUCE*, 2000, L 303, 16 ss.), nella parte in cui vieta discriminazioni in base all'età. Sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, le disposizioni della direttiva (al pari del principio generale di diritto dell'Unione, oggi sancito dall'art. 21 CdfUE: v. Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709) possono considerarsi dotate di efficacia diretta e dunque, come rilevato in dottrina, sarebbe stato doveroso per i giudici amministrativi, previo eventuale coinvolgimento della Corte di giustizia, disapplicare la normativa nazionale con esse contrastanti, anziché rimettere la questione alla Corte costituzionale, «rispolvera[ndo] il sistema – pre-*Granital* – di controllo accentrato della “comunitarietà” delle leggi» (v. R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi “anticomunitarie”: il passo del gambero?*, in *Il Diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo*, disponibile all'indirizzo: www.dirittounioneeuropea.eu, luglio 2016, 2). Nella specie, la Consulta ha ritenuto infondata la questione e ha giustificato la misura in esame, sostanzialmente in considerazione del fatto che le finalità di ricambio generazionale ad essa sottese rientrano nell'ambito delle «legittime finalità di politica del lavoro» e non fanno sorgere discriminazioni sulla base dell'età ex art. 6, par. 1, della citata direttiva.

¹⁰ In *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.rivistaaic.it, 6 novembre 2017, suggerisce che il previo coinvolgimento della Corte costituzionale dovrebbe aversi ogniqualvolta si abbia antinomia tra norma interna e norma dell'Unione che sancisce principi e/o obiettivi e non solo quando sia da interpretare una previsione della CdfUE, per far fronte a quell'effetto (innegabile) di «traboccamento» di tale fonte dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ovvero di un suo richiamo ed una sua applicazione eccessiva da parte dei giudici comuni, anche al di fuori del suo ambito di operatività e nonostante i tentativi della stessa Consulta di ripetutamente specificare i confini della sua rilevanza (v. C. cost., 11 marzo 2011, n. 80 e 24 marzo 2016, n. 63).

¹¹ In *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, 47 ss., spec. 67 ss., rileva come fenomeno cui “reagire” il sempre più dilagante sindacato diffuso di costituzionalità in relazione a norme interne contrastanti con i principi generali di diritto dell'Unione che tutelano diritti fondamentali, non essendo all'epoca ancora entrato in vigore il trattato di Lisbona e non avendo, quindi, la CdfUE ancora acquisito carattere vincolante.

¹² V. C. cost., 8 giugno 1984, n. 170.

Corte di giustizia¹³, perché – in caso di possibile violazione di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione e dalla CdfUE che (come la Consulta dichiara) ha assunto, con Lisbona, «un contenuto di impronta tipicamente costituzionale» – la rimessione al giudice delle leggi (invece della immediata disapplicazione e/o del rinvio pregiudiziale) diverrebbe obbligatoria anche se la norma interna confligge con una previsione della CdfUE dotata di efficacia diretta.

L'obiter dictum devia anche, almeno parzialmente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia successiva a *Simmmenthal* – il riferimento è, in particolare, a *Melki e Abdeli e A*¹⁴ dove era in causa la compatibilità con il diritto dell'Unione della c.d. questione prioritaria di costituzionalità propria, rispettivamente, dell'ordinamento francese e di quello austriaco – che viene sì richiamata dalla Corte costituzionale, ma con una evidente *interpolazione*. Nel citare le tre condizioni fissate dal giudice di Lussemburgo per considerare compatibile con il diritto dell'Unione la previa rimessione obbligatoria al giudice delle leggi – ovvero che i giudici ordinari restino liberi (*i*) 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»; (*ii*) di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; (*iii*) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione – la Consulta riformula quest'ultima condizione, ammettendo la disapplicazione della disposizione interna che sia stata ritenuta costituzionalmente legittima *soltanto* laddove sia considerata *contraria* al diritto dell'Unione «*per altri profili*», ovvero per aspetti diversi da quelli già valutati dal giudice delle leggi (e, secondo certe letture proposte in dottrina, anche *solo dopo* che sia stato esperito il *rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia, che abbia riscontrato la menzionata, sostanziale, contrarietà¹⁵).

Specie siffatta interpolazione è stata oggetto di numerose critiche in dottrina e di differenti reazioni giurisprudenziali¹⁶, che hanno portato la

¹³ V. la sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁴ V., rispettivamente, Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punti 45 ss., e 11 settembre 2014, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, punti 38 ss.

¹⁵ V., ad esempio e tra i primi, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea*, cit., 6.

¹⁶ A ordinanze di rimessione alla Consulta (da ultimo, v. Cass., sez. lavoro, 17 giugno 2019, n. 16163 e n. 16164), si affiancano ordinanze di rinvio pregiudiziale e casi di disapplicazione da parte del giudice comune, a valle di una pronuncia pregiudiziale. Per un'analisi delle reazioni giurisprudenziali v. L.S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte*

Consulta, in successive pronunce di questi primi mesi del 2019 – e già prima del formale chiarimento richiesto dalla Corte di Cassazione con l’ordinanza n. 3831/2018, nel caso *Bolognesi*¹⁷ – a ridimensionare, come anticipato, la famosa «precisazione» di cui al menzionato *obiter*.

3. Il ridimensionamento della «precisazione» nella giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269/2017

Proprio il temperamento della «precisazione» e, quindi, l’analisi – oggi – del nuovo panorama giurisprudenziale delineatosi a valle della sentenza n. 269, potrebbe far sorgere l’interrogativo “molto rumore per nulla?”.

costituzionale italiana, in *Federalismi*, disponibile all’indirizzo: www.federalismi.it, 1° agosto 2018; C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *Federalismi*, disponibile all’indirizzo: www.federalismi.it, 21 novembre 2018; A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell’integrazione europea*, in *Questione giustizia*, disponibile all’indirizzo: www.questionegiustizia.it, 1° ottobre 2018 e sia altresì consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. Pen.*, disponibile all’indirizzo: www.lelegislazionepenale.eu, 4 febbraio 2019.

¹⁷ V. sez. II civ., ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831, *Bolognesi c. CONSOB*, su cui v., per tutti, 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*, disponibile all’indirizzo: www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2018, 22 ss.; A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta Online*, disponibile all’indirizzo: www.giurcost.org, 1, 2018, 82 ss.; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, disponibile all’indirizzo: www.questionegiustizia.it, 12 marzo 2018. Ivi la Cassazione solleva due questioni di legittimità costituzionale relativamente a due disposizioni del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), in particolare (i) l’art. 187-*quinquiesdecies* del testo unico nella parte in cui «sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l’esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate», e (ii) l’art. 187-*sexies* del d.lgs. (nel testo introdotto dall’art. 9, comma 2, lettera a), della legge n. 62 del 2005) «nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell’illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l’intero prodotto dell’illecito». A fronte del presunto contrasto della normativa nazionale richiamata tanto con il parametro costituzionale quanto con quello della Carta (vengono in rilievo il diritto di difesa, *sub specie* divieto di autoincriminazione, il principio di proporzionalità delle pene e il diritto di proprietà e, rispettivamente, gli artt. 3, 24 e 42 Cost. e gli artt. 47, 49 e 17 CdfUE e, quindi, gli artt. 11 e 117 Cost.), i giudici di Piazza Cavour hanno sì privilegiato l’incidente di costituzionalità, chiedendo però chiarimenti alla Consulta sulla portata dell’*obiter dictum*, *in primis* sul significato dell’inciso «per altri profili» di cui si è detto (ovvero se il potere di disapplicazione sussista davvero soltanto rispetto a profili diversi da quelli che abbiano superato il vaglio di legittimità costituzionale o se possa estendersi ai medesimi aspetti già valutati dalla Consulta, ma che si ritengano in contrasto con la Carta) e sulla possibilità per il giudice di ultima istanza di rinviare alla Corte di giustizia laddove il giudice delle leggi non rinvii e risolva la questione autonomamente (dichiarandola infondata), anche (eventualmente) alla luce della Carta. Essi, inoltre, suggeriscono i quesiti pregiudiziali che la Corte costituzionale dovrebbe porre al giudice di Lussemburgo, ritenendo senza esitazione alcuna che un intervento di tale giudice sarebbe opportuno data la natura delle questioni da risolvere.

A mio avviso, la risposta è negativa. Innanzitutto, perché proprio il “rumore” che è stato fatto in dottrina e in giurisprudenza – con “rottura dell’armonia faticosamente raggiunta” a partire da *Granital* quanto al rapporto tra ordinamenti e tra giudici¹⁸ – credo abbia indotto la Consulta a temperare l’*obiter*. E consente, oggi, di parlare effettivamente di *evoluzione del rapporto tra giudici e tra ordinamenti* anziché di rivoluzione¹⁹. In secondo luogo, la risposta all’interrogativo è negativa, ovvero le reazioni all’*obiter* non sono state “per nulla”, perché comunque, nonostante gli accennati temperamenti, lo scenario odierno del rapporto triangolare tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale è differente rispetto a quello consolidatosi nei decenni e rimasto sostanzialmente inalterato sino alla sentenza n. 269.

Vero è che la Consulta è (*rectius*, pare... la cautela non è mai troppa) tornata in larga misura sui propri passi, in particolare per due ordini di ragioni, di cui subito si dirà. Tuttavia, come accennato, è altresì vero che, anche nella giurisprudenza più recente, essa conferma la nuova impostazione quanto al suo rapporto con il giudice comune che dovesse sollevare una questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità comunitaria (v. *infra*, par. 4).

Il primo ridimensionamento dell’*obiter* passa attraverso la “trasformazione” della *doverosità* della previa rimessione alla Consulta in *opportunità di interpellare in prima battuta* tale giudice²⁰. Sotto tale profilo la Corte costituzionale pare aver indietreggiato in misura che sembra non richiesta dalla Corte di giustizia²¹, che ammette infatti anche il previo ricorso obbligatorio al

¹⁸ In tal senso v. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, in *Consulta Online*, disponibile all’indirizzo: www.giurcost.org, 1, 2018, 155 ss. Su tale rapporto prima dell’*obiter dictum* in esame v., per tutti, A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., parte I.

¹⁹ Così G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea*, cit., 5, già rispetto all’*obiter dictum*, di cui proponeva una lettura «coerente con la volontà [...] chiaramente espressa [dalla Consulta] di rispettare la giurisprudenza comunitaria, senza sacrificare ruolo e attribuzioni della Corte di giustizia».

²⁰ V. punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza 20/2019, su cui v. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto europolitano e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, disponibile all’indirizzo: www.giurcost.org, 1, 2019, 113 ss.; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, disponibile all’indirizzo: www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in *Giustiziainsieme.it*, disponibile all’indirizzo: www.giustiziainsieme.it, 4 marzo 2019; O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Corte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2019, 434 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, dattiloscritto in corso di pubblicazione.

²¹ Ci si potrebbe chiedere se tale indietreggiamento sia dovuto, in particolare, al fatto che la Corte costituzionale ritenga che occorrerebbe l’intervento del legislatore per imporre l’obbligo della previa rimessione alla Consulta. Occorre altresì evidenziare che la doverosità della previa rimessione

giudice delle leggi purché esso non pregiudichi, come ricordato, (i) la disapplicazione, ricorrendone i presupposti, (ii) l'adozione di misure cautelari a garanzia dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione a rischio di pregiudizio e (iii) la facoltà o l'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia qualsiasi questione necessaria ai fini della soluzione della controversia. E con riguardo alla previa rimessione obbligatoria alla Consulta purché sia rispettata la terza condizione testé menzionata, il giudice di Lussemburgo si era pronunciato nel senso della sua compatibilità con il diritto comunitario ben prima che nelle citate *Melki e Abdeli* e *A*, in particolare già nel 1991, nel caso *Mecanarte*, relativo alla questione prioritaria di costituzionalità del sistema portoghese²².

Il secondo ridimensionamento si realizza mediante l'eliminazione della interpolazione sopra menzionata e "riconoscendo" che il rinvio pregiudiziale – e così la disapplicazione della norma interna confliggente con il diritto dell'Unione – *possa/debba* avvenire non soltanto «per altri profili», ma anche (e come è giusto che sia) sulla «medesima disciplina» oggetto di verifica da

necessiterebbe, per essere effettiva, di un qualche strumento coercitivo per reagire alla violazione dell'obbligo, ma, come noto e come in più occasioni di incontri pubblici ricordato da diversi giudici della stessa Corte costituzionale, tale giudice è privo di strumenti siffatti e, questo, forse, anche potrebbe spiegare il "passaggio" da doverosità a opportunità della rimessione.

²² V. Corte giust., 27 giugno 1991, causa C-348/89, *Mecanarte*, ECLI:EU:C:1991:278, punti 40-46. Ivi la Corte di giustizia venne chiamata a verificare la compatibilità con l'allora art. 177 CEE di una normativa processuale nazionale in virtù della quale il giudice nazionale che constatava l'incostituzionalità di una disposizione nazionale sia privato della facoltà o comunque dispensato dall'obbligo di adire la Corte di giustizia per questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto comunitario, in conseguenza del fatto che questa constatazione è sottoposta ad un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale e nella misura in cui l'ordinamento nazionale offra gli strumenti necessari per porre rimedio ai vizi di una norma nazionale. La Corte di giustizia affermò che il ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale non può impedire al giudice nazionale di esercitare la facoltà, né dispensarlo dall'obbligo, di esperire rinvio pregiudiziale su questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto comunitario, al fine di consentirgli di giudicare se una norma nazionale sia o no compatibile con quest'ultimo.

parte della Consulta²³, per tale via la Corte costituzionale riallineandosi alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia²⁴.

²³ V. punto 2.3 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019. Un ulteriore passo verso il riallineamento alla giurisprudenza di Lussemburgo (v. *infra*, nel testo) si compie con la sentenza n. 63/2019 (su cui v. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile all'indirizzo: www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, disponibile all'indirizzo: www.aisdue.eu, 1, 2019, 27 ss.) dove al punto 4.3 del considerato in diritto si ribadisce «sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – che a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale 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 si «chiarisce» che tutto ciò non pregiudica «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» (corsivo aggiunto). Il passaggio, ancora suscettibile di qualche critica, viene giustamente precisato nell'ordinanza n. 117/2019, al cui punto 2 del considerato in diritto si afferma che il potere della Corte costituzionale di decidere nel merito la questione (dai requisiti di cui sopra) sottoposta lascia invariato il *potere* dei «giudici comuni [di] sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria», anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e, altresì, il loro *dovere* – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta. In quest'ultima ordinanza (che ha dato vita alla causa C-481/19 e su cui v. 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 *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org, 2019, 2, 242 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo: www.osservatorioaic.it, 2 luglio 2019), la Consulta decide di rimettere alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali (v. *infra*, par. 7) in relazione alla prima questione di costituzionalità (v. *supra*, nota 17) sollevata dalla Cassazione nel citato caso *Bolognesi*. La seconda questione di costituzionalità viene invece direttamente risolta dalla Consulta con la sentenza n. 112/2019.

²⁴ Non solo alle citate sentenze *Melki e Abdeli e A*, e alla precedente sentenza *Mecanarte*, ma anche a quella giurisprudenza secondo cui una norma procedurale nazionale che impone la sospensione del giudizio principale e il ricorso (fosse anche obbligatorio) al giudice delle leggi non può mai mettere in discussione la facoltà/obbligo di esperire un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE anche sulla stessa normativa al vaglio del giudice costituzionale (v., da ultimo, Corte giust., 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, punti 29-38; 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985, punti 21-26), e a quella in virtù della quale una norma nazionale non può impedire il rinvio pregiudiziale imponendo al giudice *a quo* di attenersi ai *dicta* del giudice superiore, anche costituzionale, che si sia previamente pronunciato in modo difforme sulla stessa questione (v., ad esempio, Corte giust., 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, punto 94; 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581, punto 27; 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Krizan*, ECLI:EU:C:2013:8, punto 68; e già 16 gennaio 1974, causa 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, ECLI:EU:C:1974:3, punto 4).

4. (Segue): in uno con la conferma del superamento della “regola” della c.d. doppia pregiudizialità, a favore dell’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale a prescindere dal previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Come anticipato, nonostante i ridimensionamenti di cui si è detto, nelle pronunce successive all’*obiter dictum*, ovvero nelle sentenze nn. 20, 63, 112 del 2019 e così nell’ordinanza n. 117/2019, la Consulta, ponendosi dichiaratamente in linea con l’impostazione di cui alla «precisazione» della sentenza n. 269, conferma il *revirement* con riferimento al proprio rapporto con il giudice comune e con la Corte di giustizia e, dunque, alla *possibile* (in quanto solo opportuna, come visto, e non più doverosa²⁵) *inversione* della “regola” della c.d. doppia pregiudizialità.

Infatti, a fronte di una *scelta discrezionale* del giudice comune di rimettere al giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità “comunitaria” con riguardo alla tutela dei diritti della persona, la Consulta *non ne dichiara più l’inammissibilità* per difetto di rilevanza²⁶, ovvero non obbliga più il giudice *a quo* a rivolgersi *in primis* alla Corte di giustizia, subordinando una nuova rimessione alla Consulta alla circostanza che residuino, come detto, dubbi di costituzionalità dopo la sentenza del giudice di Lussemburgo²⁷, ma, pronunciandosi nel senso della ammissibilità della questione²⁸, la “trattiene” per l’esame del merito.

Questa *estensione del sindacato di costituzionalità*, con un ampliamento delle maglie della *rilevanza* della questione e, quindi, della sua *ammissibilità*, è

²⁵ S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità*, cit. (a p. 14 del dattiloscritto) – al pari di S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, disponibile all’indirizzo: www.federalismi.it, 22 maggio 2019, 25 ss. – prospetta la tesi per cui l’«opportunità» deve essere intesa come sollecitazione a ricorrere comunque in prima battuta alla Corte costituzionale, in considerazione sia del contesto in cui è calata l’espressione e, quindi, in base ad una sua interpretazione sistematica, sia del fatto che se il giudice comune ha un dubbio di costituzionalità “emette” ordinanza – il presente imperativo *ex art. 23* della legge n. 87/1953 configurandosi di fatto come un dovere – mentre ha soltanto la facoltà di rinvio pregiudiziale, a meno che si tratti di giudice di ultima istanza (o – aggiungo – pur nutrendo qualche dubbio nel merito – a meno che si tratti di rinvio pregiudiziale di validità).

²⁶ O non dispone più la restituzione degli atti al giudice *a quo*, come accaduto in diverse pronunce prima di seguire più sistematicamente la strada della inammissibilità per difetto di rilevanza (v. *supra*, nota 1).

²⁷ Secondo l’impostazione *Granital* della stessa Corte costituzionale, se la Corte di giustizia riconoscesse efficacia diretta alla norma oggetto di interpretazione, il giudice comune dovrebbe disapplicare e sarebbe irrilevante il giudizio di costituzionalità, venendo meno l’applicabilità della norma censurata.

²⁸ V. il citato punto 2.1 della sentenza n. 20/2019, il punto 4.3 del considerato in diritto della sentenza n. 63/2019 nonché il punto 7 del considerato in diritto della sentenza n. 112/2019. V. altresì il punto 2 del considerato in diritto dell’ordinanza n. 117/2019, dove si ricorda come la Consulta abbia «recentemente affermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente ritenga di sottoporle».

l'aspetto essenziale che distingue il nuovo orientamento della Corte costituzionale da quello delineatosi a partire dalla metà degli anni '80²⁹, secondo cui invece, come detto, la questione di compatibilità "comunitaria" costituiva un *prius* logico e giuridico rispetto a quella di costituzionalità, e in virtù del quale tale "duplice" questione era, come visto, inammissibile³⁰ e le cause pendenti dinanzi alla Consulta su questioni sostanzialmente identiche a questioni di compatibilità "comunitaria" già sottoposte al vaglio della Corte di giustizia venivano rinviate a nuovo ruolo³¹, in attesa della decisione del giudice del Kirchberg; decisione che, in quanto *jus superveniens*, potrebbe implicare una restituzione degli atti al giudice *a quo*, per una nuova valutazione della rilevanza³².

Questo nuovo orientamento potrebbe essere stato influenzato dalla "rivisitazione" della giurisprudenza *Simmenthal* ad opera della stessa Corte di giustizia³³, quale intervenuta nelle citate pronunce *Melki e Abdeli* e *A* (richiamate, come visto, dalla stessa Corte costituzionale nell'*obiter dictum*).

Tuttavia, non sono certa che già *Simmenthal* non consentisse la soluzione di cui alle pronunce da ultimo citate e già in parte, come visto, delineata in *Mecanarte* e che, quindi, impedisse qualsiasi coinvolgimento della Corte costituzionale nella valutazione della compatibilità anche "comunitaria" di norme interne contrastanti con norme dell'Unione europea pur direttamente applicabili³⁴. Non credo, in altre parole, che *Simmenthal* imponesse la

²⁹ Sul punto v. G. AMOROSO, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore*, cit., che si sofferma altresì sull'altro recente cambio di rotta della Corte costituzionale, di cui alla sentenza n. 42/2017, quanto all'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale di leggi di cui «sia improbabile o difficile prospettare[...]e un'interpretazione costituzionalmente orientata».

³⁰ O, come detto, *supra*, nota 1 e nota 26, implicava la restituzione degli atti al giudice *a quo*.

³¹ V., ad esempio, C. cost., ordinanza 1° giugno 2004, n. 165, dove secondo (tra gli altri) M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione costituzionale europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, ESI, 2006, 101 ss., spec. 113 ss., la Consulta avrebbe dovuto operare il rinvio pregiudiziale.

³² V., ad esempio, C. cost., ordinanze 14 marzo 2003, n. 62; 20 aprile 2004, n. 125; 18 luglio 2011, n. 216; 9 novembre 2011, n. 295; 23 novembre 2011, n. 311; 13 maggio 2015, n. 80; 20 luglio 2016, n. 194.

³³ Per l'uso di tale espressione v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 4089 ss.

³⁴ Vero che in *Simmenthal*, per come era formulato il quesito pregiudiziale e per le specificità del contrasto (legge interna confliggente con regolamento), la Corte di giustizia statuisce nel senso che «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (v. punto 24 e dispositivo, corsivi aggiunti). Ciò perché l'effetto utile del diritto comunitario sarebbe ridotto se il giudice non potesse disapplicare immediatamente il regolamento (per sua natura direttamente applicabile), con la conseguenza che è *incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione o prassi nazionale che porti ad una riduzione della concreta efficacia di tale diritto negando la giudice il potere di procedere alla*

dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità “comunitaria”, ma ritengo piuttosto che la soluzione delineata in *Granital* quale precipitato di *Simmenthal* e la “regola” della inammissibilità per difetto di rilevanza e della doppia pregiudiziale si giustificassero (e fossero in un certo qual modo “auto-imposte”, se ci si pone nell’ottica della Consulta) in considerazione del fatto che il giudice delle leggi non si riconosceva organo giurisdizionale nazionale (*rectius*, giurisdizione) *ex art.* (allora) 177 CEE. Escludendosi dal dialogo diretto con la Corte di giustizia – nonostante la timida apertura di cui alla sentenza n. 168/1991³⁵ – la Consulta non poteva che rimettere al giudice *a quo* la questione che sollevasse anche quesiti di compatibilità con il diritto dell’Unione, in un certo qual modo, peraltro, forzando quest’ultimo ad esperire un rinvio pregiudiziale e di talché forzando anche, come rilevato in dottrina³⁶, la lettera del trattato nella misura in cui il giudice *a quo* non fosse giudice di ultima istanza e, quindi, fosse semplicemente facoltizzato e non obbligato a presentare un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Dato il panorama giurisprudenziale testé descritto, credo quindi che il passaggio “epocale” che ha contribuito alla svolta in esame sia da rinvenirsi in particolare nel fatto che la Consulta si sia finalmente riconosciuta (dopo le pressioni dottrinali protrattesi per anni³⁷), a partire, come noto, dal 2008 nei

disapplicazione (punti 20-22). Non può tuttavia non evidenziarsi come, al punto 23 della motivazione, la Corte afferma altresì che la menzionata *riduzione dell’efficacia del diritto comunitario* «si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario e una legge nazionale [...], la soluzione fosse riservata a un organo diverso dal giudice» *a quo* (corsivo aggiunto), anche se l’ostacolo frapposto alla piena efficacia fosse solo temporaneo (come accadeva, in virtù delle specificità del sistema italiano di sindacato di costituzionalità, in base alla giurisprudenza *Frontini* e *ICIC* la cui compatibilità con il diritto comunitario era nella sostanza sottoposta al vaglio della Corte di giustizia nel caso *Simmenthal*). Non poter riservare la competenza (esclusiva) alla Corte costituzionale è cosa diversa, a mio avviso, da impedire la rimessione ad essa e/o imporre la dichiarazione di inammissibilità dei quesiti ad essa sottoposti, potendo quindi immaginarsi, come poi avallato da *Melki e Abdeli e A*, una disapplicazione affiancata alla rimessione.

³⁵ Dove la Consulta affermò incidentalmente che restava ferma la sua *facoltà* di esperire il rinvio pregiudiziale (punto 6 del considerato in diritto). Come noto, già nella sentenza 23 marzo 1960, n. 13, la Consulta negò di essere giurisdizione ai sensi dell’allora art. 177 CEE. Il diniego è stato poi sistematico a partire dall’ordinanza 29 dicembre 1995, n. 536, dove essa si è auto-qualificata organo che «esercita una funzione di controllo costituzionale, di garanzia della osservanza della Costituzione», sino al cambio di rotta con l’ordinanza 15 aprile 2008, n. 103 per i giudizi di legittimità in via principale e poi l’ordinanza 18 luglio 2013, n. 207 per quelli in via incidentale (v. *infra*, nel testo e par. 7).

³⁶ V. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice*, cit., 224.

³⁷ V., per tutti, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice*, cit., 223 ss.; ID., *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l’isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2003, 201 ss.; ID., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 153 ss.; V. ONIDA, “*Armonia tra diversi*” e *problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad.*

giudizi di legittimità in via principale³⁸ e poi, per quello che qui interessa, dal 2013 nei giudizi di legittimità in via incidentale³⁹, «organo giurisdizionale nazionale» ai sensi dell'art. 267 TFUE⁴⁰. L'aver “sdoganato” la possibilità di interloquire direttamente con il giudice di Lussemburgo – soddisfacendo tra l'altro esigenze di economia processuale – consente alla Corte costituzionale di dichiarare ammissibile la questione di legittimità costituzionale che ponga anche quesiti di compatibilità “comunitaria”.

E, a ben vedere, quando interpellata per prima dal giudice comune, la Consulta potrebbe anche continuare ad assicurare che la questione “comunitaria” resti una priorità logica e giuridica rispetto alla questione di legittimità costituzionale, “semplicemente” decidendo di investire essa stessa la Corte di giustizia (che dunque si pronuncerebbe prima della Consulta), in quell'ottica di leale cooperazione e dialogo costruttivo in cui si colloca – per riconoscimento espresso dello stesso giudice delle leggi – il suo nuovo orientamento giurisprudenziale (sul rapporto diretto tra queste due Corti si tornerà *infra*, par. 7).

5. L'attuale coesistenza di due “tipologie” di rapporto “triangolare” tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale

A fronte del nuovo orientamento della Consulta, convivono oggi due tipologie di rapporto triangolare tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale: (a) quello classico di cui alla giurisprudenza *Granital* e (b) quello che potremmo definire della “269 temperata”, ovvero delineato

cost., 2002, 549 ss., spec. 554; P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, *ibidem*, 43 ss.; F. DONATI, *Corte costituzionale, «controlimiti» e rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 243 ss.; R. LUZZATTO, *Diritto comunitario e diritto interno dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, *ibidem*, 27 ss.; F. SORRENTINO, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, *ibidem*, 467 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, *ibidem*, 479 ss.

³⁸ V. C. cost., n. 103/2008, cit., che diede vita alla causa C-169/08.

³⁹ V. C. cost., n. 207/2013, cit. (che diede vita alla causa C-418/13, e in un caso in cui la Corte era stata investita di una questione di legittimità costituzionale in relazione ad una norma interna confliggente con una norma dell'Unione priva di effetto diretto, coerentemente con l'impostazione *Granital*), poi seguita dall'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 (che diede vita alla causa C-42/17 e dove era in gioco il possibile azionamento di un controlimite e anche qui, dunque, essendo giustamente ricorso il giudice comune alla Consulta in base alla sua giurisprudenza consolidata) e, da ultimo, la citata ordinanza n. 10 maggio 2019, n. 117 (che, come detto, ha dato vita alla causa C-481/19 e su cui si tornerà *infra*, par. 7).

⁴⁰ Sostiene che il sistema qui definito di “269 temperato” devii non tanto da *Granital*, quanto dall'ordinanza n. 536/1995, cit., sulla scia del *revirement* quanto alla configurabilità della Corte costituzionale quale organo giurisdizionale nazionale *ex art. 267 TFUE*, e che tale *revirement* rappresenti l'elemento essenziale dell'evoluzione giurisprudenziale qui in esame. 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*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 10 luglio 2019, 9 ss.

nell'*obiter dictum* e poi in parte ridimensionato e in parte confermato nella giurisprudenza successiva sopra richiamata. Quest'ultimo introduce una deroga al primo (si è parlato di *lex specialis*⁴¹) quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e dalla CdfUE, ma anche – come chiarito dalla sentenza n. 20/2019 – dal diritto derivato dell'Unione europea, che non solo fornisce una *specificazione* o costituisce un'*attuazione* della norma della CdfUE, ma in senso inverso è "*modello*" per tale norma, *partecipando all'evidenza della sua stessa natura* (costituzionale)⁴².

Ad un *meccanismo consolidato* di rapporti, dunque, che prevede il coinvolgimento della Corte costituzionale (previa eventuale rimessione alla Corte di giustizia) sulla base di un *criterio "funzionale"* legato alla natura (assenza di efficacia diretta) della norma dell'Unione che si considera violata (e salvo, naturalmente, l'intervento della Consulta in caso di controlimite), si affianca un *meccanismo "assiologico, valoriale"* che ritiene *opportuna* la previa rimessione al giudice delle leggi ogniqualvolta sia in discussione la violazione di un diritto fondamentale e a prescindere dall'efficacia diretta della norma dell'Unione rilevante⁴³. Ciò, a ben vedere, secondo uno schema sostanzialmente identico a quello applicato nel caso di contrasto del diritto interno con una disposizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

⁴¹ D. GALLO, *Challenging EU Constitutional Law. The Italian Constitutional Court's New Stance on Direct Effect and the Preliminary Reference Procedure*, in *Eur. law jour.*, 8 luglio 2019, 1 ss., presenta l'*obiter dictum* in esame appunto come «*lex specialis* della logica *Simmenthal-Granital*» (p. 11 ss.). R. MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi*, cit., 25, parla di nuova lettura dell'art. 11 Cost. rispetto a quella data in *Granital*, nel senso che si inverte, «nei casi in cui viene in rilievo l'applicazione della Carta, il rapporto regola/eccezione su cui quest'ultima [sentenza] si basava»

⁴² V. punto 2.1 del considerato in diritto. La sentenza n. 20 ridimensiona l'*obiter dictum* quanto alla doverosità/necessità della previa rimessione alla Consulta ed eliminando l'interpolazione di cui si è detto, ma estende i margini "materiali" del possibile intervento in prima battuta del giudice delle leggi. Il punto era stato oggetto di dibattito in sede di commento dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 (sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit., 15 ss., anche per ulteriori e puntuali riferimenti bibliografici), non essendo chiara l'ampiezza della deroga a *Granital*: perché prevedere una deviazione da tale modello solo se i diritti della persona sono tutelati dalla CdfUE (oltre che dalla Costituzione) e non anche dai corrispondenti principi generali? E perché non, appunto, anche da norme di diritto derivato dell'Unione che tutelino un diritto fondamentale? Senza dubbio questo approccio ampio tradisce in qualche modo la *ratio* che – nella ricostruzione della stessa Consulta – ha giustificato la sua presa di posizione nella sentenza n. 269, ovvero il fatto che la CdfUE avesse acquisito efficacia vincolante con Lisbona e natura tipicamente costituzionale (ma anche qui, nel senso che si tratta di presupposto errato del ragionamento della Corte, visto che già prima di Lisbona i diritti fondamentali erano tutelati in quanto principi generali, v. sempre C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit., 17 ss.). Tra i commentatori della pronuncia vi è chi ha contestato l'eccessiva ampiezza della nuova impostazione. Io credo che, tutto sommato, sia sensato che si guardi alla sostanza e non alla forma e, quindi, a ciò che viene tutelato e non al come, al tipo di fonte che assicura la tutela, anche se questa impostazione amplia evidentemente le maglie dell'approccio "269 temperato".

⁴³ Parla in proposito di criterio strutturale e di criterio assiologico-sostanziale A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., 238 ss.

dell'uomo e delle libertà fondamentali (pur configurandosi in quest'ultimo caso un obbligo di rimessione⁴⁴), ma di fatto degradando la CdfUE e il diritto dell'Unione che tutela diritti fondamentali a norma interposta di rango sub-costituzionale e finendo per snaturare l'autonomia della CdfUE e dell'ordinamento cui appartiene⁴⁵, il cui «sicuro ancoraggio» nel nostro ordinamento costituzionale resta l'art. 11 – e non (o prima, comunque che) l'art. 117 – Cost.⁴⁶.

Analizzando in astratto questo nuovo panorama giurisprudenziale si potrebbe immaginare che, *umentando* il numero di rimessioni alla Corte costituzionale, si assisterà ad una *riduzione* del numero dei rinvii pregiudiziali, dei casi di disapplicazione immediata – che resta doverosa al verificarsi delle condizioni fissate dalla Corte di giustizia, come ben evidenziato nell'ordinanza n. 117/2019 (per quanto non sia del tutto chiaro come possa conciliarsi, in un sistema come quello italiano, l'obbligo di disapplicazione, ricorrendone i presupposti, con l'opportunità della rimessione al giudice delle leggi, il primo dovendo prevalere sulla seconda: in proposito, v. *infra*, par. 8) – e di quelli di interpretazione conforme. In parallelo, si dovrebbe assistere (tendenzialmente o almeno auspicabilmente) ad un aumento delle ipotesi di dialogo diretto tra i supremi garanti dei diritti della persona dei due ordinamenti di riferimento (dell'Unione e nazionale).

Ma tutto dipenderà, ovviamente, da come si atteggeranno, in concreto, i giudici comuni e la Corte costituzionale, anche e comunque a fronte del grado di chiarezza e incondizionatezza – io credo – delle norme dell'Unione volta a volta rilevanti e di eventuali pronunce interpretative già emesse dalla Corte di giustizia. E in virtù della eventuale elaborazione di “linee guida” per i giudici comuni (sul se e quando ricorrere all'una o all'altra Corte o eventualmente ad

⁴⁴ V. C. cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Anche l'approccio “269 temperato” si potrebbe dunque considerare finalizzato ad assicurare il “predominio assiologico” della Costituzione (rispetto alla CEDU v., da ultimo, C. cost., 26 marzo 2015, n. 49).

⁴⁵ Evidenzia tale snaturamento P. MORI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, disponibile all'indirizzo <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-justizia-insieme>, aprile 2019.

⁴⁶ V. C. cost., 24 giugno 2010, n. 227. Sulla diversità di fonti UE/CEDU e i loro rapporti con l'ordinamento italiano v., per tutte, C. cost., n. 80/2011, cit. e in dottrina, anche per altri riferimenti bibliografici, A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit. Al limite, più che credo sarebbe preferibile assimilare la CEDU alla CdfUE e coprire la prima con l'art. 11 Cost., benché restino innegabili le differenze tra i due ordinamenti sovranazionale e internazionale e, altresì, la Corte EDU mai abbia sancito l'effetto diretto delle norme convenzionali. Da ultimo, si interroga sull'opportunità di un approccio tendenzialmente “monistico” quanto ai rapporti della normativa nazionale con la CdfUE e la CEDU, facendo leva sull'identità dell'oggetto di tutela, ad esempio, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 481 ss. In tempi più risalenti, v., ad esempio, O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 16 dicembre 2009.

entrambe) che, secondo alcuni, sarebbe opportuno fornisse direttamente la Consulta stessa⁴⁷.

6. (*Segue*): il giudice comune nel dialogo con la Corte di giustizia e con la Consulta

Analizzando, innanzitutto, il ruolo dei giudici comuni, nulla dovrebbe mutare rispetto al sistema *Granital* nelle ipotesi in cui non viene in rilievo la violazione di un diritto fondamentale, come la stessa sentenza n. 269/2017 conferma⁴⁸, con (i) un dialogo diretto, bilaterale tra giudice comune e Corte di giustizia e (ii) una dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale se la norma interna confligge con norme dell'Unione dotate di (diretta applicabilità e/o) effetto diretto o (iii) se, in applicazione della regola classica della doppia pregiudiziale, la questione di costituzionalità pone anche profili di compatibilità "comunitaria".

Più incerto, invece – come anche dimostra la prassi giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 269⁴⁹ – è il ruolo che ad essi spetta quando si rientra nell'ipotesi "269 temperata" e, dunque, quando si è di fronte alla possibile violazione di un diritto fondamentale, senza che assuma rilevanza l'effetto diretto o meno della previsione dell'Unione che tutela tale diritto.

C'è chi sostiene che i giudici comuni possono decidere di rivolgersi alla Corte costituzionale piuttosto che alla Corte di giustizia a seconda del parametro costituzionale (interno) o "comunitario" che ritengano volta a volta prevalente, continuando ad avere, in buona sostanza, lo stesso margine di manovra che hanno sempre avuto⁵⁰. La Consulta pare di fatto, e almeno sino ad oggi, aver avallato la scelta "libera" del giudice comune⁵¹, limitandosi ad

⁴⁷ Si esprime a favore dell'elaborazione di «istruzioni per l'uso» da parte della Consulta, ad esempio, R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, disponibile all'indirizzo <https://www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insieme>, aprile 2019.

⁴⁸ Nella specie si trattava di norme dell'Unione europea in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi e spettava pertanto al giudice comune procedere alla non applicazione della disposizione nazionale.

⁴⁹ V. *supra*, nota 16.

⁵⁰ V. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, cit., 159. Da ultimo, pare concordare con questa impostazione, piuttosto che con l'introduzione di regole rigide e criteri predeterminati, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., 22.

⁵¹ Si ricordi quanto sostenuto, ad esempio, da S. LEONE e S. CATALANO sull'"obbligo" per il giudice di andare comunque innanzitutto in Corte costituzionale, a fronte della facoltà (se non si tratta di giudice di ultima istanza) di sollevare rinvio pregiudiziale (v. *supra*, nota 25). Sempre S. LEONE (p. 15 del dattiloscritto) ritiene altresì che se anche il giudice comune andasse in Corte di giustizia, dovrebbe poi comunque rivolgersi alla Consulta per far dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma ritenuta contraria al diritto dell'Unione dal giudice di Lussemburgo, senza poter immediatamente disapplicare. Tale impostazione (pur prospettata anche in tempi recenti da alcuni giudici: v., ad esempio, l'ordinanza di legittimità costituzionale del Tribunale di Bari che rilevava come una decisione della Corte di giustizia che richiedeva la disapplicazione non avrebbe assicurato la

affermare che essa non può esimersi dal pronunciarsi laddove quest'ultimo abbia deciso di investirla di una questione di costituzionalità⁵². Aggiungo che la libertà di scelta del giudice comune trova un limite nell'obbligo, per i giudici di ultima istanza, di rinviare alla Corte di giustizia, con le responsabilità che ne conseguono in caso di violazione; e che occorre quindi prestare particolare attenzione al fatto che la loro rimessione alla Consulta senza certezza che essa rinvierà alla Corte di giustizia – e pur potendo formulare già i quesiti, come accaduto nel citato caso *Bolognesi*, per sollecitarla al dialogo – potrebbe infine sfociare, appunto, in una violazione del diritto dell'Unione. Al limite, si potrebbe ipotizzare, da parte del giudice di ultima istanza, un duplice e contestuale rinvio alla Corte di giustizia e rimessione alla Corte costituzionale⁵³; soluzione che, pare, renderebbe obbligata per quest'ultima – e diversamente da quanto accaduto, prima del *revirement* con l'ordinanza n. 207/2013, in casi analoghi verificatisi in passato⁵⁴ e anche per le ragioni di cui si è detto (*supra*, par. 4) – la scelta di esperire anch'essa un rinvio pregiudiziale, così da far

certezza del diritto e, quindi, come fosse opportuna una rimessione alla Consulta per far dichiarare l'incostituzionalità della norma già riconosciuta dalla Corte di giustizia in contrasto con il diritto dell'Unione; il giudice delle leggi, con sentenza n. 48/2017, ha dichiarato inammissibile la questione) pare ripristinare il sistema *pre-Simmenthal/Granital* e non risulta pertanto in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che subordina, come visto, la legittimità del ricorso obbligatorio alla Corte costituzionale al rispetto di diverse condizioni tra cui la disapplicazione anche immediata, ricorrendone i presupposti. Per un sistema binario capace di conciliare le esigenze di immediatezza della tutela e di certezza del diritto v. *infra*, par. 8.

⁵² V. punto 2.3 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019; punto 4.3 del considerato in diritto della sentenza n. 63/2019; punto 7 del considerato in diritto della sentenza n. 112/2019.

⁵³ Prospetta tale possibilità di sollevare contestualmente una rimessione e un rinvio pregiudiziale, ad esempio, R. CONTI, An, quomodo e quando *del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice donna*, disponibile all'indirizzo: www.giudicedonna.it, 4, 2017. Pare escluderla, invece, sulla base di quanto ricavabile di fatto dall'ordinanza 21 marzo 2002, n. 85, ad esempio, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., 22.

⁵⁴ V., ad esempio, (i) la rimessione alla Corte costituzionale operata dal Giudice conciliatore Milano, ordinanza 10 settembre 1963, in *Foro it.*, 1963, c. 2368 nel caso *Costa c. Enel* (deciso con sentenza C. cost., 7 marzo 1964, n. 14), lo stesso in cui poi il medesimo Giudice conciliatore Milano, con ordinanza 16 gennaio 1964, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 2015, 158 ss. rinvia alla Corte di giustizia (che decise poi con sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66); (ii) nel caso *Berlusconi e a.*, i rinvii pregiudiziali alla Corte giustizia da parte del Trib. Milano, sez. I penale, Pres. Ponti, ordinanza 26 ottobre 2002, in *Foro Ambrosiano*, 4, 2002, 529 (imp. Berlusconi), del Trib. Milano, sez. IV penale, Pres. Magi, ordinanza 29 ottobre 2002, *ibidem*, 4, 2002, 531 (imp. Dell'Utri) e della Corte App. Lecce, sez. penale, ordinanza 7 ottobre 2002, in *Cass. pen.*, 2, 2003, 640 (imp. Adelchi) e le rimessioni alla Corte costituzionale sul medesimo tema ad opera del Trib. Palermo, Uff. G.I.P., ordinanze 20 novembre 2002, 21 gennaio 2003, 6 marzo 2003. Ancora, si ricordi (iii) il caso *Simmenthal*, dove il Pretore Susa, con ordinanza 28 luglio 1977, in *Giust. civ.*, 12, 1977, 1879 ss., esperisce rinvio pregiudiziale, mentre i Tribunali di Milano e di Roma si rivolgono alla Consulta che, con sentenza 29 dicembre 1977, n. 163, dichiara la illegittimità di parte della stessa legge "controversa" dinanzi al giudice di Lussemburgo.

sentire anche la propria “voce” dinanzi al giudice del Kirchberg ed orientare, auspicabilmente, la sua decisione (sul punto, v. *infra*, par. 7)⁵⁵.

C'è poi chi suggerisce che la rimessione all'una o all'altra Corte dovrebbe essere “indirizzata” dal “principio della prossimità” e dipendere quindi, in buona sostanza, 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'Unione⁵⁶: se c'è discrezionalità, occorrerebbe ricorrere *in primis* alla Corte costituzionale; se la norma interna non fa che pedissequamente ricalcare la previsione di diritto dell'Unione, della sua legittimità deve essere investita la Corte di giustizia, in linea con la giurisprudenza *Fotofrost*, avendo il giudice di Lussemburgo competenza esclusiva a sindacare la validità (sostanziale, come in questo caso) dell'atto di diritto dell'Unione rilevante⁵⁷.

Ancora, sulla base di quanto chiarito, e deciso, nella sentenza n. 20/2019, pare opportuno ricorrere innanzitutto alla Corte costituzionale nei casi in cui dalla norma dell'Unione che tutela un diritto della persona (e che pur la Corte di giustizia pareva aver riconosciuto come dotata di effetto diretto⁵⁸) non sia davvero rinvenibile la regola della specie, richiedendo la Corte di giustizia al giudice comune un bilanciamento di interessi contrapposti (nella specie, riservatezza *vs* trasparenza; proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali) che esso non è in grado di realizzare o che, *rectius*, solo la Corte costituzionale è in grado di assicurare con una pronuncia che, dotata di efficacia *erga omnes*, garantisce certezza del diritto ed evita disparità di trattamento⁵⁹.

⁵⁵ Come si ricorderà, l'ordinanza n. 207/2013 di rinvio pregiudiziale, nel caso *Napolitano* (che, come ricordato, diede vita alla causa C-418/13, poi decisa dalla Corte di giustizia con sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*, ECLI:EU:C:2014:2401), venne elaborata dalla Consulta dopo che un altro giudice (il Tribunale di Napoli), pur senza rimettere al giudice delle leggi (investito di analoga questione dal Tribunale di Roma e da quello di Lamezia Terme), aveva esperito un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La Consulta, per non restare estranea al dialogo, decise di sollevare anch'essa quesiti pregiudiziali e di far sentire, dunque, appunto, la propria “voce” sul tema controverso.

⁵⁶ V. R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, cit.

⁵⁷ V. Corte giust., 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452.

⁵⁸ V. Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, *Österreichischer Rundfunk e a.*, ECLI:EU:C:2003:294.

⁵⁹ V. punto 2 della sentenza n. 20/2019. Evidenzia come l'intervento della Consulta sia giustificato non tanto presupponendo l'assenza di effetto diretto della norma dell'Unione rilevante, ma in virtù della valutazione della proporzionalità rimessa dalla Corte di giustizia al giudice *a quo* S. LEONE, cit. (p. 12 del dattiloscritto). Vero che sulla non individuabilità della regola della specie la Consulta richiama l'argomentazione del giudice rimettente, ma senza contraddirla; e sulla base di quell'assunto e della richiesta rivoltale di pronunciarsi per prima, essa procede a dichiarare ammissibile la questione e a valutarla nel merito.

Credo che sia condivisibile la soluzione prospettata dalla Consulta nella sentenza testé menzionata, così come potrebbe essere opportuno un intervento del giudice delle leggi ogniqualvolta occorra valutare la proporzionalità di una misura nazionale che limita l'operatività, e quindi, il primato del diritto dell'Unione e si vuole assicurare, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, una sua applicazione uniforme. Altresì, ci si potrebbe interrogare sulla possibile estensione del sistema "269 temperato", e quindi sull'opportunità della previa rimessione alla Corte costituzionale, qualora il conflitto sia con una previsione dell'Unione che sancisce obiettivi e/o principi⁶⁰. Anche in questi casi, a ben vedere, se sono rispettate le condizioni fissate in *Melki e Abdeli* e in *A*, cui, come visto, la Corte costituzionale si è progressivamente (ri)allineata nelle pronunce del 2019, la rimessione alla Consulta parrebbe comunque coerente con la giurisprudenza di Lussemburgo. Più difficile, invece, mi sembra immaginare – come invece pure suggerito in dottrina⁶¹ – una previa rimessione al giudice delle leggi rispetto a qualunque tipo di conflitto della norma interna con quella dell'Unione, anche se non deputata alla tutela dei diritti fondamentali e se direttamente applicabile e anche in casi dove il contrasto è talmente evidente da non lasciare adito ad alcun tipo di dubbio o margine di discrezionalità in capo al giudice comune. Un'estensione siffatta dell'orientamento "269 temperato" finirebbe per implicare una sostituzione sistematica della dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Consulta all'intervento abrogativo del legislatore e per annientare completamente la stessa giurisprudenza *Granital*, con ricadute non indifferenti (e forse neppure giustificabili in base alla giurisprudenza di Lussemburgo) sulla effettività ed immediatezza della tutela della posizione giuridica rilevante, che potrebbero essere compromesse dalla sistematica, appunto, rimessione alla Corte costituzionale anche di questioni di (in)compatibilità talmente evidenti da non richiedere (non almeno necessariamente) l'intervento di tale Corte, perché i giudici ordinari non avrebbero alcun dubbio nel disapplicare sempre e comunque la disposizione nazionale controversa⁶².

⁶⁰ V., come detto (*supra*, nota 10), A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit. *Inter alia*, v. anche A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit., 91 s., che, partendo dal presupposto che il sindacato accentrato di costituzionalità rappresenti un principio supremo del nostro ordinamento costituzionale (*sub specie*, un «principio non sostantivo» che regge «l'articolazione organizzativa dell'ordinamento costituzionale»), afferma che si dovrebbe «obbligare» il giudice comune a sollevare la questione di legittimità costituzionale tutte le volte in cui il dubbio di costituzionalità della norma interna non è relativo solo alla violazione indiretta dell'art. 11 Cost ma investe anche e direttamente le disposizioni costituzionali che regolano principi e diritti o libertà».

⁶¹ S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., 36 ss.

⁶² Altro è quanto si dirà (e dunque la soluzione alternativa prospettata) *infra*, par. 8.

7. (*Segue*): la Consulta nel dialogo con la Corte di giustizia

Passando ad analizzare il ruolo della Corte costituzionale e il suo nuovo rapporto con la Corte di giustizia, non può non rilevarsi innanzitutto come anche la più recente ordinanza n. 117/2019 conferma la linea argomentativa-decisoria delle sentenze nn. 20, 63, 112 del 2019 (quale profilata per la prima volta, come visto, nell'*obiter dictum* di cui alla sentenza n. 269): se il giudice comune solleva una questione di legittimità costituzionale che coinvolge anche norme di diritto dell'Unione europea che tutelano diritti della persona, la Consulta non può esimersi dallo *ius primi verbi*, fornendo una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri, «giudicando alla luce dei parametri costituzionali interni ed eventualmente di quelli europei secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato» e, eventualmente, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁶³.

La questione sollevata è, quindi, ammissibile; ma l'ammissibilità, nelle parole della Consulta, non equivale all'obbligo di rinvio pregiudiziale, cui si ricorrerà se sarà necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della CdfUE e/o del diritto derivato che "partecipi" della stessa natura costituzionale⁶⁴.

È bene ricordare che, nell'ordinanza n. 207/2013, la Corte costituzionale ha dichiarato di avere la natura di organo giurisdizionale di ultima istanza⁶⁵ e, come tale, sarà doveroso che – evidentemente ogniqualvolta si rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e a meno che già vi sia una pronuncia interpretativa chiara della Corte di giustizia o giurisprudenza consolidata sul punto di diritto controverso – la Consulta interloquisca con tale giudice, assicurando la giusta valorizzazione dei criteri *CILFIT*⁶⁶ ed evitando di sottrarre competenza alla Corte di giustizia quale "interprete qualificato del diritto dell'Unione" (secondo, del resto, la consolidata giurisprudenza della stessa Corte costituzionale⁶⁷) e altresì di incorrere nel rischio di risultati analoghi a quelli cui si è giunti nei confronti della Francia, censurata per

⁶³ V. punto 5.2 del considerato in diritto della sentenza n. 269/2017; punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019; punto 4.3. del considerato in diritto della sentenza n. 63/2019; punti 1 e 2 del considerato in diritto dell'ordinanza n. 117/2019.

⁶⁴ V. da ultimo punto 2 dell'ordinanza n. 117/2019.

⁶⁵ Ivi espressamente si dichiara che «deve ritenersi che questa Corte abbia la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale» (corsivo aggiunto).

⁶⁶ V. Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335. V. anche Corte giust., 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, ECLI:EU:C:2015:565, dove per la prima volta il giudice del Kirchberg ritiene che il mancato rinvio da parte del giudice di ultima istanza configuri una violazione dell'obbligo di cui all'art. 267 TFUE poiché, in presenza di decisioni contraddittorie emesse da altri giudici nazionali, il Supremo Tribunal de Justiça portoghese non poteva legittimamente far riferimento alla teoria dell'atto chiaro.

⁶⁷ V., per tutte, C. cost., 23 aprile 1985, n. 113 e 11 luglio 1989, n. 389.

inadempimento per mancato rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato là dove non poteva ritenersi soddisfatta la teoria dell'atto chiaro⁶⁸. Tutto ciò, peraltro, in quel «quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», «dove il concorso di rimedi giurisdizionali arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», escludendo ogni preclusione, e così anche potendo assicurare, come accennato (*supra*, par. 4), la priorità logica e giuridica della questione di compatibilità “comunitaria”.

In questa prospettiva, il coinvolgimento della Corte di giustizia pare quantomeno opportuno (*i*) se la Consulta vuole dichiarare l'illegittimità costituzionale della previsione interna contrastante con quella costituzionale e dell'Unione, perché la sua espunzione dal sistema senza interpellare il giudice di Lussemburgo potrebbe privare quest'ultimo 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. Ciò anche se tale ultima soluzione potrebbe non essere gradita alla Consulta, ma la decisione di Lussemburgo dovendo – almeno in linea di principio – prevalere su quella di Roma⁶⁹, e fatta salva sempre, evidentemente, l'attivazione del controlimito, là dove la posizione delle due Corti non fosse in alcun modo conciliabile.

Così, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia pare doveroso (*ii*) se la Corte costituzionale volesse dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale anche per i profili “comunitari”, per evitare di essere sconfessata da un successivo (o contestuale) rinvio al giudice del Kirchberg fatto da un giudice comune⁷⁰, all'esito del quale potrebbe riscontrarsi un difetto di tutela all'interno del nostro ordinamento costituzionale, laddove si rilevasse che il diritto dell'Unione assicura, per l'appunto, una tutela più elevata del diritto rilevante nella specie⁷¹; tutela che la Consulta potrebbe assicurare – in quell'ottica di «massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» che ha spinto all'elaborazione dell'*obiter dictum* e alla sua conferma nelle successive pronunce del 2019 – con una pronuncia dotata di efficacia *erga omnes*, recependo le indicazioni del giudice di Lussemburgo previamente adito.

⁶⁸ V. Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2018:811.

⁶⁹ V. Corte giust., sentenze *Global Starnet*, cit., e 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719.

⁷⁰ Che un rischio siffatto la Consulta lo abbia corso adottando la citata sentenza n. 133/2016 (v. *supra*, nota 9), decidendo per l'infondatezza senza interpellare la Corte di giustizia v. R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale*, cit., 7.

⁷¹ Per rimediare ad una situazione siffatta, la Corte costituzionale dovrebbe auspicare di essere nuovamente investita di una questione di legittimità costituzionale e, alla luce della sentenza di Lussemburgo che costituisce *ius superveniens*, “trasformare” la decisione di infondatezza in decisione di accoglimento.

Senza alcuna ombra di dubbio, poi, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sarebbe indispensabile (*iii*) ogniqualvolta si pone un problema di validità di una disposizione di diritto dell'Unione, per non sconfessare (*rectius*, violare) la già menzionata giurisprudenza *Fotofrost*.

Altresì, esso sarebbe doveroso (*iv*) se la Corte costituzionale ipotizzasse il possibile azionamento di un controlimite (si pensi, *mutatis mutandis*, alla Corte costituzionale federale tedesca che si è imposta l'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia prima di dichiarare che le istituzioni dell'Unione abbiano adottato un atto *ultra vires*, agendo oltre al principio di attribuzione e, quindi, in violazione della clausola della carta costituzionale tedesca⁷²): prima della sua eventuale attivazione, pare infatti indispensabile che il giudice di Lussemburgo, come avvenuto nella saga *Taricco*⁷³, sia informato delle specificità del nostro ordinamento costituzionale e possa decidere di tutelare la posizione giuridica rilevante, grazie alla Consulta che – certo meglio di un qualsiasi giudice comune, come proprio la saga *Taricco* dimostra – può «contribuire, per la propria parte» ad adiuvare, appunto, la Corte di giustizia a conoscere e rilevare le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ad interpretare la CdfUE in armonia con esse, secondo quanto previsto dal suo art. 52, par. 4⁷⁴. Del resto, che questo tipo di collaborazione possa funzionare è dimostrato – benché in allora il dialogo fosse stato indiretto – da quanto verificatosi nella vicenda *Fragd*⁷⁵: ivi, a fronte della minaccia dell'attivazione del controlimite, la Corte di giustizia procedette, infatti, alla modifica della propria giurisprudenza sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze

⁷² V. decisione del Secondo Senato del 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, spec. punto 60. La base di tale impostazione è già contenuta nella sentenza sul trattato di Lisbona (*Lissabon Urteil*: decisione del Secondo Senato del 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09), citata in *Honeywell*, dove però l'obbligo in parola è sancito espressamente.

⁷³ V. ordinanza n. 24/2017 e la sentenza n. 115/2018, quest'ultima emessa dopo la sentenza della Corte di giustizia 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936.

⁷⁴ V., da ultimo, il punto 2 del considerato in diritto dell'ordinanza n. 117/2019. Nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 la formulazione del passaggio in questione era più ambigua, facendo ipotizzare che il giudice delle leggi intendesse imporre alla Corte di giustizia la propria lettura delle tradizioni costituzionali comuni (sia consentito il rinvio a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit., 20). Ancora rispetto alla sentenza n. 20/2019 critico su questo punto v., ad esempio, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale*, cit. Tuttavia, a partire da tale pronuncia, la posizione della Consulta pare decisamente formulata in termini più “collaborativi”, nel senso di cui nel testo. In dottrina, a favore di siffatta collaborazione, potendo la Consulta, tramite il rinvio pregiudiziale, contribuire alla esatta determinazione della portata della norma dell'Unione e a far valere dinanzi alla Corte di giustizia e le peculiarità delle tradizioni costituzionali nazionali di cui è custode v., per tutti, v. R. LUZZATTO, *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 39; V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale*, cit., 62 s.; P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, cit., 150; R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, 175 ss., spec. 200; F. SORRENTINO, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, cit., 477.

⁷⁵ V. C. cost., 21 aprile 1989, n. 232.

pregiudiziali di validità, a garanzia del diritto di difesa e di tutela giurisdizionale effettiva fatto valere dalla nostra Corte costituzionale⁷⁶.

Una sintesi condivisibile del comportamento che il giudice delle leggi dovrebbe avere – oltre che del riallineamento alla giurisprudenza di Lussemburgo (dopo l'*obiter dictum* della sentenza n. 269 e i successivi e progressivi passaggi delle sentenze nn. 20 e 63 del 2019)⁷⁷ – si trova nell'ordinanza n. 117/2019⁷⁸, dove si pongono due quesiti pregiudiziali, uno di interpretazione⁷⁹ e (per la prima volta da parte della Corte costituzionale) uno di validità⁸⁰; e dove si subordina alla risposta del giudice di Lussemburgo la

⁷⁶ La Consulta riteneva che l'art. 177 CEE, nella misura in cui consentiva alla Corte di giustizia di limitare l'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di invalidità di un regolamento comunitario fino al punto di renderla inoperante nel giudizio principale che ha provocato la pronuncia incidentale, rischiasse di vulnerare il diritto di difesa, *sub specie* la garanzia del poter agire in giudizio, che rappresenta un diritto inalienabile della persona. Essa rilevò quindi che «una volta riconosciuta l'importanza del procedimento previsto dall'art 177 del Trattato ai fini della realizzazione di un compiuto sistema di tutela giurisdizionale a garanzia dei diritti dei singoli nell'ordinamento comunitario, non può non apparire in *contraddizione* con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata» (punto 4 del considerato in diritto, corsivo aggiunto). E dichiarò che il fatto che l'ordinamento comunitario non tuteli diritti fondamentali che sono invece tutelati da quello costituzionale «è sommamente improbabile ma pur sempre possibile» (punto 3.1 del considerato in diritto) e che laddove ciò si riscontrasse la normativa nazionale dovrebbe prevalere su quella comunitaria. La Corte di giustizia, come anticipato, modificò la propria giurisprudenza e giunse ad ammettere che della sua pronuncia di invalidità (quand'anche valevole solo per il futuro) potesse comunque giovare la parte nel procedimento *a quo*.

⁷⁷ V. *supra*, nota 23.

⁷⁸ S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità*, cit., 7 s., rileva come siffatta ordinanza pare testimoniare la consapevolezza della Consulta circa il fatto che, per riacquisire centralità nella tutela dei diritti della persona, deve essere disponibile ad interloquire direttamente con la Corte di giustizia, specie al fine di non essere sconfessata da quest'ultima che fosse comunque investita di una questione pregiudiziale da un giudice comune. L'A. auspica altresì che la Consulta faccia un uso generoso del rinvio pregiudiziale.

⁷⁹ La Consulta chiede alla Corte di giustizia di stabilire «se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono 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 punito con sanzioni amministrative di natura «punitiva», dal momento che la sanzione in ipotesi siffatta sarebbe contraria, secondo il giudice delle leggi, al diritto al silenzio, ««corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» nel nostro ordinamento costituzionale (punto 7.1 del considerato in diritto). Si noti che la possibile violazione di siffatto diritto fondamentale – secondo l'impostazione «269 temperata» che devia da *Granital* – legittima, come visto, la rimessione alla Corte costituzionale anche se il conflitto potrebbe porsi con una norma dell'Unione direttamente applicabile.

⁸⁰ La Consulta chiede alla Corte di giustizia di verificare «se, in caso di risposta negativa [alla] prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni

dichiarazione di illegittimità costituzionale o – mi pare di poter intendere tra le righe dell’ordinanza – l’azionamento del controlimite, *rectius* – se vogliamo parlare di controlimite in senso stretto, per come esso è stato originariamente elaborato, solo nei casi di mancata tutela di un diritto fondamentale⁸¹ – l’affermazione di una tutela del diritto rilevante nella specie più elevata di quella garantita dall’ordinamento dell’Unione: ciò, qualora la lettura suggerita dalla Corte costituzionale (che chiaramente afferma che il diritto al silenzio, che viene in rilievo nel caso sottoposto al suo vaglio, appartiene «al novero dei diritti inalienabili della persona che caratterizzano l’identità costituzionale italiana»⁸²) non dovesse essere accolta dalla Corte di giustizia.

8. Una possibile (?) diversa interazione del giudice comune con la Corte costituzionale idonea a conciliare esigenze di immediatezza della tutela e di certezza del diritto

Sempre in quell’ottica di massimizzazione della tutela che, come si è detto, ha ispirato il cambio di rotta del nostro giudice delle leggi, credo potrebbe essere opportuno interrogarsi oggi sulla possibilità di immaginare una diversa declinazione del rapporto triangolare tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale o anche, volendo e più semplicemente, tra giudice comune e Corte costituzionale; rapporto che si estrinsechi in una “*formula binaria*” capace di conciliare le esigenze di immediatezza e di effetto utile sottese all’art. 267 TFUE (e perseguite dalla Corte di giustizia, *in primis* con la regola della disapplicazione, ricorrendone i presupposti) con le esigenze di certezza del diritto (care, in particolare, alla nostra Corte costituzionale).

Già oggi, sulla base della giurisprudenza di Lussemburgo, è possibile, come visto, un “*sistema parallelo*” in cui, mentre un giudice decide di (o è obbligato a) rivolgersi in prima battuta alla Corte costituzionale, un altro giudice (resta libero di) ricorre(re) alla Corte di giustizia o anche immediatamente disapplica(re) la norma interna contrastante con quella dell’Unione europea se ne ricorrono i presupposti. E benché ci si possa chiedere come siano realmente conciliabili (*almeno in un sistema costituzionale come quello italiano, dove la disapplicazione esclude la rilevanza della questione di costituzionalità*) il dovere di disapplicare con la possibilità o lo stesso obbligo di rimettere (anche previamente) alla Corte costituzionale, e (volendo) come in caso di obbligo di disapplicazione il giudice delle leggi possa dichiarare l’ammissibilità della

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”».

⁸¹ V. C. cost., n. 232/1989, cit.; nonché già, benché con riguardo ai rapporti con il diritto internazionale, *sub specie* i Patti Lateranensi, v. C. cost., 2 febbraio 1982, n. 18.

⁸² V. punto 7.1 del considerato in diritto dell’ordinanza in esame.

questione di legittimità costituzionale ad esso sottoposta (ricorrendo i presupposti per disapplicare, la questione dovrebbe essere non rilevante), si è visto che un siffatto sistema parallelo è, appunto, ammesso dalla Corte di giustizia, che evidentemente (specie rispetto a ordinamenti costituzionali con caratteristiche di funzionamento non necessariamente sovrapponibili a quelle nostrane) ritiene che non siano ostacolate effettività ed immediatezza della tutela se anche un giudice decidesse o, appunto, fosse obbligato a ricorrere al giudice delle leggi in base alle regole processuali nazionali, purché in linea generale e astratta sia sempre possibile (da parte almeno di giudici diversi da quello che, tendenzialmente per primo, avrà rimesso la questione alla Corte costituzionale) disapplicare la norma interna palesemente confliggente con quella dell'Unione direttamente applicabile o dotata di effetto diretto.

Mi chiedo se sia immaginabile un diverso sistema dove (non necessariamente nei soli casi di violazione di diritti fondamentali, ma anche rispetto a qualunque violazione di norme dell'Unione aventi le caratteristiche da ultimo richiamate) lo stesso giudice che decide (eventualmente dopo un rinvio pregiudiziale) per la *disapplicazione* (non provvisoria, già oggi possibile – *rectius*, doverosa in base a *Melki e Adbeli* e *A* se occorre tutelare una posizione giuridica a rischio di pregiudizio; e ammissibile anche per la nostra Corte costituzionale⁸³, bensì) *definitiva*, possa *al contempo sollevare una questione di legittimità costituzionale* per far espungere dall'ordinamento con efficacia *erga omnes* la norma che si ritenga lesiva di disposizioni dell'Unione e quindi dell'art. 11, e volendo dell'art. 117, Cost.

Si tratta di soluzione già esplorata dalla dottrina costituzionalistica con diversi accenti e sfumature⁸⁴ e che, al fine di poter trovare concretizzazione, richiederebbe necessariamente il venir meno del presupposto della rilevanza

⁸³ V., ad esempio, C. cost., 5 dicembre 2014, n. 274; 10 giugno 2014, n. 162; 9 maggio 2013, n. 83; in tempi più risalenti, C. cost., 12 ottobre 1990, n. 444.

⁸⁴ V., in particolare, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, relazione presentata al Seminario Italo-Hispano-Brasileno, *La protección de los derechos en un ordenamiento plural* (Barcelona, 17-18 ottobre 2013), che (a dire il vero per qualsiasi tipo di violazione della Costituzione, prospettando il passaggio da un modello di giustizia costituzionale “misto” a uno “duale”) propone un sistema in cui ai giudici comuni sia data facoltà di scegliere, in alternativa, tra disapplicazione e rimessione alla Consulta, mentre per i giudici di ultima istanza dovrebbe vigere l'obbligo di disapplicare (ricorrendone i presupposti) e altresì (cumulativamente, dunque, e con eliminazione del requisito della rilevanza) quello di rimettere la questione alla Corte costituzionale. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, cit., 160 ss., nel prospettare il cumulo di disapplicazione e rimessione alla Corte costituzionale (anche per soddisfare in maniera risolutiva il primato del diritto dell'Unione europea), si chiede se tale soluzione (la cui delicatezza necessita di un intervento del legislatore) dovrebbe essere delineata nel senso di riconoscere solo efficacia provvisoria alla decisione di disapplicazione del giudice comune (assimilandola, quindi, ad una misura cautelare) o se, invece, essa dovrebbe acquisire autorità di cosa giudicata e la decisione con effetti *erga omnes* della Consulta valere poi per giudizi diversi da quello che, in un certo qual modo, la ha originata.

nei giudizi di legittimità costituzionale e, quindi, un intervento del legislatore modificativo della legge n. 87/1953. Ciò, forse, a meno di ritenere – come da alcuni sostenuto in passato⁸⁵, e benché si tratti di tesi non ripresa in anni più recenti né avallata dalla prassi giurisprudenziale costituzionale⁸⁶ – che, poiché la legge cost. 1/1948 non impone il requisito della rilevanza (introdotto dalla legge del 1953, ma solo quello della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale), sia già oggi immaginabile anche un *intervento del giudice delle leggi in funzione di garanzia della conformità dell'ordinamento con la Costituzione* (come sarebbe, in buona sostanza, quello qui prospettato), a prescindere, perciò, da una effettiva pregiudizialità della questione di legittimità ai fini della soluzione della controversia dinanzi al giudice *a quo*⁸⁷. Tale controversia, come detto, verrebbe infatti risolta con disapplicazione della norma interna contrastante, ma siffatta “composizione” del giudizio (che ne impedirebbe la sospensione, in assenza di rilevanza) non dovrebbe impedire un’iniziativa dell’autorità procedente slegata, appunto, dalla soluzione del processo (eventualmente da collocarsi temporalmente prima della chiusura dello stesso) e finalizzata alla rimozione di tale norma dall’ordinamento da parte del giudice delle leggi con una decisione avente efficacia *erga omnes* e capace di soddisfare la finalità testé indicata⁸⁸.

⁸⁵ V. G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.; F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, “Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nell’instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Giuffrè, Milano 1974, 122 ss.

⁸⁶ Non avallata sino ad oggi; ma non sembra potersi escludersi – sulla base ad esempio di quanto *infra*, nel testo – una re-interpretazione della rilevanza ad opera della Corte costituzionale, analoga *mutatis mutandis* a quella introdotta con l’approccio “269 temperato”.

⁸⁷ F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, “Non manifesta infondatezza”, cit., 124 ss., evidenziano come la legge cost. n. 1/1948 dispone che una questione di costituzionalità possa essere sollevata d’ufficio dal giudice quando sorga «nel corso del giudizio» e come la legge n. 87/1953, introducendo la condizione della rilevanza (art. 23), “chiude” (*rectius*, sembra “chiudere” e, per come applicata, effettivamente “chiude”) al possibile utilizzo della questione di legittimità al fine di garantire la compatibilità dell’ordinamento con la Costituzione, ovvero l’interesse generale all’eliminazione da esso delle norme incostituzionali; garanzia che potrebbe assicurarsi ammettendo anche questioni che vertono su disposizioni prese in esame dal giudice «nel corso del giudizio», ma non necessariamente utili ai fini della decisione (ovvero su disposizioni diverse da quella poi concretamente applicabile per la soluzione della controversia). Si potrebbe tuttavia immaginare – secondo gli AA. – che la legge cost. n. 1/1948 possa continuare ad operare per perseguire la finalità indicata, applicandosi la legge del 1953 solo per quegli aspetti procedurali che non appaiono diretta conseguenza della scelta operata dal suo art. 23 (ed escludendosi pertanto, *in primis*, il dovere di sospensione del giudizio *a quo*, che risulterebbe «incongruo, poiché, essendo possibile pervenire alla definizione della causa a prescindere dalla decisione della Corte, l’eventuale sospensione apparirebbe lesiva dell’interesse al rapido svolgimento dei processi»). G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza*, cit., 1011, in alternativa alla soluzione testé richiamata, prospettava una declaratoria di incostituzionalità dell’art. 23 della legge del 1953 (per contrasto con la legge cost. n. 1/1948) nella parte in cui introduce la rilevanza come condizione necessaria di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

⁸⁸ Oltre che garantire in misura più «risolutiva» (per dirla con A. RUGGERI, v. *supra*, nota 84) il primato del diritto dell’Unione. Anche se, a ben vedere, per la Corte di giustizia il primato si può

Forse si tratta di soluzione eccessiva? E che la Consulta non accoglierebbe con favore nella misura in cui la sua decisione sarebbe di fatto anticipata (salva sempre l'eventuale attivazione del controlimite) dalla scelta definitiva di disapplicare operata dal giudice *a quo*? Anche se essa, quanto meno, sarebbe coinvolta nel "dialogo" e, almeno laddove la violazione fosse assolutamente palese, l'intervento del giudice delle leggi cristallizzerebbe con efficacia *erga omnes* la soluzione di fatto obbligata anche e già per i giudici comuni. Forse, come anticipato *supra* (par. 6) in relazione alla possibile estensione dell'orientamento "269 temperato", sarebbe comunque preferibile l'intervento sistematico del legislatore per abrogare la norma interna contrastante con il diritto dell'Unione? Forse si tratta di soluzione prematura ed è meglio attendere gli sviluppi giurisprudenziali e poi alla luce della prassi (e degli eventuali assestamenti) che si andrà(nno) delineando verificarne la reale opportunità e fattibilità?

Certo è che, per tale via, si assicurerebbero *l'immediatezza e l'effettività della tutela* (tramite la disapplicazione, soddisfacendo l'obbligo fissato dalla Corte di giustizia) e *al contempo* (anche in tempi più rapidi di quelli attuali dove le scelte di disapplicazione e rimessione alla Corte costituzionale sono rimesse a due giudici diversi) 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, che non sempre (come visto, *supra*, par. 6) si riescono a garantire/ evitare a valle d(i qu)elle sentenze della Corte di giustizia che, pur dotate anch'esse di tale efficacia, lasciano un margine di manovra eccessivamente ampio al giudice comune.

Del resto, la certezza del diritto è un valore proprio anche dell'ordinamento dell'Unione⁸⁹ e, come la stessa Corte di giustizia ci insegna, la *finalità del rinvio pregiudiziale* – che costituisce il presupposto "fisiologico" della disapplicazione – non è solo quella di assicurare *l'efficacia piena ed immediata del diritto dell'Unione*, ma anche *l'uniformità della sua interpretazione e applicazione*⁹⁰,

benissimo garantire attraverso la disapplicazione e quindi, come peraltro già evidenziato in apertura del paragrafo, tale soluzione soddisferebbe innanzitutto le esigenze di certezza del diritto care alla Corte costituzionale (per quanto non estranee, come subito si dirà, all'ordinamento dell'Unione).

⁸⁹ Si tratta di principio generale di diritto, desunto dalla Corte di giustizia dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, su cui sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *La certezza del diritto nel diritto dell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, 497 ss.

⁹⁰ V., per tutti, Corte giust., 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*, cit., punto 15; parere 2/13 del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, EU:C:2014:2454, punto 176 e giurisprudenza ivi citata.

che – con la fattiva e leale collaborazione della Corte costituzionale – meglio potrebbe in concreto perseguirsi.