

# Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: *lavori in corso*

## 1. CHE COSA VOGLIO DIRE

Le pronunce della Corte costituzionale nn. 269/2017, 20, 63, 112 e 117/2019 costituiscono una delle più paradigmatiche testimonianze delle dinamiche giuridiche nelle quali l'ordinamento costituzionale italiano si trova immerso.

Sono almeno tre le dimensioni nelle quali queste dinamiche *avviluppano* l'ordinamento nazionale.

Nella dimensione nazionale, le decisioni citate rappresentano: *i*) un superamento del tradizionale modello di assetto dei rapporti tra diritto Ue e nazionale in tema di protezione dei diritti; *ii*) un mezzo per dialogare con il giudice comune; *iii*) uno strumento, in ultima analisi, per far riacquistare al giudizio in via incidentale una centralità oggi a rischio di desuetudine (Romboli 2017, 39-45). Come ha ricordato il Presidente della Corte costituzionale, nella Relazione annuale del 2019, nei rapporti tra diritto Ue e interno «un assetto stabile del sistema delle fonti, soggetto al governo di criteri certi per la risoluzione delle antinomie, è più un obiettivo da perseguire che un dato già acquisito». Ci muoviamo – ha continuato – in un cantiere *con lavori perennemente in corso*, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità (Lattanzi 2019, 19 ss.).

Nella dimensione del diritto Ue, queste pronunce conducono a riflettere sulle sorti dell'effetto diretto, del primato e del rinvio pregiudiziale (Gallo 2019), e, più in generale, sul ruolo sviluppato dalla Corte di giustizia (CGUE) anche (ma non solo) da quando il suo strumentario si è arricchito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE). Attraverso questa giurisprudenza, incentrata da ultimo anche sul diritto penale sanzionatorio e sulle

garanzie da riconoscere ai migranti, la distinzione tra i diversi profili si va confondendo<sup>1</sup>.

Nella dimensione offerta dal diritto comparato, negli anni recenti pare emerso un trend giurisprudenziale che testimonia una sorta di *insoddisfazione*, persino di *disobbedienza* delle corti costituzionali europee nei confronti della CGUE (e della Corte Edu<sup>2</sup>). Tali pronunce sono tra loro molto diverse e tuttavia non è sbagliato inserirvi anche la posizione espressa dalla Corte italiana nelle decisioni nn. 24/2017 e 115/2018 in merito alla c.d. saga Taricco; nelle sentenze nn. 264/2012 sulle c.d. pensioni svizzere e 49/2015 sul predominio assiologico della Costituzione sulla giurisprudenza Cedu (Tega 2017).

Sullo sfondo di queste tre dimensioni si staglia un elemento caratterizzante lo stato costituzionale contemporaneo: quello della sovrapposizione fra corti riguardo al tema dei diritti e della loro protezione, in merito al quale (con esplicito riferimento alla Corte Edu) Marta Cartabia è arrivata a usare il termine *crisi* (Cartabia 2016, 229 ss.; Tega 2012).

Il saggio mette in fila queste molteplici sfaccettature al fine di discutere le implicazioni che nel diritto costituzionale (non solo italiano) rivestono le decisioni del 2017-2019 della nostra Corte. Lo si fa adottando una prospettiva asimmetrica, che guarda, da un lato, agli antecedenti meno prossimi e, dall'altro, più che alle recenti pronunce del 2017-2019 di per sé (su di esse sono già stati versati fiumi di inchiostro), alle prospettive future che esse dischiudono.

Si sostiene che lo scopo perseguito dalla Corte italiana sia stato quello, come si è già avuto modo di dire all'indomani della pubblicazione della pronuncia n. 269/2017 (Guazzarotti 2018; Tega 2018a; Massa 2019a), di riacquistare il diritto alla *prima parola* in tema di garanzia dei diritti nell'ambito del giudizio in via incidentale.

Augusto Barbera – nella relazione presentata in un incontro ufficiale di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia nell'ottobre del 2017 e, successivamente, sulle pagine di questa Rivista (2018) – ha sollecitato una rilettura in chiave evolutiva dei principi fissati dalle decisioni Simmenthal e Granital attraverso lo strumento della cooperazione fra più protagonisti: la Corte di giustizia, i giudici comuni e la Corte costituzionale. La relazione è alla base della svolta giurisprudenziale del 2017, pre-

<sup>1</sup> Del resto, è consolidata la giurisprudenza della CGUE in base alla quale è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (esemplarmente sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, § 3).

<sup>2</sup> Riguardo ad alcuni esempi di disobbedienza in relazione alla giurisprudenza della Corte Edu si veda Osti (2017). Più in generale, l'enfasi posta, con accenti non tutti condivisibili, da molti governi sulla sussidiarietà del sistema di tutela dei diritti Cedu rispetto a quello nazionale e sulla c.d. dottrina del margine di apprezzamento risponde, pur con le dovute differenze, alla medesima *insoddisfazione* (Tega 2018b, 717).

cisata nel 2019: Barbera invitava a riflettere in modo più compiuto sul tema della doppia pregiudizialità e a riconsiderare l'orientamento volto a ritenere sempre e comunque la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione incidentale.

## 2. DISAPPLICAZIONE E PREGIUDIZIALITÀ COMUNITARIA: 1984-2017

Per comprendere nel modo più completo possibile il contesto giuridico e culturale e le ragioni che hanno portato all'*obiter* contenuto nella pronuncia n. 269/2017 e alle successive precisazioni del 2019, occorre ripercorrere alcune tappe salienti che hanno caratterizzato le dimensioni nazionali, Ue e comparata. Arbitrariamente enucleo tre momenti.

### 2.1. *L'altro ieri: una questione di fonti*

La *costruzione* giurisprudenziale dei rapporti tra diritto interno e comunitario (oggi dell'Unione europea, nel testo uso indifferentemente entrambe le definizioni) è stata caratterizzata inizialmente da un approccio prettamente *internazionalistico* (Conforti 1991, 191), successivamente, con la decisione n. 170/1984 (caso Granital) e le sue ulteriori specificazioni, si è, al contrario, affermato uno *schema di convivenza* diverso rispetto a quello iniziale (Onida 1991, 169)<sup>3</sup>. Il portato cui si perviene non è più smentito, almeno fino a tempi recentissimi: le norme comunitarie produttive di effetti diretti entrano nell'ordinamento senza che la loro efficacia possa essere intaccata da leggi nazionali, anteriori o successive che siano; le disposizioni legislative interne incompatibili non vengono in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale; la *non applicabilità* della norma interna fa venir meno la possibilità per la Corte costituzionale di essere investita del contrasto della disposizione interna rispetto a un precetto comunitario per violazione dell'art. 11 Cost. (ad es. sent. n. 113/1985); è inammissibile per mancanza di rilevanza ogni questione, basata sull'ipotizzato contrasto tra norma interna e norma comunitaria, quando questa sia sollevata da un giudice nazionale nel corso di un giudizio (ad es. ord. n. 454/2006). Con la discussa ordinanza n. 536/1995, la Corte chiarisce, in primo luogo, di non voler utilizzare direttamente lo strumento del rinvio pregiudiziale (contrariamente a quanto ipotizzato nella pronuncia n. 168/1991) poiché la sua funzione è quella «di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repub-

<sup>3</sup> All'indomani della pronuncia Granital il dibattito era animato soprattutto dagli studiosi di diritto comunitario, le voci più autorevoli tra i costituzionalisti erano a favore della dottrina dell'incostituzionalità (cfr. Berri 1984). Che la pronuncia n. 170/1984 comunque non chiarisse a fondo dove termina il controllo dei giudici comuni e dove inizia quello residuo della Corte costituzionale, lo ricordava Sorrentino già nel primo Seminario dedicato al rapporto tra i due ordinamenti organizzato dalla Corte costituzionale (Sorrentino 1991, 159-160).

blica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni» (qui è citata la precedente sent. n. 13/1960). La nostra Corte rifiutava cioè di considerarsi una *giurisdizione nazionale* cui l'allora art. 177 del Trattato istitutivo (ex art. 234 TCE, oggi art. 267 TFUE) ricollegava il potere/dovere di esercitare tale strumento. In secondo luogo, viene affermato che quando l'esame della questione di costituzionalità si fonda sull'interpretazione della normativa comunitaria senza effetto diretto, il contenuto delle norme espresse dalle disposizioni comunitarie può essere individuato esclusivamente dalla Corte di giustizia<sup>4</sup>. In questi casi, la Corte italiana ha disposto la restituzione degli atti, non escludendo a priori la possibilità che la questione, se riproposta dopo aver proceduto ai chiarimenti richiesti, potesse tornare al suo esame (orrd. nn. 206/1976, 319/1996, 108 e 109/1998).

In seguito, si è provveduto a puntualizzare che per diritto comunitario direttamente efficace si intendono non solo i regolamenti, ma anche le norme comunitarie come interpretate in tutte le pronunce rese dalla medesima Corte (sentt. nn. 113/1985, 389/1989, 249/1995), così come le prescrizioni contenute in direttive comunitarie di cui è stata riconosciuta la diretta efficacia dal giudice comune o dalla Corte di giustizia (sentt. nn. 64/1990, 168/1991).

Esiste poi anche la possibilità concreta che il giudice comune si trovi di fronte alla necessità di risolvere sia un dubbio interpretativo sulla norma di diritto comunitario che risulta in contrasto con la normativa nazionale, sia un dubbio di legittimità costituzionale sulla stessa normativa nazionale (c.d. doppia pregiudizialità; Losana 2014; Romboli 2014). Si tratta di due questioni concettualmente diverse e indipendenti l'una dall'altra. La Corte costituzionale, almeno sino alla ordinanza n. 48/2017, ha scandito un preciso percorso da seguire in questi casi: davanti ad una c.d. doppia pregiudizialità si deve dare precedenza a quella comunitaria, poiché essa costituisce «un *prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di costituzionalità, investendo la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio *a quo* e pertanto la rilevanza della questione. Di conseguenza, la questione pregiudiziale di legittimità costituzionale è inammissibile ove il giudice rimettente chiedesse la verifica di costituzionalità di una norma, pur esplicitando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme comunitarie ed un contrasto con queste ultime; il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, infatti, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l'irrilevanza della questione stessa (sentt. nn. 75/2012, 298/2011, 284/2007, orrd. nn. 298/2011, 241/2010, 100/2009, 85/2002, 249/2001). Si è verificata l'inammissi-

<sup>4</sup> Posizione criticata da parte della dottrina, per tutti Cartabia (1997, 222 ss.; Id. 2008, 153 ss.). Ricorrente è la icastica espressione usata da Weiler (2011, 1) che ha definito tale atteggiamento un esempio di *judicial ego*.

bilità anche nel caso di un c.d. doppio rinvio, cioè quando lo stesso giudice abbia sollevato contemporaneamente una questione anche alla Corte lussemburghese (ord. n. 85/2002). Nel caso in cui, contemporaneamente, un quesito analogo sia sollevato da un giudice tramite una questione di costituzionalità e da un altro attraverso il rinvio, la Corte ha scelto di rinviare a nuovo ruolo la trattazione, proprio in attesa che la Corte di giustizia potesse rendere la sua decisione (ord. n. 165 del 2004).

La Corte costituzionale rimane così competente nel giudizio in via principale (sentt. nn. 384 del 1994, 94 del 1995 e, per venire a tempi più recenti, 197 del 2014, 245 del 2013, 10 e 127 del 2010) e nel giudizio incidentale, limitatamente al caso in cui la normativa comunitaria non abbia effetto diretto e in caso di violazione di principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o di diritti inalienabili della persona (c.d. controlimiti, cfr. sentt. nn. 183 del 1973, 232 del 1989, 509 del 1995). Ovviamente la Corte ha competenza anche quando il diritto Ue operi come parametro di conflitti di attribuzione o giudizi di ammissibilità del referendum abrogativo.

*L'altro ieri*, la giurisprudenza sinteticamente richiamata, inscritta nell'orizzonte dei rapporti tra fonti confliggenti e ispirata da motivi eminentemente pratici, otteneva così il duplice risultato pacificatore di *i*) convergere verso la posizione espressa dalla Corte di giustizia e, allo stesso tempo, *ii*) ribadire che la Corte italiana rimaneva giudice esclusivamente della Costituzione, con un proprio spazio di autonomia interpretativa (Onida 2008, 47 ss.). Ci riusciva, svolgendo un ruolo molto significativo per l'avanzamento di uno spazio giuridico comunitario, nonostante la decisione di non avviare un dialogo diretto con la CGUE, poiché, a tale rifiuto palese di confronto, corrispondeva la disponibilità alla sottomissione all'influenza della giurisprudenza del Lussemburgo (Cartabia 2008, 164-165).

## 2.2. *Ieri: una questione di diritti e di responsabilità*

L'*estraniamiento* della Corte rispetto al diritto comunitario (Panunzio 2005) incrocia e, persino, rafforza, fenomeni giuridici che, pur essendo eterogenei, hanno come effetto comune quello di: *emarginare* la Corte costituzionale dal *judicial review* delle leggi riconosciute dalla stessa Costituzione; rendere *permeabile* la tutela dei diritti alle fonti *esterne*; far *strabordare* il ruolo dei giudici comuni.

Primo fenomeno: l'*esplosione* della c.d. tutela dei diritti multilivello. In modo graduale ma costante, la tutela dei diritti si è andata schiudendo ad altri circuiti giuridici ben diversi da quello iniziale. Risulterebbe oggi assai incompleta l'affermazione (veritiera sino agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso) in base alla quale i diritti, disciplinati in base alla legislazione statale, conforme alla Costituzione, si fanno valere dinnanzi ai giudici nazionali, con

l'eventuale intervento della Corte costituzionale. Allora, la richiesta ai giudici comuni di svolgere la menzionata c.d. interpretazione conforme ha avuto come effetto collaterale quello di alimentare l'*allontanamento* della Corte dal tema dei diritti. Tale *allontanamento* è poi stato incoraggiato da ulteriori, eterogenei, elementi: *i*) l'esplosione del *successo* della Corte Edu grazie all'introduzione del ricorso individuale con il Protocollo n. 11 del 1998; *ii*) la proclamazione, nel 2000, della CDFUE; *iii*) la riformulazione, nel 2001, dell'art. 117, primo comma, Cost.; *iv*) le c.d. sentenze gemelle del 2007 che, per espressa ammissione di uno dei due relatori, miravano anche ad ammonire i giudici comuni a non disapplicare la normativa interna in caso di contrasto con la Cedu<sup>5</sup>.

Vale la pena ricordare che nel 1990, in occasione del primo Seminario organizzato dalla Corte sul tema, Predieri ebbe modo di puntualizzare, in nome del criterio della competenza, che statuizioni comunitarie sui diritti inviolabili sono legittime, ma subordinate alla normazione statale, e che di conseguenza la prevalenza del diritto comunitario non si verifica se in contrasto con quello statale, con gli stati intesi come garanti e difensori di essi persino nei confronti della Comunità (1991, 110-111). Molto è cambiato da allora. La stessa Corte di giustizia ha affermato che i diritti fondamentali sono al centro della *struttura costituzionale* che caratterizza e distingue l'Unione. Lo sviluppo di una protezione integrata dei diritti, per quanto *in nuce*, è fotografata dall'art. 6 TUE e dagli articoli conclusivi della CDFUE, in base ai quali la tutela dei diritti nell'ambito della Ue deriva da due fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali; in secondo luogo, dai «principi generali», di matrice giurisprudenziale, che comprendono i diritti sanciti dalla stessa Cedu e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (da ultimo, Amalfitano 2018)<sup>6</sup>.

In particolare, la CDFUE, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è da considerarsi diritto primario dell'Unione. La CDFUE si applica anche agli stati membri (oltre che alle Istituzioni Ue) esclusivamente nell'attuazione del diritto Ue<sup>7</sup>, senza per questo estendere l'ambito di applicazione del diritto

<sup>5</sup> Silvestri (2018, 6): «Da molti è stato detto che la Corte avrebbe rivendicato il controllo di convenzionalità accentrato sulla base di una questione di potere, non lasciando spazio alla disapplicazione da parte dei giudici comuni. Non si è trattato però di una questione di potere ma di responsabilità: i diritti fondamentali sono una questione troppo seria per essere tutelati a scacchi, a macchia di leopardo, dai diversi organi giurisdizionali o addirittura da sezioni diverse della Cassazione. Parafrasando Dworkin potremmo parlare di «diritti fondamentali presi sul serio». Alla Corte costituzionale interessava esclusivamente parlare in termini di responsabilità, ripeto, mettere fine ai casi di applicazione/disapplicazione operati in solitaria dai giudici comuni, riaffermando invece l'importanza – in primis nei confronti dei cittadini – di pronunciare una dichiarazione di illegittimità costituzionale efficace nei confronti della generalità dei consociati».

<sup>6</sup> La pronuncia n. 80/2011 della Corte costituzionale indicava anche una terza fonte, la Cedu, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione, ma, come è noto, tale adesione non è avvenuta, cfr. parere 2/13 (Gennusa 2015, 189 ss.; Guazzarotti 2015, 192 ss.). D'Andrea, a tal proposito, fa notare l'esistenza perdurante di un doppio *spazio giurisdizionale* con il quale il confronto non è sempre agevole (2018, 32).

<sup>7</sup> Sul significato di questa espressione, tra i molti, cfr. Ziller 2017, 1044 ss.

Ue o modificarne in alcun modo le competenze e i compiti definiti dai trattati<sup>8</sup> e senza pregiudicare i diritti quali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dalle Costituzioni nazionali<sup>9</sup> (più ampiamente si veda, Trucco 2013 e, da ultimo, Lazzarini 2018)<sup>10</sup>. In un'interpretazione restrittiva, la Carta dunque si applicherebbe solo alle norme nazionali di attuazione in senso stretto del diritto Ue; in realtà, la giurisprudenza più recente sembra orientata ad allargare tale ambito di applicazione anche a qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi, in qualche modo, l'effettività (Bartoloni 2018, 199). La Cedu costituisce parametro interpretativo in nome del principio della tutela più estesa in materia di diritti (*ex artt.* 6 TUE, 52.3 e 53 CDFUE), senza però che da ciò si possa ricavare che il giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la Cedu, possa applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto (Kamberaj, causa C-571/10, §§ 62-63).

La Carta dei diritti fondamentali introduce una distinzione fra diritti e principi, specificando che questi ultimi possono essere invocati dinanzi a un giudice solo a fini di interpretazione e controllo della legalità di atti nazionali laddove gli stati agiscano nell'ambito di applicazione del diritto Ue (art. 51, par. 5). Poiché però la linea di confine fra le due categorie appare nella pratica assai sfumata, la loro qualificazione è in concreto rimessa alla Corte di giustizia che ha, ad esempio, riconosciuto il principio di non discriminazione al pari di un diritto, in quanto tassativo e incondizionato. Inoltre, al principio di non discriminazione in ragione dell'età in quanto principio generale dell'ordinamento (ora sancito all'art. 21 CDFUE; in *Dansk Industri*, C-441/14, §§ 27 e 43, la CGUE usava ancora il principio generale di non discriminazione in base all'età, mentre l'art. 21 era citato solo a sostegno), così come al principio di non discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali (art.

<sup>8</sup> Come ribadito dalla Corte di giustizia in numerose decisioni, cfr. *Åkerberg Fransson*, C-617/10, §§ 16-23, *Dereci*, C-256/11, §§ 70-74, *Siragusa*, C-216/13, §§ 24 e 25, *Hernández*, C-198/13, §§ 34-36 e 47, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, §§ 29-37.

<sup>9</sup> Il richiamo è all'art. 53 della CDFUE, cfr. *Condinanzi*, Iannuccelli 2017.

<sup>10</sup> Nel 2018 è stata pubblicata la nuova versione delle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* (2018/C 257/01). Al punto 10 si stabilisce che: «Per quanto concerne i rinvii pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, occorre ricordare che in forza dell'articolo 51, paragrafo 1, della stessa, le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Sebbene le ipotesi di una siffatta attuazione possano essere diverse, è tuttavia necessario che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulti in maniera chiara e inequivoca che una norma di diritto dell'Unione diversa dalla Carta è applicabile nel procedimento principale. Posto che la Corte non è competente a statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale se una situazione giuridica non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta eventualmente richiamate dal giudice del rinvio non possono giustificare, di per sé, tale competenza».

21 CDFUE, Egenberger, C-414/16, §§ 47-51, 59 e 76-82), al diritto alle ferie annuali retribuite e al diritto a un ricorso effettivo (artt. 31.2 e 47 CDFUE Max-Planck, C-684/16, §§ 49-61, Bauer e Broßonn, cause riunite C-569/16 e C-570/16), è stato riconosciuto anche effetto diretto orizzontale, che implica la disapplicazione della disciplina interna nelle controversie tra privati e la conseguente applicazione del diritto Ue, per come tali principi si declinano nelle direttive di volta in volta considerate<sup>11</sup>. Il tema è cruciale: i giudici comuni (dopo aver tentato l'interpretazione conforme) disapplicano la normativa interna in contrasto con la Carta, quando gli articoli della CDFUE sono sufficienti di per sé e non devono essere precisati mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale (Egenberger, C-414/16, § 80, ancora Max-Planck, C-684/16, §§ 49-61, Cresco<sup>12</sup>, C-193/17)<sup>13</sup>.

Ulteriori pronunce della CGUE hanno mostrato una tendenza a non riconoscere alle decisioni delle corti costituzionali uno status particolare rispetto al diritto nazionale, per esempio in Križan (2013, C-416) si è affermato che le corti supreme nazionali non sono vincolate al rispetto delle pronunce delle corti costituzionali se in violazione del diritto Ue; così in Winner Wetten (2010, C-409/06), è stato puntualizzato che la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* che, pur dichiarando l'incompatibilità con la Costituzione tedesca della normativa che disciplina il monopolio delle scommesse sulle competizioni sportive, manteneva in vigore tale normativa per un periodo transitorio al fine di consentirne l'adeguamento alla legge fondamentale, non è vincolante per il giudice comune perché sono violati gli artt. 43 e 49 CE<sup>14</sup>. In Global Starnet

<sup>11</sup> Max-Planck § 76. Si rinvia alla lettura della rubrica Note dall'Europa (sezione *Dall'Unione europea*) di questa *Rivista* che ha seguito i caotici e numerosi avanzamenti, di cui non si può dar conto in questa sede, di questo tipo di giurisprudenza. Da ultimo sul tema cfr. Cappuccio 2018, Gallo 2018, Fontanelli 2018.

<sup>12</sup> Nel caso Cresco, come sottolineato da Gennusa (2019, 461), «la conseguenza concreta dell'effetto diretto non è, quindi, realmente di tipo sostitutivo, ma è – per così dire – di tipo *additivo*: la norma interna continua a essere applicata, ma a causa dell'integrazione ad opera del principio di non discriminazione, assume una portata del tutto diversa. E molto più ampia», cfr. §§ 79-80.

<sup>13</sup> Barbera ha auspicato che la Corte possa incoraggiare i giudici comuni a ricorrere alla disapplicazione solo ove vi sia un vero e proprio conflitto tra regole puntuali e di immediata applicazione, mentre allorché l'antinomia si ponga tra la normativa nazionale e principi, il coinvolgimento del giudice costituzionale diviene necessario perché tali principi potrebbero esigere un più ampio bilanciamento con altri principi. In particolare, la CDFUE, organizzata per diritti e per principi, spesso redatti in termini aperti non può essere ritenuta sempre e a-problematicamente «direttamente applicabile» (2018, 150 e 166). Bin (2018b, 627) ha criticato la prospettiva adottata da alcuni giudici in base alla quale il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, sanciti dal Titolo III, vengono considerati un surrogato dell'art. 3 Cost., grazie al quale si *sfugge* dalla Corte costituzionale per rivolgersi alla Corte di giustizia, in particolare riferendosi all'ord. n. 13678/2018 del 30 maggio 2018, Cassazione, sezione lavoro.

<sup>14</sup> In questo caso la CGUE non ritiene che sussistano esigenze imperative di certezza del diritto attinenti al complesso degli interessi in gioco, sia pubblici sia privati da giustificare il mantenimento degli effetti di un atto dell'Unione annullato o dichiarato invalido.



(C-322/16) la CGUE ha dichiarato l'irrelevanza del contenuto di una pronuncia costituzionale in relazione al dovere di procedere al rinvio pregiudiziale.

Questo trend giurisprudenziale, oltre a evidenziare la possibilità di *contrasti tra i valori* in cui si riconoscono i due ordinamenti, spiega la difficile sorte del sindacato diffuso nazionale: «il ruolo riservato alla Corte costituzionale assomiglia sempre più a quello del terzo incomodo, mentre le prerogative e il ruolo del giudice ordinario continuano ad aumentare»<sup>15</sup>.

Secondo fenomeno: *l'implosione* del sindacato diffuso. La Corte si rende presto conto che aver ceduto la precedenza alla Corte di giustizia non le ha garantito il *diritto all'ultima parola*: i giudici comuni, una volta riferitisi alla Corte di giustizia, sembrano non aver necessità di adire la Corte costituzionale<sup>16</sup>. Accade che la Corte Ue, nell'offrire soluzioni ai problemi di compatibilità tra norme interne e comunitarie, attraverso decisioni vincolanti, arrivi a lasciar intuire persino una sua valutazione sull'invalidità della norma interna. Valerio Onida, nel Seminario organizzato dalla Corte nel 2007 sui rapporti tra i due ordinamenti, riconosce che «l'affermazione del sindacato diffuso di conformità delle leggi al diritto comunitario sembrerebbe aver suggerito l'idea di un generalizzato «controllo» dei giudici sulle leggi in nome della supremazia dell'ordinamento comunitario, che potrebbe finire per rendere inutile o solo facoltativo il ricorso alla Corte costituzionale attraverso la proposizione di questioni incidentali» (2008, 68). La *ritrosia* della Corte a usare la pregiudiziale comunitaria finisce per corroborare la *fuga* dei giudici comuni dalla giustizia costituzionale (da ultimo, Ruotolo 2018) e «quindi una riduzione di fatto, e non la salvaguardia, del ruolo della Corte costituzionale» (Onida 2008, 62)<sup>17</sup>. Ciò a fronte dell'obbligo del giudice comune, verificata la sussistenza

<sup>15</sup> Così, già molti anni fa, Gennusa e Ninatti (2011, 469) – nel commentare il comunicato congiunto degli allora Presidenti delle due Corti europee, Costa e Skouris, del 17 gennaio 2011 in tema di applicazione della CDFUE, a poco più di anno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – avevano evidenziato, in riferimento al primo tema, la possibile interferenza della Corte costituzionale all'interno del procedimento di rinvio alla Corte Ue e del procedimento di disapplicazione. In seguito, Komárek arriva a teorizzare una *doctrine of displacement* messa in atto dalla CGUE ai danni delle corti costituzionali allontanate dal loro ruolo tradizionale, a vantaggio del rapporto tra della Corte del Lussemburgo con i giudici comuni (2014). Allo scopo di combattere questo trend, l'A. avverte sui possibili pericoli dell'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale.

<sup>16</sup> I giudici comuni, attraverso il rinvio, pongono non tanto una semplice domanda di interpretazione del diritto comunitario, quanto «una questione di diretta valutazione della compatibilità o meno di norme interne rilevanti per il giudizio a quo rispetto a norme del diritto comunitario: cioè una questione *strutturalmente del tutto identica* a quella che il giudice italiano pone alla Corte costituzionale allorché solleva un dubbio di legittimità costituzionale di una norma di legge alla luce di disposizioni della Carta fondamentale» (Onida 2015, 45). Anche Scaccia parla di un essiccamento del giudizio in via incidentale a causa dell'assorbimento delle questioni costituzionali in questioni di contrasto con la CDFUE e dell'esigenza di scoraggiare la diretta disapplicazione del diritto nazionale per contrasto con la Carta (2018, 3).

<sup>17</sup> Bin torna a ribadire questa valutazione, sostenendo che lo sviluppo del rinvio pregiudiziale proprio grazie a quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale ha portato i giudici a conseguire «un risultato altrimenti precluso: liberarsi dal vincolo della legge» (2018b, 624-626).

dei presupposti per sollevare questione di legittimità, di sospendere il giudizio ed investire della questione il giudice costituzionale. L'attenuazione della distinzione tra controllo di validità e giurisdizione di interpretazione, attraverso l'uso delle sentenze interpretative e la diffusione della c.d. interpretazione conforme, suggerita dalla Corte stessa<sup>18</sup>, hanno contribuito a valorizzare l'attività interpretativa dei giudici comuni e a superare la diversità dei piani della *costituzionalità* e della *legalità*, come ricorda Romboli (2014, 4). Tenuto conto di questo scenario, Onida ha sottolineato che il portato della *giurisprudenza Granital* ha condotto a riconoscere in capo alla CGUE una sorta di sindacato sulla legge analogo a quello operato dalla stessa Corte costituzionale, seppur con effetti ben diversi (Onida 2015, 50)<sup>19</sup>.

La possibile *sovrapposizione* tra le due sedi di controllo, denunciata da Onida, risulta dunque

ancora più manifesta quanto più si estende l'area dei principi tratti dal diritto comunitario, che sono vincolanti per il legislatore interno e possono essere ritenuti dotati di efficacia diretta, ma che assai spesso non sono diversi dai principi che si traggono dalla Costituzione, garantiti dal sindacato costituzionale sulle leggi. [...] decidere se invocare come parametri le norme costituzionali sui diritti, o invece le norme comunitarie sugli stessi diritti, può divenire allora espressione di una scelta sostanzialmente discrezionale o meglio «libera» del giudice (2015, 50-51).

È ulteriormente corroborata l'indebita estensione del sindacato diffuso. Nel Seminario già menzionato, Onida attestava una tendenza

a sviluppare oltre misura il potere di non applicazione della legge nazionale in nome del primato del diritto comunitario e la tentazione di far da sé, cioè di tenere fuori la Corte costituzionale di fronte a complessi problemi di rapporto fra diritto nazionale e diritto comunitario che coinvolgono il livello costituzionale (2008, 62).

Ciò a fronte dell'obbligo del giudice comune, verificata la sussistenza dei presupposti per sollevare questione di legittimità, di sospendere il giudizio ed investire della questione il giudice costituzionale.

<sup>18</sup> Il riferimento è ovviamente alla affermazione contenuta nella sentenza n. 356/1996: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (da ultimo, Romboli 2018, 226). La diffusione dell'interpretazione conforme è stata collegata all'«incontestabile inaridimento del giudizio incidentale» (Luciani 2016, 470). Più recentemente, a partire dalla pronuncia n. 221/2015, tale requisito ha subito una precisazione importante che ne ha ridotto il peso.

<sup>19</sup> La pronuncia di illegittimità costituzionale ha effetti *erga omnes*, mentre la decisione della CGUE si limita a imporre al giudice nazionale di non applicare la legge incompatibile con il diritto Ue (2015, 46). Piccirilli (2019, 121) riporta obiezioni dottrinali che attenuerebbero la totale mancanza di effetti *erga omnes* delle pronunce della CGUE.

Se tale preoccupazione era fondata già anni fa, lo è a maggior ragione oggi, a più di dieci anni di distanza, alla luce della giurisprudenza lussemburghese richiamata<sup>20</sup>.

C'è dunque da chiedersi se l'assetto raggiunto dal nostro ordinamento sia in grado di dare conto delle costanti interazioni tra giurisdizioni ai fini della protezione dei diritti fondamentali e quale debba essere l'equilibrio fra ragioni ordinamentali e ragioni dei diritti (Pinelli 2018, 5). Le posizioni degli studiosi, e dei giudici costituzionali che si sono occupati del tema anche come studiosi (a titolo di esempio Zanon 2006, VII), non sono univoche. Appare però condivisa la necessità di un confronto più diretto e operativo tra il giudice costituzionale e quello europeo.

In conclusione, non si tratta di una questione di potere, ma di assunzione di responsabilità da parte dei custodi dell'ordine costituzionale complessivamente inteso, chiamati ad assicurare una tutela sistemica, integrata e non frazionata dei diritti, che esamina da una più comprensiva angolatura le richieste di tutela individuale.

Francesco Viganò, nel fascicolo 2/2019 di questa *Rivista*, esplicitamente riconosce che il dovere del giudice comune di scrutinare la compatibilità di una legge interna con i diritti riconosciuti dalla Carta ha condotto a

un controllo *diffuso* di compatibilità delle leggi con i diritti fondamentali, quanto meno all'interno degli ormai latissimi confini interessati dal diritto dell'Unione; con conseguente amputazione, o quanto meno drastico ridimensionamento, del compito più importante della Corte costituzionale, che è per l'appunto quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona da parte della legislazione ordinaria nell'ambito dell'ordinamento italiano (2019, 486).

La distanza tra le osservazioni di Predieri e quelle di Viganò dà le vertigini.

### 2.3. Oggi: una questione di consapevolezza

La nuova consapevolezza maturata dalla Corte costituzionale l'ha spinta – seguita dai colleghi spagnoli, francesi (rispettivamente nel 2011 e nel 2013,

<sup>20</sup> Il Presidente Lattanzi, nella Relazione del 2019 cui si è fatto riferimento all'inizio del saggio, riconosce che «Nel rapporto con l'Unione europea, in particolare, l'attitudine del sindacato accentratore di legittimità costituzionale a garantire la più efficace delle tutele, con pronunce vevoli *erga omnes*, si deve conciliare con il primato del diritto europeo, che reclama l'immediato impiego, da parte del giudice comune, delle disposizioni direttamente applicabili. Ciò tuttavia può implicare che disposizioni di legge non più applicate dai vari giudici nelle loro decisioni rimangano in vita nell'ordinamento nazionale, con pregiudizio della certezza del diritto e dell'effettività dei diritti costituzionali eventualmente coinvolti. Perciò la mancata applicazione della legge nazionale da parte dei giudici comuni, per incompatibilità con il diritto dell'Unione, potrebbe sottrarre alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongono in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo comma, anche con altre parti della Costituzione. Un simile effetto, specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, non appare pienamente conciliabile con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte».

entrambi sul mandato di arresto europeo) e tedeschi nel 2014 – a ripensare la sua precedente posizione di rifiuto del rinvio pregiudiziale<sup>21</sup>, sia di interpretazione che di validità, ritenendolo ora premiante<sup>22</sup>: si tratta delle ordd. n. 103/2008, in via principale, nn. 207/2013 e 24/2017, in via incidentale. Seppure tardivamente, questi rinvii si sono rivelati strumentali ad *aprire le comunicazioni* con Lussemburgo: dapprima in un caso di tassazione discriminatoria, poi in uno sui diritti dei lavoratori, il c.d. caso Mascolo, ed infine nella c.d. saga Taricco. Quest'ultimo rinvio ha mostrato appunto come il *canale di comunicazione* possa funzionare non solo per *ricevere*, ma anche per *trasmettere* alla Corte di giustizia i problemi costituzionali che pongono talune decisioni come raccomandato da Weiler al Convegno AIC di Perugia del 1999 (2000, 13-14)<sup>23</sup>.

In anni recenti si contano significative pronunce delle corti costituzionali che, in modo più o meno diretto e pur nella loro eterogeneità, hanno messo in discussione il primato del diritto Ue e l'autorità della Corte di giustizia. Pur con l'avvertenza che tali sentenze vanno sempre contestualizzate nell'ordinamento nazionale e, che va tenuto presente il caso da cui originano, tuttavia esse sono esemplificative di un cambio di passo (Lustig, Weiler 2018, 345 ss.)<sup>24</sup>. Tra le reazioni più dure ed esplicite si annoverano certamente quella della Corte costituzionale ceca (Pl. ÚS 5/12) che, nel 2012, dichiara, per la prima volta, che una decisione della Corte Ue (*Landtová C-399/09*) è *ultra vires* (a tanto non era arrivato nemmeno il Tribunale costituzionale tedesco (BVerfG) in risposta alla criticata decisione Mangold della Corte Ue<sup>25</sup>); nonché, nel 2016, quella con cui la Corte suprema danese (15/2014) decide di non dare

<sup>21</sup> Capofila nell'utilizzo del rinvio è stato, come ben si sa, il giudice costituzionale belga. Si rimanda all'utile lettura del numero speciale che il *German Law Journal* ha dedicato al tema, *Special issue – Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, a cura di Dicosola, Fasone, Spigno 2015; Paris 2017.

<sup>22</sup> Poco dopo il primo rinvio, un ulteriore segnale del recupero di un ruolo europeo è certamente rappresentato dalla sentenza n. 28/2010 che, per la prima volta, dichiara, in un giudizio in via incidentale, l'illegittimità di un atto legislativo interno per violazione di una norma di diritto comunitario sprovvista di effetto diretto. La pronuncia si è detto rappresentare un ripristino del controllo accentrato di «legittimità comunitaria» (Gennusa 2010, 382).

<sup>23</sup> Nel 2017 il rinvio pregiudiziale è stato determinante al fine di riaffermare l'intangibilità dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato. Solo in seguito al rinvio disposto dalla Corte con l'ord. n. 24 del 2017, la Corte del Lussemburgo ha chiarito che l'obbligo di disapplicazione non era destinato a operare nei casi in cui ciò avrebbe comportato la violazione della legalità penale dello Stato aderente, ovvero di un principio costituzionale che poi la sentenza n. 115/2018, a chiusura della c.d. saga Taricco, ha definito supremo. Sul tema nelle pagine di questa *Rivista* cfr. Guastaferrò (2018).

<sup>24</sup> I due A. la definiscono terza stagione, o ondata, del *judicial review*: nella quale le corti nazionali, grazie ad una maggior consapevolezza, si contrappongono ai giudici europei o sovranazionali, a tutela delle peculiarità dei propri ordinamenti interni.

<sup>25</sup> In reazione alla decisione Mangold, nel 2008 Roman Herzog, ex Presidente della repubblica federale tedesca, del *Bundesverfassungsgericht* e della Convenzione per l'Europa, intitolava un suo editoriale (a quattro mani con Lüder Gerken) così: *Stop the European Court of Justice*, reperibile all'indirizzo <https://euobserver.com/opinion/26714>.

seguito alle raccomandazioni contenute nella decisione Dansk Industri dello stesso anno<sup>26</sup>. Da parte sua, il BVerfG ha sviluppato tre tipi di *sindacato comunitario* che sfidano, in modo (forse) meno aggressivo<sup>27</sup>, il primato del diritto Ue: il primo, è quello, ben noto, che riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; più di recente si è affacciato il controllo di atti *ultra vires* (6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, in riferimento a Mangold); infine il controllo di identità costituzionale (15 dicembre 2015, 2BvR 2735/14, in tema di mandato di arresto europeo). Dietro una esplicita rivendicazione di *Europarechtsfreundlichkeit* è ben percepibile un chiaro scontento. Il suo primo rinvio pregiudiziale di validità, nel 2014, ha riguardato la legittimità delle misure non convenzionali della BCE per fronteggiare la crisi finanziaria ed economica (c.d. OMT). Nella decisione del 21 giugno 2016, che porta a compimento il rinvio, il BVerfG, pur recependo la risposta della CGUE, segue un ragionamento molto critico sull'approccio metodologico<sup>28</sup> (Sarmiento 2017). Questa tendenza può essere condivisibile laddove rappresenta un tentativo di influire costruttivamente sulle decisioni della CGUE<sup>29</sup>, lo è meno quando assuma gli accenti di minaccia nazionalista per l'integrazione europea.

Più in generale, accanto a prese di posizione esplicite, si contano numerose decisioni sia delle corti costituzionali che della Corte di giustizia che costituiscono implicite, ma altrettanto critiche, risposte ad atteggiamenti assunti vicendevolmente. Si tratta di quelli che sono stati definiti anche *conflitti nascosti* (Martinico 2015).

In questo quadro, si inserisce anche l'introduzione nell'ordinamento francese della *question prioritaire de constitutionnalité* (avvenuta con modifica costituzionale il 23 luglio 2008). Riforma motivata anche da una sorta di disagio rispetto al ruolo assunto dalla Corte di giustizia, come è evidente

<sup>26</sup> Ritenendo, in sostanza, di discostarsi dall'affermazione, contenuta nella decisione, che i principi generali del diritto Ue hanno efficacia diretta orizzontale e affermando che tale posizione della Corte Ue non ha base giuridica in riferimento all'adesione danese.

<sup>27</sup> Su una linea meno aggressiva si colloca anche la decisione del 2016 della Corte costituzionale ungherese che, riguardo al sistema delle quote di immigrati, ha adombrato la possibilità di non adeguarsi al diritto Ue in nome dell'identità costituzionale nazionale.

<sup>28</sup> Come sembra confermare anche il secondo rinvio del Tribunale costituzionale tedesco del 18 luglio 2017, 2BvR859/15. Su queste vicende cfr. Faraguna (2016; 2017).

<sup>29</sup> Va considerato che la giurisprudenza della CGUE che qui si è dovuta meramente citare è foriera di fughe in avanti molto criticate, ma anche di ripensamenti, precisazioni, persino frenate, maturate anche grazie alla reazione delle corti costituzionali, per es. Paris (2017, 818) ricorda che «The historical example of the CJEU developing its own fundamental-rights jurisprudence under the pressure of the German and Italian Constitutional Courts remains the best evidence of the authority of constitutional courts in Luxembourg. For a more recent case, one can recall the CJEU's jurisprudence on the Charter's scope of application. The statement of the German Federal Constitutional Court that a broad interpretation of Åkerberg Fransson might be considered an ultra vires act certainly played a role in forcing the CJEU to render a more restrictive reading of Article 51(1) of the Charter. The strong influence of the constitutional courts on the CJEU is crucial to guaranteeing an equal footing in the dialogue between the national and the European spheres».

dalle parole pronunciate dall'allora Presidente della repubblica, in occasione dei cinquanta anni del *Conseil constitutionnel*<sup>30</sup>. La CGUE, con la pronuncia Melki e Abdeli del 22 giugno 2010 (C-188/10 e C-189/10), risponde alla domanda della Corte di cassazione francese<sup>31</sup> se a tale riforma – che impone «ai giudici di pronunciarsi in via prioritaria sul rinvio al giudice costituzionale della questione di legittimità costituzionale ad essi sottoposta, qualora detta questione verta sull'illegittimità costituzionale di una disposizione di diritto interno a causa della sua incompatibilità con le disposizioni di diritto dell'Unione» – osti l'art. 267 TFUE. Lo fa, da un lato, ribadendo la pienezza e l'autonomia del ruolo di garante del primato del diritto Ue che spetta agli organi giurisdizionali nazionali e, dall'altro, sancendo le tre condizioni al ricorrere delle quali ha ritenuto compatibile con l'ortodossia comunitaria la riforma francese<sup>32</sup>. È stato fatto notare che la CGUE avrebbe in tal modo reinterpretato *al ribasso* il principio del primato, mettendolo così a rischio, facendo una scelta difficilmente conciliabile con l'impianto teorico della sentenza Granital (Mastroianni 2014, 4095-4100): ma, se la si vede nella prospettiva che la Corte costituzionale ha espresso con la pronuncia n. 269/2017 (di cui *infra*), a tale ribasso corrisponderebbe la possibilità del *rialzo* del giudizio incidentale.

<sup>30</sup> «Très franchement, et le Constituant l'a compris, je préfère que nos lois soient censurées sur le fondement de notre Constitution plutôt que sur le fondement de conventions internationales et européennes. Permettre aux lois d'être contestées sur le terrain de notre Constitution, ce n'est pas remettre en cause la souveraineté du peuple et de la Représentation nationale, c'est au contraire la conforter, car c'est le peuple ou la Représentation nationale qui écrit la Constitution, et qui la place au sommet de ses normes, alors que ce n'est ni le peuple, ni la Représentation nationale qui écrit la norme internationale. Cet argument a été déterminant pour moi dans le choix que j'ai fait de proposer au Parlement la réforme du 23 juillet 2008», <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1105/pdf>.

<sup>31</sup> Particolarmente contrariata da tale novità.

<sup>32</sup> Avevano sostenuto, come si legge nella decisione (parr. 33-38) la compatibilità della riforma francese, oltre al governo transalpino, anche quelli belga (una modifica simile a quella francese è stata attuata con legge 12 luglio 2009) e polacco. Contrari quelli tedesco e ceco, nonché la Commissione europea. Cfr. par. 57. «Per contro, l'art. 267 TFUE non osta a siffatta normativa nazionale, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi: – di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria –, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e – di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione». Sulla stessa linea, sebbene con qualche accento diverso, si colloca la pronuncia A. contro B. e altri, dell'11 settembre 2014, C-112/13 (nella quale la Cassazione metteva in discussione una pronuncia del *Verfassungsgerichtshof* austriaco che allargava il suo controllo di costituzionalità delle leggi alle disposizioni della CDFUE). Questa ulteriore conferma è stata giudicata molto poco *rassicurante* Mastroianni (2014, 2098 ss.), mentre positiva invece è la lettura che ne ha fatto Sarmiento (2010, 588 ss.) e, in una prospettiva costituzionalistica, Guazzarotti (2014), per il quale la decisione della Corte costituzionale austriaca è rivelatrice della tendenza a *rinazionalizzare la tutela dei diritti fondamentali* e a riaffermare il ruolo centrale che hanno da giocare le corti costituzionali nazionali. Peraltro, va ricordato che, in entrambe le decisioni la CGUE fornisce al giudice i chiarimenti necessari per risolvere direttamente la questione.

Insomma, quel che è certo è che i giudici delle corti costituzionali di più lunga tradizione hanno definitivamente smesso di essere indifferenti e, al momento, sembrano alternare, all'interno di un rapporto certamente complicato, atteggiamenti molto diversi, non solo di deferenza, ma anche di partecipazione, di sfida<sup>33</sup>, per certo di maggiore consapevolezza (Cartabia 2014, 20-21). Tale maggiore consapevolezza ha portato, per la prima volta, i giudici costituzionali a mettere il cappello del giudice europeo. Si tratta, in ultima analisi, di tentativi per capire se ci possa essere spazio per una sorta di *dissenso giudiziario sostenibile* nell'epoca del costituzionalismo multilivello europeo. Probabilmente entrambe le parti, CGUE e corti costituzionali, dovranno affinare sempre di più l'arte della persuasione e la dote dell'empatia.

Alla base di questa nuova interazione c'è, senza dubbio, la messa a fuoco di un ruolo nuovo da parte della Corte di giustizia che, da quando ha nel suo strumentario la CDFUE, si percepisce anche come giudice *costituzionale*<sup>34</sup>. Parallelamente, anche le corti costituzionali nazionali, a loro volta, non vogliono abdicare, pur nel circuito europeo, al compito di garantire la democrazia nazionale, i diritti fondamentali nazionali, la percezione nazionale di che cosa dovrebbero essere i limiti all'integrazione (Claes 2015, 1334)<sup>35</sup>. Infine, è degno di nota che alle stesse corti, cui si rimprovera un eccessivo attivismo (da ultimo Morrone 2019), venga riconosciuto contemporaneamente l'impegno a preservare un ruolo per i parlamenti nazionali, grazie anche al loro essere interlocutori con la società e il resto del sistema politico (così nella prospettiva di Komarek 2014, 538).

### **3. IL SUPERAMENTO DEL MODELLO**

Come ha sostenuto Augusto Barbera è il momento favorevole per interrogarsi sui problemi posti dall'esistenza dei due canali paralleli che si sono ricostruiti nel saggio: da un lato la CGUE e i giudici comuni e dall'altro la Corte costituzionale (2018, 150).

#### **3.1. La pronuncia n. 269 del 2017**

[...] 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

<sup>33</sup> Ragiona di conflitti costituzionali ineludibili e funzionali alla trasformazione dell'Unione Martinico (2016, 1356).

<sup>34</sup> Avverte che la CDFUE costituisce la spinta decisiva alla trasformazione in giurisdizione costituzionale già Rossi (2002, 569).

<sup>35</sup> Altro grande crocevia, di cui questo scritto non si è potuto occupare, è quello dei problemi del giudicato proprio nel rapporto con la giurisprudenza di Lussemburgo (Serges 2018).

Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito [...] questa Corte ritiene 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.

Sono queste solo alcune delle affermazioni più originali contenute in un articolato *obiter* inserito nella decisione n. 269/2017. Tale *obiter* 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, nel dialogo con il giudice Ue, il *diritto alla prima parola* e non all'ultima. Senza dubbio la Corte fa un chiaro *richiamo all'ordine* per i giudici comuni: quando sul tavolo ci sono diritti costituzionali, e non classiche libertà economiche del diritto Ue, è opportuno rivolgersi, in primo luogo, al giudice costituzionale. Del resto, parte della dottrina si era già espressa a favore di una meno granitica applicazione dell'anticipazione della questione comunitaria: Sorrentino, già a commento dell'ord. n. 85/2002, aveva argomentato a favore dell'ammissibilità del doppio rinvio, ipotizzando anche che fosse ben possibile che una questione di legittimità costituzionale potesse essere proposta prima che il dubbio interpretativo fosse stato sciolto dalla Corte di giustizia (2002, 785). Romboli aveva sottolineato che la giustificazione, adottata a favore dell'anticipazione della questione comunitaria, non sia condivisibile quando il diritto Ue in discussione non sia direttamente applicabile (2014, 7). La necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale ogni volta che si pone un problema di *costituzionalità europea*, per così dire, era stata proposta da Cardone, in base all'idea che tra i c.d. controlimiti andrebbe annoverato anche il carattere accentratore della giustizia costituzionale ex art. 134 Cost. (2012, 89 ss.)<sup>36</sup>.

A questo punto però vanno dati ai giudici comuni gli esatti termini, anche pratici, del coordinamento. In primo piano c'è la possibilità processuale per la Corte costituzionale di prendere subito parte attiva alle discussioni sulla

<sup>36</sup> Non persuade, a questo proposito, la riflessione di chi ritiene la diffusione dell'interpretazione conforme una smentita dell'accentramento come principio fondamentale (Repetto 2017, 2964).



compatibilità tra leggi nazionali e Carta di Nizza, e di impostarne i termini. Numerose sono state le reazioni sia della dottrina<sup>37</sup>, sia della magistratura, entrambe impegnate nel misurare la distanza dell'*obiter* dalla giurisprudenza consolidata a far data dal 1984<sup>38</sup>. Elenco solo alcuni dei più significativi interrogativi evidenziati: *i*) la questione di costituzionalità va sempre sollevata con precedenza rispetto all'eventuale rinvio pregiudiziale? *ii*) è precluso al giudice rimettente, in seguito a un eventuale rigetto (o accoglimento solo parziale) nel merito delle questioni sollevate, di porre gli stessi quesiti alla Corte di Lussemburgo<sup>39</sup> ed, eventualmente, sulla base delle risposte ricevute (se divergenti da quelle del giudice costituzionale), disapplicare la legge italiana? *iii*) La innovativa soluzione, pur non mancando certamente di una sua logica e razionalità, può ritenersi in linea con la giurisprudenza Ue? *iv*) la garanzia del prioritario intervento della Corte costituzionale si estende anche ai casi in cui la coincidenza opera tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che *non sono* inseriti nella Carta, o *non solo* in essa, ad esempio perché rilevati dalla Corte (*anche*) in base al meccanismo (tuttora operante come riconosciuto dall'art. 6, comma 3, TUE) del ricorso ai principi generali del diritto (Mastroianni 2018, 31)?

L'atteggiamento della magistratura non è stato monolitico. La stessa Corte di cassazione ha dato interpretazioni diverse (senza mai arrivare però ai toni dei colleghi francesi e austriaci): con l'ord. n. 3831, ha fatto rinvio alla Corte costituzionale che si è pronunciata con le decisioni nn. 112 e 117 del 2019; mentre in altri casi, così come anche il giudice di merito, ha ritenuto che l'*obiter* non abbia avuto «natura obbligatoria» (Cosentino 2018). Non è mancato chi, nel commentare la svolta del 2017, ha manifestato il timore: di un possibile *grave imbarazzo* dei giudici comuni nella loro doppia qualità di giudici nazionali e di giudici del diritto Ue; nonché di una sorta di *ingessatura* del giudice, il cui intervento non solo verrebbe ritardato, ma anche espropriato di molte valutazioni essenziali, tra cui la strada più opportuna per rendere giustizia il prima possibile (autorevolmente Bronzini 2019).

L'*obiter* ha segnato l'avvio di un ripensamento interpretativo che qualche inquietudine al giudice di Lussemburgo deve averla data, considerato che proprio con riferimento alla riforma francese esso, pur avendola ritenuta

<sup>37</sup> In merito alle perplessità suscitate dall'*obiter*, esemplarmente, Ruggeri (2017).

<sup>38</sup> Si è arrivati a ricordare che scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale potrebbe portare a un possibile ricorso per infrazione per violazione congiunta degli artt. 4 e 19 TUE (Rossi 2018, 10).

<sup>39</sup> Secondo Romboli (2018), per esempio, l'espressione «per altri profili» sta a significare che il giudice potrà fare un rinvio pregiudiziale o procedere alla disapplicazione solo per aspetti diversi rispetto a quelli dichiarati *semplicemente* infondati dalla Corte costituzionale. La stessa ord. n. 3831/2018 aveva chiesto alla Corte se tale inciso voleva significare che le violazioni della CDFUE escluse nel giudizio costituzionale non potevano più essere oggetto di cognizione da parte del giudice comune.

conforme, ha affermato che il canale di comunicazione tra il giudice comune e la Corte Ue deve restare libero (il giudice non può in alcun modo essere impedito nell'esercizio delle facoltà, o nell'adempimento dell'obbligo, di sottoporre questioni pregiudiziali) e che non sono ammesse interferenze nemmeno per effetto di norme interne che prevedano procedimenti incidentali di controllo della legittimità costituzionale delle leggi e ad essi attribuiscono carattere prioritario<sup>40</sup>.

### 3.2. *Il seguito giurisprudenziale: le pagliuzze e le travi*

La Corte è tornata sul tema nel 2019 con quattro decisioni: le pronunce nn. 20, 63, 112 e 117 (Lupo 2019). Le sentenze, nel rispondere ad alcuni dei dubbi già messi in evidenza, contengono elementi sia di *rassicurazione*, tanto per il giudice nazionale, quanto per quello del Lussemburgo, sia di *conferma* della spinta a un superamento dell'assetto affermatosi a partire dalla decisione n. 170/1984 in poi.

Iniziamo dalle *rassicurazioni*. Si chiarisce che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia, sulla medesima disciplina sulla quale si pronuncia la Corte costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale. Rimangono liberi di farlo anche dopo il giudizio incidentale di legittimità. Sono altrettanto liberi di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta (che possiedano efficacia diretta). Del resto, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, a parere della Corte, un concorso di rimedi giurisdizionali che arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione. Si superano così le letture più preoccupate dell'*obiter*: preoccupazione legittima, ma eccessiva (Massa 2019b).

Veniamo alle *conferme* del superamento dell'assetto consolidato in nome del fondamento dell'architettura costituzionale giocato dal sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi. Le ordinanze di rimessione vengono tutte ritenute ammissibili, proprio in applicazione all'*obiter* del 2017. I giudici costituzionali ritengono che il concorso di rimedi che si viene a creare consente «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (sent. n. 20/2019, punto 2.3. del Considerato in diritto). Non è affermazione da poco: sembrerebbe derivarne

<sup>40</sup> Melki e Abdeli, C-188 e 189/10, sp. §§ 44-45 Sono conferme anche le più recenti decisioni del 2017 e 2018, *Global Starnet*, C-322/16, §23, nonché XC, YB, ZA, C-234/17, §§ 41-44.

un ruolo da interpreti del diritto primario Ue e anche di quelle tradizioni costituzionali comuni che, al contrario, sono fonti che dovrebbero orientare l'esercizio interpretativo della CGUE quando è chiamata ad applicare disposizioni della Carta (così Martines 2018, 15-16; Medico 2019)<sup>41</sup>. La Corte poi giudica alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei, comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato<sup>42</sup>. Nel vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta, essa potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla CDFUE, anche «attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniquale volta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta [...]»<sup>43</sup>. Quindi, con l'ausilio della Corte di giustizia che non rimane fuori dalla partita, come si dimostra con l'ord. n. 117/2019. Infine, le violazioni dei diritti della persona richiedono la necessità di un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale tutte le volte in cui il

<sup>41</sup> Marta Cartabia, in relazione all'esigenza di approfondire il concetto di tradizioni costituzionali comuni, si è chiesta con quale modalità le corti costituzionali nazionali possano contribuire alla conoscenza e alla diffusione della propria tradizione costituzionale e della propria identità costituzionale nazionale (2017, 5).

<sup>42</sup> Mastroianni, a tal proposito, svolge osservazioni interessanti: a seconda di come la Corte interpreta questo inciso i risultati potranno essere molto diversi, potendo applicarsi solo il parametro interno, con priorità su quello europeo, oppure usare la Carta come parametro interposto, attraverso gli artt. 11 e 17, primo comma, Cost. (2018 26-27). Lo stesso A. afferma che la soluzione potrebbe rinvenirsi nella giurisprudenza inaugurata da *Åkerberg Fransson* nella quale l'art. 53 della Carta viene inteso «riconoscere agli Stati membri la facoltà di applicare *in prima battuta* il sistema costituzionale interno per il giudizio sulle leggi nazionali anche se esse intervengono nel campo di applicazione del diritto europeo, qualora quest'ultimo *non determini totalmente* l'attività legislativa nazionale ma riconosca agli Stati membri un margine di discrezionalità» (2018, 27), facoltà condizionata dalla possibile, successiva verifica del giudice nazionale (eventualmente della Corte di giustizia). Nel caso della decisione, per esempio, n. 20/2019 lo scrutinio è stato condotto alla stregua del parametro costituzionale interno (artt. 2, 3, 13 Cost.), come integrato dai principi di derivazione europea, ed ha portato ad un annullamento parziale della normativa per violazione del principio di ragionevolezza e di eguaglianza limitatamente all'obbligo imposto a tutti i titolari di incarichi dirigenziali, senza alcuna distinzione fra di essi, di pubblicare le dichiarazioni dei redditi. Nella pronuncia n. 112/2019 l'illegittimità costituzionale della previsione della confisca obbligatoria del prodotto dell'illecito amministrativo e dei beni utilizzati per commetterlo è stata basata sul contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale Cedu, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, par. 3, CDFUE.

<sup>43</sup> Come era stato raccomandato da più parti, cfr., tra gli altri, Rossi (2018, 7), Martines (2018) e Scaccia (2018). Tuttavia, il rinvio operato dall'ord. n. 117/2019 è diverso da quello ipotizzato dall'ordinanza della Cassazione (Tega 2018c). Si tratta, nella sostanza, di un rinvio che riguarda la validità del diritto derivato, oltre, e forse più, che l'interpretazione della CDFUE. Il rinvio pare quasi la messa in pratica di quanto Sergio Panunzio aveva suggerito tempo fa (e di quanto la stessa Corte aveva già fatto nella ord. n. 24/2017): chiedere, nei casi più delicati, alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla interpretazione e validità dell'atto comunitario che pone problemi di conformità alla garanzia dei diritti fondamentali e, *in extrema ratio*, applicare la dottrina dei controlimiti, invalidando *in parte qua* la norma del Trattato su cui si fonda l'atto comunitario lesivo, impedendo la operatività del medesimo e della stessa sentenza resa dalla Corte di Lussemburgo a seguito del rinvio pregiudiziale (2005, 29). Si rinvia al par. 7.1. del Considerato in Diritto.

giudice comune sollevi una questione che coinvolga non solo le norme della CDFUE, ma anche quando essa abbia a che fare con il diritto secondario dell'Unione, che corrisponda ai diritti protetti dalla CDFUE<sup>44</sup>.

Rimangono almeno tre *incertezze* significative. La prima: che cosa ne è stato dell'inversione dell'ordine delle pregiudiziali, contenuta nell'*obiter* del 2017? Iniziamo col dire che il giudice comune in tutti i casi che abbiamo visto si era rivolto *spontaneamente* al giudice costituzionale che, dunque, non ha faticato a prendersi la prima *parola*. Il giudice remittente, la cui ordinanza viene decisa dalla pronuncia n. 20<sup>45</sup>, sapeva bene che in un caso analogo la Corte di giustizia aveva lasciato al giudice del rinvio la valutazione sul corretto bilanciamento tra diritto alla tutela dei dati personali e quello dell'accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni, escludendo che l'avesse compiuta la direttiva comunitaria in oggetto, per quanto contenente norme direttamente applicabili (1.12 del Ritenuto in fatto). Al momento viene dunque da concludere che l'anticipazione del giudizio in via incidentale sia una via possibile, ma non obbligatoria: una via che va preservata «[...] in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale». Sia permessa una duplice osservazione: qualora le pronunce del 2019 avessero realmente inteso smorzare la priorità del giudizio incidentale – riducendola da precedenza in senso tecnico, giuridicamente doverosa, a più tenue opportunità, se non proprio a mera proposta metodologica – ciò metterebbe in discussione il principale argomento posto alla base della precisazione e forse quello più caratterizzante il superamento del *modello Granital* (sull'ordine delle pregiudiziali si veda Leone 2019); e in ogni caso andrebbe spiegato al giudice comune come utilizzare questa possibilità (Massa 2019b).

La seconda: nelle pronunce nn. 63 e 117/2019 viene affermato che i giudici nazionali hanno «il 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». Ma questa precisazione, pietra miliare del modello tradizionale, può sembrare in contrasto con l'*obiter* del 2017: è proprio grazie all'inosservanza del dovere di disapplicazione che la Corte costituzionale esamina e dichiara ammissibili le questioni. Questa affermazione va letta alla luce della decisione n. 269/2017, ammettendo un temperamento a tale dovere di disapplicazione che, quantomeno viene ritardato dal passaggio in Corte?

<sup>44</sup> Bronzini (2019) a tale proposito ha scritto di «macroscopico effetto estensivo» del precedente *obiter*. La Corte sente la necessità di ribadire questa posizione anche laddove non ce ne sarebbe stato bisogno: per esempio nella pronuncia n. 63/2019 nella quale l'ordinanza di rimessione era incentrata sulla Cedu e sfiorava appena la Carta.

<sup>45</sup> Ordinanza depositata nella cancelleria della Corte precedentemente alla decisione n. 269/2017.

La terza: la Corte pare stia virando verso il monismo, abbandonando la logica duale. Il richiamo, contenuto nell'ord. n. 117/2019, della Costituzione congiunto con documenti di diritto internazionale e comunitario, evocati come se fossero tutti sullo stesso piano, ha già alimentato «la speranza che prima o poi l'atteso riconoscimento della parità delle Carte finalmente si abbia» (Ruggeri 2019, 246)<sup>46</sup>. Il Relatore stesso, del resto, ha espresso in questa Rivista (Viganò 2019, 494) l'auspicio di muoversi in direzione di una prospettiva almeno *tendenzialmente monistica*<sup>47</sup>. È davvero opportuno e possibile?

#### 4. PRIME CONCLUSIONI: LA PROSPETTIVA CORRETTA È QUELLA ISTITUZIONALE

La prima evidenza di quanto si è venuto dicendo è che l'Unione europea ha costruito un sistema di autolegittimazione tendenzialmente perfetto attraverso il primato, l'effetto diretto e il rinvio pregiudiziale. La giurisprudenza della CGUE da questo punto di vista ha fornito *assist* preziosi, anche grazie al formidabile aiuto che le ha fornito il giudice nazionale. Da questa visuale, sorprende poco che sia la Cassazione francese, quanto quella austriaca abbiano portato davanti alla CGUE i tentativi che, nei rispettivi ordinamenti, miravano a ridurne l'autonomia nell'utilizzo dello strumento del rinvio.

La seconda è che, almeno per quanto concerne il nostro ordinamento, la Corte costituzionale dopo aver stentato ad adeguarsi, lo ha fatto dalla pronuncia Granital in poi con un atteggiamento che, nei risultati, è stato collaborativo certamente, ma allo stesso tempo criticabile, in particolare per l'*estranimento* in cui si è rinchiusa, rifiutando di ritenersi legittimata a utilizzare il rinvio. Una modalità relazionale improntata in questo modo non è più sostenibile. Non lo è più almeno per tre motivi: *i*) il tema dei diritti è entrato nell'orbita del diritto primario Ue<sup>48</sup>; *ii*) si sono sviluppate dinamiche istituzionali interne complesse

<sup>46</sup> Si tratta di un'ordinanza che mostra una profonda conoscenza della giurisprudenza delle Corti Edu e del Lussemburgo, tanto che svolge un rinvio anche di validità. Qui mi pare che la Corte italiana abbia seguito quello che Weiler propose al Convegno AIC del 1999: «Le supreme Corti dovrebbero non soltanto rivolgere questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ma dovrebbero configurare queste ultime non come domande, ma come proposte di soluzione, che spieghino dettagliatamente le ragioni per cui tali proposte siano preferibili nella prospettiva della sensibilità costituzionale della Corte che opera il rinvio. Questo costringerebbe anche la Corte di giustizia europea a prendere in considerazione, a riflettere su e a rispondere a tale sensibilità costituzionale e, nel caso in cui se ne discosti, a giustificare la sua scelta» (2000, 13-14).

<sup>47</sup> «La prospettiva di una tutela integrata dei diritti fondamentali implica, infatti, il riconoscimento che *ogni* giudice nazionale – compresa la stessa Corte costituzionale! – è, in quanto garante dei «diritti inviolabili dell'uomo», *al tempo stesso* giudice della Costituzione, della Convenzione e della Carta, nonché degli altri strumenti internazionali che – in un contesto di *pluralisme ordonné*, per riprendere l'efficace immagine di Delmas-Marty – concorrono al riconoscimento e alla garanzia di tali diritti, a cominciare dal Patto internazionale sui diritti civili e politici». In tema, si veda la riflessione di Palombella (2018, 18) sulla c.d. interlegalità, descritta come la dimensione in cui il diritto non deriva né può farsi dipendere in modo esclusivo da uno tra i singoli ordini giuridici.

<sup>48</sup> Non va dimenticato del resto il tono perentorio del parere 2/13 con cui la CGUE chiude la porta all'adesione alla Cedu, cfr. parr. 170, 189, 194, 199, 207, 225, 227, 238, 242.

in base alle quali il giudice comune nazionale ha visto aumentare la portata del proprio ruolo e, in non pochi casi, l'entusiasmo lo ha portato ad un'interpretazione disinvolta delle fonti del diritto a propria disposizione; *iii*) in un sistema di giustizia costituzionale come quello italiano tutto ciò si è tradotto, come abbiamo detto, in una vera e propria crisi del giudizio incidentale. È in questa prospettiva eminentemente istituzionale che va letta la svolta operata dalla giurisprudenza costituzionale.

Sul tavolo c'è già un'ipotesi (provocatoria) avanzata da Roberto Romboli (2014, 31): la trasformazione del nostro modello misto in uno *duale*, con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentrato. Il giudice avrebbe l'alternativa fra disapplicazione e proponimento della questione di costituzionalità, quello di ultima istanza anche in caso di disapplicazione sarebbe tenuto a rimettere altresì la questione alla Corte costituzionale, sulla base della sola non manifesta infondatezza (per definizione la disapplicazione esclude la rilevanza). Questo consentirebbe alla Corte di procedere alla dichiarazione di incostituzionalità e di eliminare l'atto normativo dall'ordinamento o di fornire indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata. Nel caso in cui sussistano dubbi relativamente alla corretta interpretazione del diritto Ue il giudice potrà sempre chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo, all'esito del quale procedere di conseguenza, secondo i casi, a disapplicare o a sollevare questione di costituzionalità.

I futuri pronunciamenti dei tre interlocutori giudiziari diranno il grado di consolidamento e di rendimento del nuovo modello, certamente non esente da complessità sul piano sistemico (Pinelli 2018, 14). In particolare, la risposta al rinvio pregiudiziale, da ultimo proposto con l'ord. n. 117/2019, svelerà l'orientamento dei giudici del Lussemburgo nei confronti del nostro ordinamento: sarà *tollerante*, scegliendo di confermare o aumentare le concessioni già fatte all'ordinamento francese e a quello austriaco? O, piuttosto, sarà di segno opposto? In quest'ultima evenienza, mi chiedo, se il dovere di disapplicazione potrebbe essere neutralizzato dal controlimito offerto dal rispetto di uno dei principi supremi che è lo stesso ordinamento ad opporre (così in riferimento al c.d. modello Taricco, Bartoloni 2018, 187). Come già fatto con il sistema Cedu, la Corte costituzionale torna a ribadire il proprio dovere di compiere il bilanciamento con tutti i diritti, costituzionali/nazionali, e Ue. In tale opera di bilanciamento sono insiti due principi divenuti, a mio parere, fondamentali: quello della massima espansione delle libertà e delle garanzie, teorizzato da Paolo Barile, e quello della necessità che la tutela sia sistemica e non frazionata (sent. n. 317/2009). Potrebbe, e con quali risultati, ciascuno di questi due principi entrare a far parte del bagaglio dei c.d. controlimiti?

Certamente ci si troverebbe a utilizzare uno strumento molto meno dialogante e più estremo di quello insito nella svolta giurisprudenziale inaugurata

con l'*obiter* del 2017 e che, per di più, non avrebbe nemmeno la potenzialità di rinverdire il boccheggianti giudizio in via incidentale.

## BIBLIOGRAFIA

Amalfitano, C. (2018), *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, Elgar.

Apostoli, A. e Gorlani, M. (a cura di) (2018), *Crisi della giustizia e (in) certezza del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica.

Barbera, A. (2018), *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 149 ss.

Bartoloni, M.E. (2018), *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

Berri, M. (1984), *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza italiana*, CXXXVI, pp. 1521 ss.

Bin, R. (2018a), *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli.

Bin, R. (2018b), *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, pp. 1 ss.

Bronzini, G. (2019), *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia online*.

Cartabia, M. (1997), *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, pp. 222 ss.

Cartabia, M. (2008), *La Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, pp. 153 ss.

Cartabia, M. (2014), *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Cartabia, M. (2016), *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in Padula, C. (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale scientifica.

Cartabia, M. (2017), *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Cappuccio, L. (2018), *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni costituzionali*, 3, pp. 708 ss.

Cardone, A. (2012), *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè.

Claes, M. (2015), *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, 16, 6, pp. 1331 ss.

Condinanzi, M., Iannuccelli, P. (2017), *Art. 53. Livello di protezione*, in Mastroianni, R., Pollicino, O., Allegranza, S., Pappalardo, F. e Razzolini, O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, pp. 1050 ss.

Conforti, B. (1991), *Conclusioni*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, pp. 191 ss.

Cosentino, A. (2018), *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, pp. 1 ss.

D'Andrea, A. (2018), *Certezza del diritto e integrazione fra ordinamenti*, in Apostoli, A. e Gorlani, M. (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 27 ss.

Dicosola, M., Fasone, C. e Spigno, I. (2015), *Special issue – Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, in *German Law Journal*, 16, 6.

Faraguna, P. (2016), *Il caso Gauweiler/OMT torna dalla Corte di Giustizia al BVerfG: ricorsi infondati (ma non troppo)*, in *Quaderni costituzionali*, 3, pp. 593 ss.

Faraguna, P. (2017), *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 930 ss.

Fontanelli, F. (2018), *You Can Teach a New Court Mangold Tricks – the Horizontal Effect of the Charter Right to Paid Annual Leave*, in <http://eulawanalysis.blogspot.com>.

Gallo, D. (2018), *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, Giuffrè.

Gallo, D. (2019), *Efficacia diretta del diritto Ue, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/ /2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1, pp. 220 ss.

Gennusa, M.E. (2010), *Un'eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 379 ss.

Gennusa, M.E. (2015), *Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla Cedu?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 189 ss.

Gennusa, M.E. (2019), *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 459 ss.

Gennusa, M.E. e Ninatti, S. (2011), *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 469 ss.



Guastafarro, B. (2018), *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 441 ss.

Guazzarotti, A. (2014), *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia Ue, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

Guazzarotti, A. (2015), *Il parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla Cedu e la crisi dell'euro: due facce della stessa medaglia?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 192 ss.

Guazzarotti, A. (2018), *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 194-196.

Herzog, R. e Gerken, L. (2008), *Stop the European Court of Justice*, in <https://euobserver.com/opinion/26714>.

Komarek, J. (2014), *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, pp. 525 ss.

Lattanzi, G. (2019), *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Lizzerini, N. (2018), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, Giuffrè.

Leone, S. (2019), *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, dattiloscritto, in corso di pubblicazione.

Losana, M. (2014), *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti*, in *Rivista AIC*, 1, 24 gennaio.

Luciani, M. (2016), *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, Giuffrè, pp. 391 ss.

Lupo, N. (2019), *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.it](http://federalismi.it), 13, pp. 1 ss.

Lustig, D. e Weiler, J.H.H. (2018), *Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, pp. 315 ss.

Martines, F. (2018), *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in [Osservatoriosullefonti.it](http://Osservatoriosullefonti.it), 1, pp. 1 ss.

Martinico, G. (2015), *The Polemical Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in Dicosola, M., Fasone, C. e Spigno, I. (2015), *Special Issue – Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, in *German Law Journal*, 16, 6, pp. 1343 ss.

Massa, M. (2019a), *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, 3, in corso di pubblicazione.

Massa, M. (2019b), *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

Mastroianni, R. (2014), *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, pp. 4089 ss.

Mastroianni, R. (2018), *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*.it, 1, pp. 1 ss.

Mastroianni, R., Pollicino, O., Allegrezza, S., Pappalardo, F. e Razzolini O. (a cura di) (2017), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè.

Medico, F. (2019), *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio Custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in corso di pubblicazione in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, pp. 87 ss.

Morrone, A. (2019), *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 251 ss.

Onida, V. (1991), *Considerazioni sul tema*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, Giuffrè, pp. 169 ss.

Onida, V. (2002), «*Armonia tra diversi*» e problemi aperti. *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 3, pp. 549 ss.

Onida, V. (2008), *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, pp. 47 ss.

Onida, V. (2015), *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in Nascimbene, B. (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, pp. 29 ss.

Osti, A. (2017), *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 851 ss.

Palombella, G. (2018), *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2, pp. 315 ss.

Paris, D. (2017), *Constitutional Courts as European Union Courts: The Current and Potential Use of EU Law as a Yardstick for Constitutional Review*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, XXIV, 6, pp. 792 ss.

Panunzio, S.P. (2005), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Panunzio, S.P. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene Editore, pp. 5 ss.

Piccirilli, G. (2019), *La «riserva di legge». Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, Giappichelli.

Pinelli, C. (2018), *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1, pp. 1 ss.

Predieri, A. (1991), *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra stato e comunità europea*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990*, Milano, Giuffrè, pp. 93 ss.

Repetto, G. (2017), *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, pp. 2955 ss.

Romboli, R. (2014), *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3, pp. 1 ss.

Romboli, R. (2017), *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Romboli, R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, Giappichelli.

Romboli, R. (2018), *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 143, I, col. 2226.

Rossi, L.S. (2002), *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Ue*, in *Quaderni costituzionali*, 3, pp. 565 ss.

Rossi, L.S. (2018), *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, 16, pp. 1 ss.

Ruggeri, A. (2017), *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*, 3, pp. 1 ss.

Ruggeri, A. (2019), *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*, 2, pp. 242 ss.

Ruotolo, M. (2018), *Quando il giudice deve «fare da sé»*, in *Questionegiustizia.it*.

Sarmiento, D. (2010), *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européen sur toile de fond française*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, pp. 588 ss.

Sarmiento, D. (2017), *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (Before it Is Too Late, of Course)*, in <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com>.

Scaccia, G. (2018), *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, pp. 1 ss.

Serges, G. (2018), *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità*, in Apostoli, A. e Gorlani, M. (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 39 ss.

Silvestri, G. (2018), *Considerazioni conclusive*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, pp. 1 ss.

Sorrentino, F. (1991), *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, pp. 157 ss.

Sorrentino, F. (2002), *È veramente inammissibile il «doppio rinvio»?* , in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, pp. 781 ss.

Tega, D. (2012), *I diritti in crisi*, Milano, Giuffrè.

Tega, D. (2017), *The Italian Way: A Blend of Cooperation and Hubris*, in *The Heidelberg Journal of International Law/Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 3, pp. 1 ss.

Tega, D. (2018a), *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 197-200.

Tega, D. (2018b), *Politica e Corte Edu dopo la Conferenza di Copenaghen*, in *Quaderni costituzionali*, 3, pp. 715 ss.

Tega, D. (2018c), *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia online*.

Trucco, L. (2013), *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli.

Viganò, F. (2019), *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 481 ss.

Weiler, J.H.H. (2000), *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 5 ss.

Weiler, J.H.H. (2011), *«Editorial: Judicial Ego»*, in *International Journal of Constitutional Law*, 9, p. 1.

Zanon, N. (2006), *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

Ziller, J. (2017), *Art. 51. Ambito di applicazione*, in Mastroianni, R., Pollicino, O., Allegrezza, S., Pappalardo, F. e Razzolini, O. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, pp. 1044 ss.

**Between Incidenter Review and Preliminary Reference: Work in Progress.**

The essay discusses Italian Constitutional Court decisions 269/2017 and 20, 63, 112, 117/2019 on the question of double «incidentalità». This situation emerges when a preliminary reference is sent to the CJEU, at the same time as a question of unconstitutionality is referred to the national Constitutional Court. The essay argues that the Italian Court has been trying to regain a right of first word on questions of human rights protection in its incidenter proceedings. When read together, these decisions may suggest at least three conclusions: *i*) the role of the Constitutional Court keeps shrinking while the prerogatives and role of ordinary judges, thanks to the preliminary reference, keep increasing; *ii*) conflict between national Constitutions and the European Charter of Fundamental Rights may also increase; *iii*) through the doctrine of direct effects, some judges may be tempted to force the monopoly of the Constitutional Court on questions of legitimacy of ordinary laws. These scenarios may bring about the ultimate displacement of the central role of the Constitutional Court in the judicial review of ordinary laws with respect to fundamental rights. It is in order to resist these scenarios that the foregoing decisions of the Italian Court seem to have overruled the Granital jurisprudence.

*Keywords:* Judicial Review; Fundamental Rights; Preliminary Reference; Incidenter Review; Italian Constitutional Court; CJEU; CFR.

DILETTA TEGA è professoressa di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna.

