

LA CARTA DI NIZZA NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 269 DEL 2017.

ANTONELLO COSENTINO*

Suggerimento di citazione

A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Consigliere della Corte di cassazione. Componente delle Sezioni Unite Civili.

La sentenza 14 dicembre 2017 n. 269 della Corte costituzionale costituisce uno snodo fondamentale nella dialettica tripolare che si è venuta configurando negli ultimi anni tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'unione europea.

In tale dialettica sembra infatti essere entrato in qualche modo in tensione il principio del controllo accentrato di costituzionalità fissato dall'articolo 134 Cost.

Le ragioni di questa tensione sono chiaramente individuabili nel meccanismo di operatività del diritto dell'Unione europea all'interno degli ordinamenti nazionali, disegnato nella sentenza *Simmenthal* dalla Corte di giustizia¹ - e ripreso, per quanto riguarda l'Italia, nella sentenza *Granital* della Corte costituzionale² - in termini di disapplicazione, da parte del giudice comune, della norma interna, anche posteriore, contrastante con una norma *self-executing* del diritto dell'Unione europea. In virtù di tale meccanismo, il diritto euro unitario, quando deve entrare in Italia in maniera più incisiva di quanto consentito dall'interpretazione "euro unitariamente orientata" (pur sempre limitata dalla insuperabile barriera del carapace linguistico della disposizione interna da interpretare) e risulti espresso in disposizioni suscettibili di applicazione diretta, non ha bisogno, a differenza dal diritto di matrice CEDU, di passare attraverso l'intervento della Corte costituzionale; esso entra in Italia attraverso l'intervento del giudice comune - ordinario, amministrativo, contabile - mediante il meccanismo della non applicazione della norma interna contrastante con quella euro unitaria. Tale meccanismo, in cui si sostanzia il principio del primato del diritto euro unitario, si impernia infatti - insieme ai suoi due corollari dell'obbligo di interpretazione eurounitariamente conforme e del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea - essenzialmente sul giudice comune nazionale.

Si tratta di un meccanismo particolarmente duttile, perché ha come priorità non la rimozione di una disposizione giuridica interna, bensì l'impedimento del pregiudizio che da tale disposizione possa derivare alla parte in causa. Esso, pertanto, risulta assai meno invadente e traumatico del meccanismo, legato all'incidente di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost., attraverso il quale incidono nel diritto interno le disposizioni degli altri trattati internazionali, come la Carta sociale europea³, o il Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York, o la stessa CEDU. Come è stato acutamente rilevato, il

¹ Sentenza CGUE 9.3.1978, C-106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato contro *Simmenthal* s.p.a..

² Sentenza C. cost. 5.6.1984, n. 170.

³ La Carta sociale europea è stata espressamente qualificata come parametro interposto di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., nelle sentenze della Corte costituzionale 13.6.2018 n. 120 e 8.11.2018 n. 194.

meccanismo della non applicazione della norma interna contrastante con il diritto euro unitario «*alleggerisce il compito del giudice, lasciandogli in futuro la possibilità di rivedere la sua posizione, ma anche di modularla nel modo migliore rispetto al singolo caso, di applicare la regola Ue interpretando esso stesso il contesto normativo interno del quale calare la sua decisione*»⁴. D'altra parte, anche il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE risulta essere un meccanismo assai più "amichevole" del ricorso alla CEDU, perché agisce non in via repressiva ma in via preventiva, tende non a sanzionare la giurisdizione nazionale ma ad offrire una interpretazione della norma euro unitaria che poi competerà pur sempre al giudice nazionale calare della concretezza della fattispecie al suo esame.

In definitiva, il diritto dell'Unione europea "viene detto", diventa *juris dictio*, per bocca dei giudici comuni degli stati membri, prima ancora che per bocca della Corte di giustizia dell'Unione europea; ed è proprio questo che ha determinato un particolare clima di reciproca cooperazione e, si può dire, di confidenza tra giudice nazionale e CGUE, nonché, in definitiva, la "fortuna" del diritto dell'Unione europea, vale a dire «*la straordinaria sinergia fra il giudice nazionale e la Corte di giustizia e, al tempo stesso, fra diritto interno e diritto Ue*», che ha consentito ai due sistemi di «*veleggiare fianco a fianco su acque relativamente tranquille, solo di rado agitate, come sembrano essere divenute dopo l'affaire Taricco*»⁵.

Proprio questo rapporto diretto tra i giudici comuni e Lussemburgo, tuttavia, ha determinato, in relazione alla specifica materia dei diritti fondamentali, la tensione sul principio del controllo accentrato di costituzionalità a cui si è sopra fatto cenno.

Quanto alla loro forza normativa, infatti, le disposizioni della CDFUE sono norme di diritto euro unitario, avendo esse ricevuto dal Trattato di Lisbona (art. 6) «*lo stesso valore giuridico dei trattati*»; con la conseguenza che esse sono immediatamente applicabili nel diritto interno, con disapplicazione diretta, da parte del giudice comune, della norma nazionale con le medesime contrastante, sempre che ricorra la duplice condizione che:

- a) la controversia rientri nel campo applicativo del diritto dell'unione (art. 6, primo comma, secondo alinea, Tratt. Lisbona «*Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*»; art. 51, secondo comma, CDFUE: «*La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per*

⁴ Così R. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in *Questione giustizia*, http://questionegiustizia.it/doc/La_giurisdizione_del_giudice_ordinario_e_il_diritto_Ue_rgconti.pdf (12 maggio 2017), p. 3.

⁵ Ancora R. CONTI, *cit.*, p. 2.

la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati»⁶;

b) l'invocata disposizione della CDFUE abbia efficacia diretta, ossia detti una norma e non un principio, per quanto malcerta e opinabile possa risultare tale distinzione in materia di diritti fondamentali⁷;

Quanto al loro contenuto precettivo, per contro le norme della CDFUE hanno una impronta tipicamente costituzionale, giacché i principi e i diritti ivi enunciati intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri. Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione; caso che, in realtà, è sostanzialmente fisiologico, perché la maggior parte dei diritti presidati dalla CDFUE trova garanzia anche nella nostra Costituzione.

Il punto è, quindi, che, per la primazia del diritto dell'Unione, il giudice nazionale investito di una controversia in una materia rientrante nell'ambito oggettivo di applicazione del diritto dell'Unione, che rilevi un contrasto tra

⁶ Sul principio che le disposizioni della Carta di Nizza possono essere applicate solo in una fattispecie «disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto», si vedano, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, le sentenze n. 80 del 2011, n. 63 del 2016, n. 111 del 2017 e l'ordinanza n. 138 del 2011, tutte richiamate nella sentenza n. 194/2018 *cit.*; nonché, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, le sentenze 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson e 26 ottobre 2017, causa C-333/17, Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimenta Marinh e altri.

⁷ Cfr. art. 51, primo comma, CDFUE («Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze») e art. 52, quinto comma, CDFUE («Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti»). In A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2017_Barbera.pdf, p. 10 (6 novembre 2017), si sottolinea: «L'art. 51, comma 1, precisa che tutte le "disposizioni" della Carta devono essere "applicate" ("alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione ...come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"), ma con una differenza: mentre i "diritti" sarebbero da "rispettare", i "principi", invece, andrebbero "osservati", dovendosi sempre promuovere l'applicazione. Indicazioni ulteriori provengono dall'art. 52, ai sensi del quale i "principi" devono essere attuati da atti legislativi ed esecutivi delle istituzioni europee o dagli stati, mentre possono "essere invocati dinanzi ad un Giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti"».

una norma interna e una norma della CDFUE avente efficacia diretta, deve disapplicare la norma interna; ma, così facendo, sottrae quella norma interna al controllo (ed al potere di caducazione *erga omnes*) della Corte costituzionale; e ciò anche quando, come normalmente avviene, il diritto fondamentale presidiato dalla CDFUE venga presidiato anche da una norma della Costituzione italiana.

Questa situazione potrebbe determinare il rischio di una progressiva emarginazione della Corte costituzionale: se una norma che viola un diritto costituzionalmente garantito può essere disapplicata dal giudice comune (in cause rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione) tutte le volte che essa violi anche un diritto riconosciuto da una norma immediatamente esecutiva della CDFUE, è concretamente possibile che quella norma venga costantemente disapplicata e mai rimessa al vaglio della Corte costituzionale, la quale, quindi, non sarà messa nella condizione di interloquire su quella norma, se del caso caducandola *erga omnes*.

Appunto detta tensione è stata affrontata nella menzionata sentenza n. 269/2017, palesemente tesa a restituire centralità al ruolo della Corte costituzionale nella materia dei diritti fondamentali. In tale sentenza, dopo la premessa che la CDFUE «*costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale ... sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*» si stabilisce infatti - con una affermazione qualificata da tutti i commentatori come *obiter dictum*, perché inserita in una pronuncia di inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale che non si riferiva a violazioni della Carta dei diritti fondamentali - che «*le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)*» e, conseguentemente, si conclude che «*laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE*».

In sostanza, con la sentenza n. 269/2007, la Corte costituzionale ha rivendicato la natura accentrata del controllo di costituzionalità previsto dall'articolo 134 della Costituzione, stabilendo che la valutazione di

conformità delle norme nazionali al diritto euro unitario va operato in sede di giudizio incidentale di costituzionalità.⁸

La sentenza n. 269/2017 è stata naturalmente seguita da un vivacissimo dibattito⁹ che ha visto contrapposti i sostenitori della soluzione proposta dalla Corte costituzionale - che hanno salutato con favore l'introduzione di un meccanismo che consenta di pervenire alla rimozione con efficacia *erga omnes* delle norme interne contrastanti con diritti garantiti (oltre che dalla CDFUE, anche) dalla Costituzione italiana - agli avversari della suddetta soluzione, che hanno evidenziato come l'introduzione dell'obbligo di sollevare l'incidente di costituzionalità in relazione a norme interne delle quali si sospetti il contrasto tanto con la CDFUE quanto con la Costituzione italiana vulneri il cuore del primato del diritto dell'Unione europea (e, come sopra si è cercato di evidenziare, la ragione della sua "fortuna"), ossia la diretta applicabilità di tale diritto da parte del giudice comune nazionale, pur quando esso risulti incompatibile con una norma interna (che tale giudice, conseguentemente, dovrebbe non applicare, senza essere tenuto ad attenderne la caducazione ad opera della Corte costituzionale). Non è peraltro mancato, anche tra quanti si sono espressi criticamente nei confronti di detta sentenza, chi ha apprezzato che la Corte costituzionale, ai fini del riconoscimento della efficacia diretta delle norme euro unitarie nell'ordinamento interno, abbia sostituito il criterio strutturale - vale a dire, l'autoapplicatività o la non autoapplicatività delle norme, che dipende dal modo di essere dei relativi enunciati e dal loro vario prestarsi per le esigenze della pratica giuridica - con «*il criterio assiologico-sostanziale, che attiene alla capacità delle norme d'incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento, di darvi voce ed assicurarne l'inveramento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – nell'esperienza*»¹⁰; detto altrimenti, il criterio del carattere "*materialmente costituzionale*" di una norma.

Non è questa la sede per verificare l'effettiva compatibilità dell'*obiter* della sentenza n. 269/2017 con il principio del primato del diritto euro unitario.

A sostegno di tale compatibilità nella sentenza n. 269/2017 viene richiamato l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 11/9/2014, C-112/13, A c. B e altri, laddove si afferma che il diritto

⁸ La sentenza n. 269/2017 è stata efficacemente definita "atto interruttivo dell'usucapione" in A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it (18 dicembre 2017).

⁹ I numerosi interventi a commento della sentenza n. 269/2017 sono elencati in *Consulta on line*, <http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0269s-17.html>.

¹⁰ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitano assiologicamente pregnanti*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017, 3, <http://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2017/12/Ruggeri-1.pdf>, p. 6.

dell'Unione, in particolare l'articolo 267 TFUE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che imponga ai giudici ordinari di sollevare incidente di costituzionalità, qualora ritengano che una legge nazionale sia contraria a disposizione della CDFUE, *«se i suddetti giudici ordinari restano liberi di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione»*.

E' tuttavia da rilevare che in altre pronunce della Corte di giustizia, anche successive alla sentenza 11/9/2014 A c. B e altri, si è enfatizzato l'obbligo del giudice nazionale di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione europea, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria, senza doverne attendere la previa soppressione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (cfr. sentenza CGUE 4/6/2015, C-5/14, Kernkraftwerke Lippe-Ems, punti 32 e 39; sentenza CGUE 5/4/2016, C-689/13, PFE, punti 40 e 41; sentenza 5/7/16, C-614/14, Ognyanov, punto 34).

In particolare - in una vicenda nella quale il Consiglio di Stato italiano, dopo aver sollevato una questione di legittimità costituzionale giudicata infondata dalla Corte costituzionale, aveva proposto un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE chiedendo ai giudici di Lussemburgo se, dopo la sentenza della Consulta, fosse possibile sperimentare il rinvio pregiudiziale sulla portata della Carta UE - la Corte di giustizia, nella sentenza 20.12.2017, C-322/16, Global Starnet Ltd., ha ancora una volta affermato che *«l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte»*.

Da ultimo, la Corte di giustizia sembra aver inteso dare una risposta precisa - e, parrebbe, non troppo accomodante - alla sentenza n. 269/2017, con la sentenza CGUE 24.10.2018, C-234/17, XC, YB, ZA, dove si legge: *«i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento*

costituzionale» con la espressa precisazione che ciò vale anche per le disposizioni della CDFUE («È dunque nel rispetto di tale quadro costituzionale che vanno interpretati e applicati in seno all'Unione i diritti fondamentali, quali riconosciuti in particolare dalla Carta»).

La questione della compatibilità del meccanismo indicato dalla sentenza n. 269/2017 con i principi del diritto euro unitario resta quindi ancora aperta e, probabilmente, sul punto c'è da aspettarsi ulteriori precisazioni e puntualizzazioni da parte della stessa Corte costituzionale, quantomeno con riferimento al passaggio obiettivamente più equivoco di quella sentenza, là dove, richiamando i precedenti della Corte di giustizia, riconosce come il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità non possa impedire al giudice comune di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritenga contraria al diritto dell'Unione; in tal modo limitando, parrebbe, il potere del giudice nazionale di disapplicare una norma che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale, in quanto in contrasto con la CDFUE, all'ipotesi in cui tale contrasto involga profili diversi da quelli sottoposti al vaglio della Corte costituzionale.¹¹

D'altra parte non si può escludere che qualche giudice nazionale decida di prendere la strada di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE espressamente volto a chiedere alla Corte di giustizia se il diritto dell'Unione osti al meccanismo di risoluzione della doppia pregiudizialità - costituzionale ed euro unitaria - disegnato nella sentenza n. 269/2017.

Non è stata questa la strada presa dalla Corte di cassazione.

La prima risposta del giudice nazionale di legittimità è stata quella di dare pienamente seguito alle indicazioni fornite nella sentenza n. 269/2017.

Con l'ordinanza della Seconda Sezione civile n. 3831 del 16.2.2018 la Corte di cassazione - di fronte un duplice caso di doppia pregiudizialità, concernente due distinte ed autonome disposizioni del decreto legislativo n. 58/1998

¹¹ Dall' inciso "per altri motivi", in sostanza, potrebbe sembrare che la Corte costituzionale intenda riservare a se stessa l'ultima parola sulle questioni che le vengano sottoposte in ordine ai diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione che dalla Carta di Nizza. Una interpretazione meno pregnante di detto inciso viene peraltro sostenuta in D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, <http://questionegiustizia.it/articolo/il-seguito-in-cassazione-della-pronuncia-della-cor-12-03-2018.php> (12 marzo 2018); secondo l'Autrice, la sentenza n. 269/2017 «*esprime la volontà della Corte costituzionale di essere introdotta subito nella conversazione sui diritti fondamentali dotati di veste sia italiana sia europea. Ma non esclude, in linea di principio, che, qualora sorgessero discordanze interpretative tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, il giudice comune potrebbe alla fine allinearsi alla seconda. In breve, per ora, la Corte costituzionale ha voluto rivendicare a sé stessa, nel dialogo con il giudice del Lussemburgo, il "diritto alla prima parola": non all'ultima*».

(T.U.F.), entrambe sospettate di ledere diverse disposizioni della CDFUE e della Costituzione italiana - ha sollevato la questione di legittimità costituzionale.

In tale ordinanza la Cassazione - dopo aver evidenziato come, alla stregua della giurisprudenza costituzionale anteriore alla sentenza n. 269/2017, nelle cause rientranti nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione europea, la disposizione interna della quale si accertasse (eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) il contrasto con una norma auto applicativa di diritto UE, anche di contenuto materialmente costituzionale, dovesse essere disapplicata (con conseguente irrilevanza della questione di legittimità costituzionale di tale norma con riferimento a parametri interni) - ha ritenuto che, alla luce della sentenza n. 269/2017, la segnalata doppia pregiudizialità andasse risolta privilegiando, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità.

Nel sollevare la questione di costituzionalità, peraltro, la Cassazione prospetta, per il caso che le disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale superino il vaglio della Corte costituzionale, l'eventualità di attivare essa il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (ove già non attivato dalla Corte costituzionale nel giudizio incidentale), sottolineando il proprio dovere *«dare al diritto dell'UE un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia»*. In vista di tale evenienza, la Cassazione - con un quesito la cui portata va evidentemente ben oltre la questione specifica - chiede alla Corte costituzionale di precisare se il potere del giudice comune di disapplicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche sotto il profilo della conformità alla CDFUE) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui (secondo il giudice comune o la Corte di giustizia UE, dal medesimo adita) la norma interna contrasti con la CDFUE in relazione ai medesimi profili che la Corte costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale).

La Cassazione, con l'ordinanza 3831/18¹², ha in sostanza aperto un tavolo di discussione con la Corte costituzionale, segnalandole le criticità che essa ravvisa nel percorso argomentativo della sentenza n. 269/2017.

¹² Definita *«atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza»* in L. S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *federalismi.it* (29.7.18)

<https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=36958&dpath=document&dfile=01082018233012.pdf&content=Il%2B%27triangolo%2Bgiurisdizionale%27%2Be%2Bla%2Bdifficile%2Bapplicazione%2Bdella%2Bsentenza%2B269%2F17%2Bdella%2BCorte%2Bcostituzionale%2Bitaliana%2B-%2Bstato%2B-%2Bdottrina%2B-%2B>, p. 8.

Al tavolo partecipano solo, per ora, giudici nazionali - la Corte di cassazione e la Corte costituzionale - ma l'impostazione dell'ordinanza n. 3831/18 non consente di escludere che, nel caso in cui gli esiti del dialogo non dovessero risultare soddisfacenti, sia la stessa Cassazione ad invitare al tavolo (sempre che a tale invito non abbia provveduto prima qualche altro giudice nazionale) quello che, per ora, è il convitato di pietra, ossia la Corte di giustizia dell'Unione europea.

La via del dialogo diretto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale non è stata, invece, scelta dalla Sezione Lavoro della stessa Corte di cassazione, che, con due pronunce pubblicate a pochi giorni di distanza l'una dall'altra (sentenza n. 12108 del 17.5.2018 e ordinanza n. 13678 del 30.5.2018), ha tracciato una strada alternativa a quella percorsa dalla Seconda Sezione civile della Suprema Corte.

Con la sentenza n. 12108/18 la Cassazione ha ritenuto immediatamente disapplicabile, senza necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità, una normativa interna contrastante con il divieto di discriminazione tra uomo e donna; ciò sulla base di tre argomenti. In primo luogo si è evidenziato che il contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione europea aveva già formato oggetto di accertamento da parte della Corte di giustizia, precedentemente investita dalla stessa Cassazione con rinvio pregiudiziale disposto nell'ambito di quel medesimo procedimento; in secondo luogo si è sottolineato che la sentenza n. 269/2017 non aveva « *natura obbligante per il giudice ordinario, offrendo solo una proposta metodologica*», in quanto l'indicazione, ivi contenuta, sulla necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nel caso di una norma che apparisse in contrasto tanto con la Costituzione italiana quanto con la Carta dei diritti fondamentali costituiva mero *obiter dictum*; in terzo luogo si è argomentato che la Corte di giustizia aveva accertato il contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione, per violazione del divieto di discriminazione diretta per ragioni di sesso, sulla base del solo articolo 14 della direttiva 2006/54, senza attribuire di alcun concreto rilievo decisivo all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Con la suddetta sentenza n. 12108/18 la Cassazione ha, in effetti, eluso il tema posto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2017, sostanzialmente affermando che la relativa pronuncia - oltre che di per se stessa non vincolante, in quanto espressa in un *obiter*¹³ - non era comunque

¹³ Per l'opposta opinione che attribuisce portata vincolante al detto *obiter*, si veda, però, L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di quaderni costituzionali* http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/nota_sent_269_2017_salvato.pdf (18 dicembre 2017), pp. 3 s.: «Nella specie, è certo che l'*obiter*, benché tale, per le ragioni per le quali è stato enunciato (puntualmente

rilevante nella fattispecie sottoposta al suo esame, non venendo ivi in rilievo un contrasto tra la disposizione interna e la CDFUE, in quanto il diritto a non essere discriminati per sesso risultava tutelato già dalla direttiva 2006/54. In sostanza - secondo il ragionamento che ha condotto la Cassazione, nella sentenza n. 12108/18, a non sollevare l'incidente di costituzionalità - la protezione riconosciuta al diritto alla non discriminazione per sesso dalla direttiva 2006/54 coprirebbe quella di cui all'articolo 21 CDFUE, quasi che la Carta dei diritti fondamentali venga "schermata" dalla direttiva, in guisa da sottrarre tale diritto alla "materia costituzionale" e, quindi, al controllo accentrativo di costituzionalità richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017¹⁴.

Se con la sentenza n. 12108/18 la Cassazione ha sviluppato il proprio ragionamento su un piano che le consentiva di evitare il confronto diretto con la sentenza n. 269/2017, con la successiva ordinanza n. 13678/18 quel confronto si è invece aperto in maniera chiara. Il giudice di legittimità, infatti, dubitando della compatibilità di una norma interna con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 e nell'articolo 21 CDFUE, ha proposto il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea evocando non soltanto la direttiva 2000/78 ma anche l'articolo 21 CDFUE e dando espressamente atto di non ritenere necessario seguire le indicazioni rivolte dalla Corte costituzionale al giudice ordinario nella sentenza n. 269/2017.

Anche nell'ordinanza n. 13678/18 la scelta di non sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna, proponendo immediatamente rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, viene motivata con un triplice ordine di ragioni. In tale ordinanza, infatti, in primo luogo si ribadisce la natura di *obiter* delle indicazioni contenute nella sentenza n. 269/2017; in secondo luogo si

indicate nella sentenza) e per la stessa modalità con il quale è stato formulato (mediante la sua trattazione in un autonomo in un paragrafo del Considerato in diritto, distinto da quello che ospita la ratio decidendi) non costituisce una «divagazione minima», ma esprime un preciso principio che la Corte ha ritenuto di dovere enunciare, per orientare l'interpretazione dei giudici comuni. L'obiter in esame riveste dunque tutti i crismi di un principio che la Corte ha ritenuto necessario che bene poteva enunciare, perché lo ha formulato in occasione della conferma, ed ulteriore specificazione, del principio generale che governa il rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento dell'UE.»

¹⁴ Sulla singolarità di un approccio che riconosca al giudice comune il potere di procedere direttamente alla non applicazione del diritto interno contrastante con un diritto fondamentale sancito dalla CDFUE solo a condizione che tale diritto risulti tutelato anche in altre fonti del diritto dell'unione europea, diverse dalla Carta dei diritti, si vedano le persuasive considerazioni svolte in V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018, 1, http://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2018/08/9_Piccone.pdf p. 326.

valorizza il passaggio della sentenza n. 269/2017 che fa comunque salvo il potere del giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE; in terzo luogo si argomenta che, nella specie, il dialogo diretto con la Corte di giustizia doveva considerarsi «*lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali*».

L'ordinanza n. 13678/18 sembra quindi contrapporre all'assolutezza del criterio fissato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017 - alla cui stregua il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale ogni qualvolta una norma 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 - un criterio duttile di scelta dell'interlocutore da parte del giudice ordinario, fondato sulla verifica, caso per caso, della prevalenza degli aspetti concernenti il rispetto del diritto dell'Unione o della prevalenza degli aspetti concernenti profili nazionali. In tale ordinanza la Cassazione - forse anche per la consapevolezza del dovere di attivazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia che sulla stessa incombe, nella sua qualità di giudice di ultima istanza, ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 TFUE - marca indubbiamente il punto di maggiore (e più esplicita) distanza dall'*obiter* della sentenza n. 269/2017. Va peraltro evidenziato come anche nell'ordinanza n. 13678/18 il giudice di legittimità eviti l'apertura di un conflitto aperto con la Corte costituzionale, in quanto, per un verso, mantiene il percorso argomentativo della decisione comunque ancorato all'esegesi della sentenza n. 269/17¹⁵ e, per altro verso, non investe la Corte di giustizia di alcun quesito in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione del meccanismo disegnato nella sentenza n. 269/2017 per la risoluzione della doppia pregiudizialità, costituzionale ed euro unitaria.

Recentissime, infine, sono due ulteriori sentenze della Corte di cassazione, una della quinta sezione civile (sent. 30.10.18 n. 27564) ed una della quinta sezione penale (sent. 10.10.18 n. 45829), che danno diretta attuazione ad una disposizione delle CDFUE, l'articolo 50 (principio del *ne bis in idem*), senza in alcun modo affrontare la questione posta dalla sentenza n. 269/2017.

Entrambe tali sentenze concernono la materia degli abusi del mercato finanziario, che il T.U.F. punisce tanto con sanzione penale (reclusione e multa), quanto con sanzione amministrativa pecuniaria¹⁶, secondo il sistema

¹⁵ Sia pure applicata "selettivamente", come nota L. S. ROSSI, *cit.*, p. 9.

¹⁶ Avente, tuttavia, natura sostanzialmente penale, secondo i criteri elaborati dalla Corte EDU nella sentenza 8 giugno 1976, Engel, e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 5.6.2012, C-489/10, Bonda.

del c.d. “doppio binario”. Tale sistema è stato giudicato contrastante con l’articolo 50 CDFUE dalla sentenza CGUE 20.3.18, C-537/16, *Garlsson Real Estate*, in quanto, secondo la disciplina vigente al momento della pronuncia di tale sentenza, esso non prevedeva alcun temperamento, in funzione di riequilibrio, del cumulo tra la sanzione amministrativa pecuniaria e la pena detentiva della reclusione.

La sentenza della quinta sezione penale della Corte di cassazione ha affrontato il tema dal lato penale e ha ritenuto che la funzione di riequilibrio che, secondo la Corte di giustizia, è necessaria per garantire, ai fini del rispetto dell’articolo 50 CDFUE, che la severità del complessivo trattamento sanzionatorio sia contenuta nei limiti dello stretto necessario può essere in concreto assolta, nel nostro ordinamento, dal disposto dell’articolo 133 c.p. In effetti, quindi, la quinta sezione penale non aveva motivo di affrontare il tema posto dalla sentenza n. 269/2017, giacché ha ritenuto che lo strumentario normativo dell’ordinamento interno fosse idoneo a garantire la piena attuazione dell’articolo 50 CDFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia.

La sentenza della quinta sezione civile, per contro, ha affrontato lo stesso tema dal lato della sanzione amministrativa (impugnata davanti al giudice civile) ed è pervenuta a conclusioni sostanzialmente armoniche con la sentenza della quinta sezione penale, avendo ritenuto necessario che il giudice civile valuti la sanzione amministrativa pecuniaria inflitta dalla Consob tenendo conto delle sanzioni penali già irrogate, al fine di attuare il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente risultante dal cumulo delle sanzioni penali ed amministrative.

In tale sentenza, tuttavia, la quinta sezione civile della Corte di cassazione rileva che la disciplina risultante dalle modifiche apportate nell’agosto 2018 (dopo la pronuncia della sentenza *Garlsson Real Estate*) all’articolo 187 *terdecies* T.U.F. (retroattive *in melius*) riferiscono il principio del *ne bis in idem* anche alle sanzioni inflitte a soggetti diversi (quali, ad esempio, la società e il suo legale rappresentante), così ponendosi in contrasto con l’interpretazione di detto principio offerta dalla Corte di giustizia, la quale ne limita la portata alle sanzioni irrogate contro lo stesso soggetto (CGUE, 5.4.2017, C-217/15 e C-350/15, *Orsi e Baldetti*); sulla scorta di tale premessa, la sentenza n. 27564/18 afferma quindi, testualmente: «*Trattandosi di principio contrastante con l'orientamento consolidato, al riguardo, sia della CEDU che della CGUE (cfr §17), il Giudice nazionale dovrà disapplicare la sola parte della norma (187 terdecies novellato) confliggente con i principi della CGUE (anche in forza del principio del favor rei), ove non abbia riflessi sulla applicazione della restante normativa ritenuta più favorevole, essendo possibile, in tali limiti, una disapplicazione parziale della norma confliggente con i principi della CGUE*».

La sentenza in esame non prende posizione sulle questioni poste in C. Cost. n. 269/2017, della quale non fa alcuna menzione; ciò induce a ritenere che la quinta sezione civile abbia ritenuto, senza ravvisare la necessità di una motivazione esplicita sul punto, che la nuova formulazione dell'articolo 187 *terdecies* T.U.F., nell'estendere il principio del *ne bis in idem* oltre i limiti soggettivi al medesimo posti dalla giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia sull'articolo 50 CDFUE, entri in tensione non con il diritto fondamentale tutelato da quest'ultima disposizione, ma con l'esigenza di «*tutelare l'integrità dei mercati finanziari dell'Unione e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari*» (cfr. sent. *Garlsson Real Estate*, § 42); vale a dire, con una disciplina di diritto euro unitario non rientrante nell'ambito delle disposizioni “materialmente costituzionali” a cui fa riferimento la sentenza n. 269/2017.

E' chiaro che, a fronte della pluralità di posizioni emergenti all'interno della stessa Corte di cassazione, sarà cruciale la risposta che la Corte costituzionale riterrà di dare alla ordinanza n. 3831/18.

Come è stato recentemente sottolineato¹⁷, lasciare al giudice comune la possibilità di scegliere l'ordine con cui far svolgere le due pregiudizialità, costituzionale ed euro unitaria, in ragione della prevalenza, nel caso concreto, dei profili di diritto interno o dei profili di diritto europeo sembrerebbe una soluzione equilibrata e capace di disinnescare un possibile conflitto con la Corte di giustizia di cui, dopo CGUE 24.10.2018, C-234/17, XC, YB, ZA, si comincia ad intravedere qualche non tranquillizzante segnale.

¹⁷ A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 2/2018, 18 novembre 2018, pp. 27 s.