



**UN ALTRO PASSO AVANTI NEL PERCORSO: LA CORTE COSTITUZIONALE RINVIA
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA IN UN GIUDIZIO IN VIA INCIDENTALI***

di

Luciana Pesole

*(Professore Associato di Giustizia costituzionale
Università di Perugia)*

18 dicembre 2013

Sommario: **1.** Lo scenario giurisprudenziale che precede il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale; **2.** La svolta del 2008: verso il dialogo diretto con la Corte di giustizia; **3.** L'ulteriore passo avanti compiuto con l'ordinanza n. 207 del 2013: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di giustizia in un giudizio in via incidentale.

1. Lo scenario giurisprudenziale che precede il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale.

Fino all'ordinanza n.103 del 2008, come è noto, la Corte costituzionale si era posta nella condizione di non rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia, fissando dei principi giurisprudenziali che le precludevano l'utilizzo del rinvio pregiudiziale.

Il punto di arrivo di questa posizione giurisprudenziale era rappresentato dall'ordinanza n.536 del 1995, con la quale la Corte aveva espressamente escluso di potersi annoverare tra le "giurisdizioni nazionali" abilitate ad interpellare la Corte di giustizia mediante il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art.177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea

* Articolo sottoposto a referaggio.

(poi art.234 TCE, ora art.267 TFUE)¹. Nell'ordinanza la Corte aveva sottolineato la profonda diversità dei compiti che le sono affidati rispetto a quelli tradizionalmente propri degli organi giurisdizionali, riallacciandosi a quanto già evidenziato in un remoto precedente giurisprudenziale (la sentenza n.13 del 1960) e, nel contempo, distaccandosi da quanto invece affermato nella più recente sentenza n.168 del 1991. In quest'ultima decisione, infatti, la Corte aveva ammesso di poter ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia pure configurando tale eventualità in termini di mera facoltà², anziché di obbligo vero e proprio, come sarebbe stato più corretto visto che la normativa comunitaria dispone espressamente che i giudici di ultima (o unica) istanza sono tenuti a rivolgersi alla Corte di giustizia (quando, ovviamente, vi siano i presupposti per il rinvio pregiudiziale) (v. ora in tal senso l'art.267, u.c., TFUE)³. Rileggendo la sentenza del 1991, tra l'altro, non si può fare a meno di notare che l'atteggiamento possibilista della Corte riguardo ad un suo utilizzo del rinvio pregiudiziale era emerso nell'ambito di un giudizio in via incidentale.

La decisa presa di distanza dall'istituto del rinvio che segue con l'ordinanza n.536 del 1995 sarebbe stata indotta, secondo alcuni, proprio dalla consapevolezza che, riconoscendosi legittimata al rinvio, la Corte si sarebbe assoggettata ad un vero e proprio obbligo di dialogo diretto con la Corte di giustizia (la Corte avrebbe pertanto preferito evitare qualsiasi contatto piuttosto che trovarsi in una situazione di raffronto forzato)⁴.

Lo scenario che viene così a configurarsi vede nei soli giudici comuni i detentori del "potere" di porre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali sulla validità o interpretazione della normativa comunitaria. Va sottolineato che la Corte costituzionale, pur essendosi messa da parte, incoraggia ripetutamente i giudici a rivolgersi alla Corte di giustizia. La corretta e uniforme interpretazione del diritto comunitario è un interesse da salvaguardare, ma evitando di esporsi in prima persona. La Corte fa trasparire il timore che qualsiasi forma di dialogo diretto con l'organo giurisdizionale comunitario potrebbe in qualche modo minare la sua autorevolezza: meglio rinunciare al confronto (e a tutto ciò che di positivo consegue a

¹ Nell'ordinanza n.536 del 1995 la Corte restituisce gli atti al giudice *a quo* perché provveda al rinvio pregiudiziale, così come era già avvenuto con l'ordinanza n.206 del 1976 (concernente un caso analogo). In quest'ultima pronuncia la Corte non si era sbilanciata riguardo al suo potere o meno di porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ma si era limitata a restituire gli atti al giudice *a quo*, lasciando comunque intendere, sia pure implicitamente, di voler far ricadere (solo) su quest'ultimo il compito di rapportarsi direttamente con la Corte di giustizia.

² Nel punto 6 del *Considerato in diritto* della sentenza n.168 del 1991, la Corte, in un inciso, si era limitata ad affermare, riferendosi a se stessa, "ferma restando la facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione..."

³ L'art.267, u.c., TFUE dispone: "Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte".

⁴ In tal senso M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2009, 91.

qualsiasi forma di comunicazione tra istituzioni di ordinamenti diversi) che rischiare di apparire sottomessa ai principi fissati dalla Corte di Lussemburgo.

Un ulteriore fattore che ha contribuito all'allontanamento della Corte italiana dal confronto diretto con la Corte di giustizia è stato individuato nella giurisprudenza costituzionale sulla "doppia pregiudizialità"⁵. Nei casi di doppia pregiudizialità (costituzionale e comunitaria) i giudici sono tenuti a rivolgersi prima alla Corte di giustizia e dopo (se ci sono ancora le condizioni necessarie) alla Corte costituzionale. Se il giudice non rispetta questa priorità, gli vengono restituiti gli atti affinché provveda al rinvio pregiudiziale⁶; mentre se il giudice solleva contemporaneamente le due questioni pregiudiziali, la Corte si pronuncia nel senso dell'inammissibilità, così come avviene anche quando la questione pregiudiziale comunitaria sia pendente nell'ambito di un altro giudizio (la questione costituzionale è comunque inammissibile, in tal caso per difetto di rilevanza o di motivazione sulla rilevanza)⁷. In questo modo le questioni comunitarie vengono allontanate dal giudizio costituzionale quasi sempre definitivamente (il più delle volte dopo la pronuncia della Corte di giustizia la questione di legittimità costituzionale non viene più prospettata, anche perché spesso non ci sono più le condizioni per chiedere l'intervento della Corte costituzionale⁸). La priorità riconosciuta alle questioni pregiudiziali comunitarie impedisce che una (successiva) pronuncia della Corte di giustizia possa mettere in discussione quanto deciso dalla Corte italiana e, quindi, mette quest'ultima al riparo da una situazione di assoggettamento alla giurisprudenza comunitaria, ma al tempo stesso contribuisce al distacco tra le due Corti.

Il potenziamento del ruolo dei giudici e la conseguente emarginazione della Corte costituzionale sono stati indubbiamente favoriti da quanto era stato disposto con la nota sentenza n.170 del 1984, che aveva poi creato le premesse per quel "doppio binario" che ancora oggi caratterizza i rapporti del diritto interno con il diritto comunitario. Nel 1984 i giudici sono stati "autorizzati" dalla Corte a risolvere le ipotesi di contrasto tra i due ambiti ordinamentali, senza ricorrere (più) alla prospettazione della questione di legittimità costituzionale. Questo, ovviamente, quando la normativa comunitaria in questione sia dotata

⁵ M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. ZANON, Napoli, 2006, 102-103.

⁶ Sul punto v. anche nota 1.

⁷ Sui casi di doppio rinvio si vedano anche le considerazioni critiche (concernenti, in particolare, l'ordinanza n.85 del 2002, che dichiara la questione di legittimità costituzionale manifestamente inammissibile perché contraddittoria) di F. SORRENTINO, *E' veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. cost.*, 2002, 774 ss.

⁸ Sul punto v. anche, più avanti, nota 12.

di applicabilità diretta: i giudici sono allora nella condizione di poter risolvere il giudizio utilizzando il diritto comunitario e “non applicando” il diritto interno⁹.

I casi di incompatibilità tra i due ordinamenti sono così divenuti di competenza dei giudici comuni (sempre che si tratti di diritto comunitario direttamente applicabile). Se questo, da un lato, si inserisce in una logica di sempre maggiore valorizzazione del diritto comunitario (la sua prevalenza sul diritto interno opera immediatamente, senza che sia necessario passare per il giudizio di legittimità costituzionale), da un altro lato, sottrae alla competenza della Corte italiana numerose questioni comunitarie.

Nelle mani dei giudici si sono pertanto concentrati sia il compito di risolvere i casi di incompatibilità tra diritto interno e diritto comunitario direttamente applicabile, sia quello di porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Il fatto di per sé che i giudici possono (o devono, se di ultima istanza) ricorrere al rinvio pregiudiziale non pone problemi, visto che sono in tal senso legittimati dall'ordinamento comunitario (soprattutto nei casi in cui spetta loro risolvere le ipotesi di contrasto tra i due ordinamenti, è naturale che siano indotti a rivolgersi alla Corte di giustizia in caso di dubbio sulla validità o sull'interpretazione della normativa comunitaria che devono utilizzare ai fini della soluzione del giudizio). E' invece l'esclusione della Corte dal circuito comunitario, con la negazione della possibilità di essere considerata giurisdizione nazionale, a destare forti perplessità¹⁰.

Questi tentativi della Corte italiana di evitare il contatto diretto con le questioni comunitarie non possono comunque estraniarla totalmente dai rapporti con l'ordinamento comunitario. Nella stessa sentenza n.170 del 1984, come si è detto, la Corte evidenzia chiaramente che l'applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici può riguardare solo le ipotesi concernenti norme comunitarie dotate di effetti diretti. Ne consegue che negli altri casi rimane operante il meccanismo procedurale fino ad allora utilizzato: in caso di incompatibilità tra diritto interno e diritto comunitario non immediatamente applicabile, il giudice deve impugnare dinanzi alla Corte il diritto interno per violazione dell'art.11 Cost., quindi l'incompatibilità viene risolta mediante la declaratoria di incostituzionalità della norma interna. Inoltre la Corte mantiene la sua competenza a giudicare le situazioni di contrasto tra i due ordinamenti sia nel caso in cui si ravvisi la violazione da parte del diritto comunitario dei

⁹ La sorte riservata al diritto interno in questo caso non è propriamente quella della disapplicazione, ma più semplicemente quella della “non applicazione”. Il concetto di disapplicazione, infatti, porterebbe a ritenere la norma interna viziata (così la stessa Corte nella sentenza n.168 del 1991, punto 4 del *Considerato in diritto*), mentre il suo *status* è quello di una norma che rimane in vita, pur non potendo essere utilizzata laddove (e fin tanto che) opera il diritto comunitario. Se questo dovesse ritrarsi, la norma interna tornerebbe ad essere pienamente impiegabile.

¹⁰ V. per tutti M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale*, cit., 104 ss.

principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona umana (i c.d. "controlimiti", che implicano teoricamente l'impugnazione dinanzi alla Corte della legge di esecuzione del Trattato comunitario)¹¹, sia nel caso in cui la normativa interna si ponga in contrasto con il nucleo essenziale dei principi comunitari (entrambe le ipotesi sono richiamate nella sentenza n.170 del 1984, punto 7 del *Considerato in diritto*).

Vi sono poi i giudizi costituzionali in cui non è possibile contare sull'intermediazione di un giudice, nei quali è necessariamente la Corte a dover farsi carico del compito di risolvere tutte le questioni di incompatibilità tra i due ordinamenti (comprese quelle concernenti fonti comunitarie dotate di efficacia immediata). Su questo punto, con specifico riferimento ai giudizi in via d'azione, è stata decisiva la sentenza n.384 del 1994, dove la Corte, dopo la pronuncia di dieci anni prima, si è riconosciuta nuovamente legittimata a risolvere i casi di incompatibilità tra diritto interno e norme comunitarie dotate di effetti diretti. La mancanza dell'intermediazione del giudice nei giudizi in via d'azione rende necessario che sia la Corte a risolvere l'antinomia in questione, ovviamente mediante lo strumento che le è proprio, vale a dire la declaratoria di incostituzionalità della normativa interna.

Nel lasso di tempo decennale che va tra le due pronunce costituzionali (la sentenza n.170 del 1984 e la sentenza n.384 del 1994) il destino riservato al diritto interno incompatibile con il diritto comunitario immediatamente efficace sembrava essere esclusivamente quello della "non applicazione". La giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n.170 del 1984 era intervenuta a potenziare il più possibile tale meccanismo, sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo. Aveva, infatti, esteso la legittimazione a dare immediata applicazione al

¹¹ Questo, ovviamente, secondo lo schema originario prospettato dalla Corte costituzionale, oggi messo in discussione sia dall'andamento della prassi giurisprudenziale (che non ha mai condotto all'impugnazione, da parte dei giudici, della legge di esecuzione del Trattato comunitario dinanzi alla Corte, ma piuttosto alla non applicazione del diritto comunitario risultante in contrasto con diritti fondamentali della persona umana costituzionalmente garantiti: si pensi, ad es., alla sentenza Federfarma del Consiglio di Stato dell'8 agosto 2005 n.4207), sia dalla c.d. "europeizzazione" dei controlimiti, avvenuta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (art.4.2 TUE) e, prima ancora, con l'approvazione della Carta di Nizza (art.53), che a sua volta è divenuta giuridicamente vincolante con il recepimento nel Trattato di Lisbona. Il rispetto dell'identità nazionale sancito a livello comunitario con riferimento alla "struttura fondamentale, politica e costituzionale" degli Stati membri, da un lato, e il valore della Carta di Nizza, che non può essere limitativo dei diritti fondamentali riconosciuti a livello nazionale, dall'altro, rendono di fatto i controlimiti un principio comunitario, il cui mancato rispetto da parte di un atto comunitario dovrebbe condurre all'annullamento di quest'ultimo da parte della Corte di giustizia (anziché alla declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato comunitario da parte della Corte costituzionale italiana). Su tali profili v., tra i tanti contributi, sull'art.53 della Carta di Nizza, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4500 ss., e più in generale sulla "europeizzazione" dei controlimiti, prima con riferimento al Trattato costituzionale, A. RUGGERI, *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, Torino, 2006, 291 ss., poi con riferimento al Trattato di Lisbona, A. CELOTTO, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009, 390 ss.

diritto comunitario dotato di effetti diretti, e quindi a provvedere alla non applicazione del diritto interno con esso incompatibile, a “tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi” (non solo i giudici, ma anche gli organi della pubblica amministrazione: sentenza n.389 del 1989, punto 4 del *Considerato in diritto*). Inoltre aveva ampliato il concetto di diritto comunitario immediatamente applicabile oltre l’ambito dei regolamenti comunitari, con la conseguenza che l’effetto diretto è venuto a caratterizzare, in taluni casi e a determinate condizioni, anche le direttive e le stesse sentenze della Corte di giustizia. In particolare nella sentenza n.168 del 1991 (punto 5 del *Considerato in diritto*) la Corte italiana ha stabilito, rifacendosi a principi già affermati dalla Corte di giustizia, che anche le direttive devono considerarsi dotate di effetti diretti (per cui possono essere immediatamente applicate in luogo del diritto interno che sia con esse in contrasto) quando abbiano un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso e quando lo Stato non abbia provveduto tempestivamente a recepirle (o vi abbia provveduto in modo inadeguato). Lo stesso effetto diretto è stato attribuito alle sentenze della Corte di giustizia (che prevalgono, quindi, sul diritto interno con esse incompatibile determinandone la non applicazione)¹², sia che si tratti di decisioni interpretative, rese nel corso di un procedimento pregiudiziale (sentenza n.113 del 1985), sia che si tratti di pronunce sulla condanna dello Stato per violazione degli obblighi comunitari (sentenza n. 389 del 1989). Si è così verificata, da più punti di vista, l’estensione delle ipotesi in cui avviene l’applicazione diretta del diritto comunitario e la conseguente non applicazione del diritto interno incompatibile, in un contesto in cui appunto l’unica conseguenza possibile per tale diritto interno sembrava essere quella della non applicabilità al caso concreto¹³.

Nella sentenza n.384 del 1994, come si è accennato, la Corte afferma invece che, se l’incompatibilità con una norma comunitaria dotata di effetti diretti riguarda una delibera legislativa regionale impugnata dallo Stato in via d’azione, quest’ultima delibera deve essere

¹² E’ stato giustamente sottolineato che in questo modo, nell’ipotesi in cui la Corte di giustizia si pronuncia in sede pregiudiziale sull’interpretazione di norme comunitarie prive di effetti diretti, il giudice che ha sollevato la questione pregiudiziale viene messo di fatto nella condizione di poter utilizzare anche tali norme, sia pure indirettamente, vale a dire applicandole nell’interpretazione che di esse ha dato la decisione della Corte di giustizia. Attribuendo l’immediata applicabilità alle sentenze comunitarie si è creato uno strumento che permette di estendere l’applicazione diretta del diritto comunitario oltre le ipotesi in cui questo è di per sé dotato di effetti diretti. V. ONIDA, “*Armonia tra diversi*” e *problemi aperti*, in *Quad. cost.*, 2002, 551-552. Si veda anche quanto si è in precedenza evidenziato con riferimento alle questioni doppiamente pregiudiziali (in corrispondenza della nota 8).

¹³ Si consideri che prima della sentenza del 1994 le questioni prospettate alla Corte aventi ad oggetto situazioni di contrasto tra diritto interno e diritto comunitario dotato di effetti diretti venivano dichiarate inammissibili, appunto perché in tali casi la regola è che si proceda all’applicazione della norma comunitaria e alla contestuale non applicazione della norma interna. Su tali tematiche v. M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, cit., 82 ss.

dichiarata incostituzionale. Siamo, come è evidente, sotto la vigenza del sistema precedente alla riforma del Titolo V del 2001, quando i ricorsi statali avevano natura preventiva e, quindi, erano rivolti non contro una legge regionale già in vigore, ma contro una “delibera legislativa regionale” (approvata dal Consiglio regionale, ma non ancora promulgata). La Corte giustifica la sua declaratoria di incostituzionalità proprio alla luce del carattere preventivo che aveva allora il ricorso statale. Se non fosse intervenuta tale declaratoria, sarebbe entrata in vigore una legge regionale destinata a non essere applicata in quanto incompatibile con una normativa comunitaria dotata di effetti diretti. Il diritto interno che contrasti con il diritto comunitario immediatamente applicabile può essere quindi sottoposto al giudizio di legittimità costituzionale solo se impugnato in via d’azione prima che sia entrato in vigore¹⁴.

Ma quello che sembrava un principio destinato ad operare solo nei casi di impugnazione preventiva delle delibere legislative regionali, viene invece esteso, con la sentenza n.94 del 1995, anche all’ipotesi inversa di ricorso regionale contro leggi (o atti con forza di legge) dello Stato, nonostante l’assenza di quel carattere preventivo che aveva indotto la Corte alla pronuncia dell’anno precedente. Invocando la salvaguardia del “valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte a ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria”¹⁵, la Corte si è così messa nella condizione di dichiarare incostituzionali tutte le norme impuginate in via d’azione (indipendentemente dal carattere preventivo o meno del ricorso) che risultino incompatibili con il diritto comunitario, anche se dotato di effetti diretti.

Il sistema messo in atto dalla Corte non viene poi smantellato dalla riforma del Titolo V della Costituzione (l.c. 18 ottobre 2001, n.3), che ha reso di carattere successivo anche il ricorso statale contro le leggi regionali e, tra l’altro, ha introdotto l’ulteriore parametro rappresentato dalla nuova formulazione dell’art.117, 1°co., Cost. (che “si aggiunge” all’art.11 Cost., il parametro tradizionalmente utilizzato). Quanto affermato nella sentenza del 1995 ha consentito di mantenere fermo il principio per cui, se in un giudizio in via d’azione emerge un’incompatibilità tra diritto interno e diritto comunitario, la Corte dichiara il diritto interno incostituzionale.

Questa giurisprudenza costituzionale ha dato vita a quel “doppio binario”, operante ancora oggi, per cui il diritto interno in contrasto con il diritto comunitario dotato di effetti diretti è soggetto a due sorti diverse: la non applicazione o la dichiarazione di incostituzionalità (per

¹⁴ Nella sentenza n. 384 del 1994 la Corte aveva testualmente puntualizzato: “non vale la reciproca: l’impugnativa della legge dello Stato da parte della Regione tocca un atto già in vigore, e il contrasto tra la norma interna e quella comunitaria potrà essere definito dai giudici di merito” (punto 2 del *Considerato in diritto*).

¹⁵ Sentenza n.94 del 1995, punto 2 del *Considerato in diritto*.

violazione dell'art.11 Cost. e, dopo la riforma del Titolo V, anche dell'art.117, 1°co., Cost.), a seconda che vi sia o meno un giudice che possa provvedere all'immediata applicazione del diritto comunitario in luogo di quello interno. Le stesse norme, dichiarate incostituzionali (e, quindi, definitivamente espunte dall'ordinamento) nel giudizio in via d'azione, sarebbero rimaste in vita (benché private della possibilità di ricevere applicazione) se fossero venute in rilievo nel corso di un giudizio¹⁶. La duplice sorte riservata al diritto interno incompatibile con il diritto comunitario immediatamente applicabile riflette la duplice valenza che assume tale diritto comunitario nelle due tipologie di giudizio sulle leggi: in quello in via d'azione funge soprattutto da parametro (interposto), in quello in via incidentale rileva prevalentemente sul piano dell'oggetto del giudizio.

Si tratta di una situazione difficilmente comprensibile sul piano teorico, ma giustificabile alla luce dell'obiettivo che si è posta la Corte italiana nel fissare i principi analizzati: quello di dare piena attuazione agli obblighi comunitari, salvaguardando in particolare il primato del diritto comunitario (anche a scapito della correttezza teorica...)¹⁷.

Il contesto giurisprudenziale che si è fin qui rapidamente ricostruito appare caratterizzato da diverse incertezze. Spesso la Corte ha fatto affermazioni di principio che ha poi smentito nelle successive pronunce, quasi sempre senza enfatizzare il cambio di rotta. Questo evidenzia le difficoltà che segnano il cammino comunitario, che viene intrapreso dalla Corte oscillando tra il timore di dover subire le decisioni della Corte di giustizia e la consapevolezza che non è possibile sottrarsi agli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario.

I dati giurisprudenziali analizzati consentono di individuare alcuni elementi di continuità anche nella svolta che si compie nel 2008, con il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di giustizia.

¹⁶ Anche di recente la Corte ha ancora una volta sottolineato che “l’inserimento dell’ordinamento italiano in quello comunitario comporta due diverse conseguenze, a seconda che il giudizio in cui si fa valere tale dubbio penda davanti al giudice comune ovvero davanti alla Corte costituzionale a seguito di ricorso proposto in via principale. Nel primo caso, le norme dell’Unione, se munite di efficacia diretta, impongono al giudice di disapplicare le norme interne statali e regionali, ove le ritenga non compatibili. Nel secondo caso, le medesime norme «rendono concretamente operativo il parametro costituito dall’art. 117, primo comma, Cost. (come chiarito, in generale, dalla sentenza n. 348 del 2007), con conseguente declaratoria d’illegittimità costituzionale delle norme regionali che siano giudicate incompatibili con il diritto comunitario» (sentenza n. 102 del 2008 ...)” (sentenza n.86 del 2012, punto 3 del *Considerato in diritto*).

¹⁷ M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, cit., 88.

2. La svolta del 2008: verso il dialogo diretto con la Corte di giustizia.

L'ordinanza n.103 del 2008, con la quale viene effettuato il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale¹⁸, è stata pronunciata con lo stesso stile che caratterizza l'ambito giurisprudenziale finora esaminato. Il contesto è quello del giudizio in via d'azione: la Corte si riconosce non solo legittimata, ma addirittura tenuta al rinvio pregiudiziale in quanto giurisdizione nazionale di unica istanza. Ci troviamo di fronte ad un'evidente svolta sia rispetto all'ordinanza n.536 del 1995 (dove la Corte aveva espressamente negato di potersi qualificare come giurisdizione nazionale), sia rispetto alla stessa sentenza n.168 del 1991 (dove la Corte aveva ipotizzato di ricorrere al rinvio pregiudiziale, ma, come si è visto, qualificando detta possibilità in termini di mera facoltà)¹⁹. Tuttavia il mutamento di rotta non viene assolutamente enfatizzato: nell'ordinanza non c'è alcun riferimento né ai precedenti giurisprudenziali, né alle motivazioni che hanno determinato il diverso orientamento giurisprudenziale. L'unico profilo insistentemente richiamato è quello concernente la natura del giudizio in via d'azione, caratterizzato dalla mancanza di un giudice cui affidare il compito del rinvio pregiudiziale. La Corte afferma testualmente che nei giudizi in via d'azione, essendo l'unico giudice chiamato a pronunciarsi, non può rifiutarsi di utilizzare il rinvio pregiudiziale, perché andrebbe a ledere "il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario".

In questo modo molto *soft*, quasi in sordina, la Corte pone fine alla lunga fase del dialogo indiretto con la Corte di giustizia, per accettare finalmente un confronto che può essere proficuo per entrambe le parti.

Il fatto che si tratti di una svolta significativa, da non enfatizzare stando allo stile utilizzato dalla Corte, ma neanche da sottovalutare, è dimostrato dalle parole del Presidente della Corte nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, dove viene esplicitamente sottolineata la "portata storica" dell'ordinanza n.103 e, al tempo stesso, viene evidenziato il ruolo di "nomofilachia esclusiva" che la Corte di giustizia ha così assunto anche nei confronti della Corte italiana²⁰. Al di là del "basso profilo" tenuto nella formulazione dell'ordinanza, la Corte era, quindi, pienamente consapevole di compiere un passo importante.

¹⁸ Le premesse teoriche del rinvio poi effettuato con l'ordinanza indicata nel testo sono poste dalla sentenza immediatamente precedente (la n.102 del 2008), relativa appunto alla questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale che dà luogo al rinvio della Corte costituzionale (si vedano, in particolare, i punti 8.2.8.1, 8.2.8.2. e 8.2.8.3 del *Considerato in diritto*, dove sono esplicitati i motivi che inducono la Corte al rinvio e che vengono poi ripresi nell'ordinanza di cui si dà conto nel testo).

¹⁹ La duplice inversione di rotta rispetto alla giurisprudenza precedente è stata evidenziata da M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, 1313-1314.

²⁰ G.M. FLICK, *Considerazioni finali sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*, in www.cortecostituzionale.it, 6-7.

Sul piano formale, per quanto concerne in particolare la qualifica di “giurisdizione nazionale”, che la Corte riconosce di possedere contrariamente a quanto sostenuto nell’ordinanza n.536 del 1995, la spiegazione del fatto che manca qualsiasi riferimento sia alla posizione contraria che caratterizzava la pronuncia precedente, sia ai motivi che hanno indotto il mutamento, risiede probabilmente nel diverso angolo visuale che è stato assunto dalla Corte²¹. L’ordinanza del 1995 negava il possibile ricorso al rinvio pregiudiziale da parte della Corte prendendo in considerazione solo il concetto di giurisdizione nazionale utilizzato nell’ambito dell’ordinamento interno (la Corte non è giurisdizione nazionale nel senso che si distingue, per le funzioni esercitate, dai tradizionali organi giurisdizionali); l’ordinanza n.103 del 2008, invece, si colloca nella diversa prospettiva dell’ordinamento comunitario e utilizza la nozione di “giurisdizione nazionale” propria di quell’ordinamento, che notoriamente è più ampia di quella che si ravvisa negli ordinamenti nazionali²². Quindi, da questo punto di vista, non vi sarebbe stato neanche un vero e proprio mutamento giurisprudenziale, ma più semplicemente appunto l’assunzione di un’ottica diversa.

Questo se si vuole dare una giustificazione formale alla posizione assunta nell’ordinanza del 2008, ma vi sono anche diversi aspetti di natura sostanziale che possono spiegare perché la Corte si è decisa ad utilizzare il rinvio pregiudiziale. L’ampliamento significativo dell’Unione e, soprattutto, l’importanza crescente che hanno acquisito in ambito comunitario i diritti delle persone, “materia tipicamente costituzionale”, hanno reso indispensabile un dialogo diretto tra le due Corti²³. Inoltre, se la Corte italiana si fosse ancora sottratta al confronto diretto con la Corte di giustizia, avrebbe esposto lo Stato italiano ad un rischio di condanna per violazione dell’obbligo di rinvio da parte di giurisdizioni nazionali di ultima istanza²⁴.

²¹ Sul punto mi sia permesso rinviare a quanto ho già evidenziato in *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull’ordinanza n.103 del 2008*, in www.federalismi.it, n.15/2008, 9-10.

²² Da ultimo, la Raccomandazione 2012/C 338/01, al punto 9, ha testualmente stabilito, rifacendosi a nozioni più volte utilizzate nella giurisprudenza della Corte di giustizia, “Ai sensi dell’articolo 267 TFUE, ogni organo giurisdizionale di uno Stato membro, qualora debba statuire nell’ambito di un procedimento destinato a concludersi con una decisione di carattere giurisdizionale, può sottoporre in via di principio alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale. La nozione di organo giurisdizionale è interpretata dalla Corte quale *nozione autonoma del diritto dell’Unione*; a tale riguardo la Corte tiene conto di un complesso di fattori quali la fonte legale dell’organo che l’ha adita, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, l’applicazione, da parte di tale organo, delle norme giuridiche nonché la sua indipendenza” (il corsivo è mio).

²³ Così il Giudice costituzionale G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, Intervento* all’Incontro di studio svoltosi a Bruxelles nei giorni 24-26 aprile 2012 su *Applicazione della Convenzione Europea dei diritti umani come diritto comunitario*, in www.cortecostituzionale.it, 7, il quale puntualizza che il dialogo tra le due Corti “deve essere tanto intenso quanto garbato e rispettoso delle specificità non solo dell’ordinamento comunitario ma anche degli ordinamenti nazionali”.

²⁴ Rimane emblematico al riguardo quanto era stato disposto nella sentenza 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. contro Repubblica italiana*, che ha ritenuto la normativa italiana (contenuta nella legge 13 aprile 1988, n.117, dove, all’art.2, 2°co., si esclude la responsabilità dei magistrati per l’attività di

Su questo punto occorre però sottolineare che in ambito comunitario, accanto alla giurisprudenza di condanna per mancato rispetto dell'obbligo di rinvio, si può individuare anche un orientamento volto a dare un'interpretazione piuttosto morbida di tale obbligo²⁵. Quest'ultimo profilo, ai fini dell'indagine in corso, non contraddice quello precedente, ma si traduce invece in un ulteriore elemento che può aver favorito la decisione della Corte italiana di ricorrere al rinvio pregiudiziale. In sostanza ci troviamo di fronte ad una giurisprudenza comunitaria che, da un lato, può condannare gli Stati se non rispettano l'obbligo di rinvio a carico delle giurisdizioni di ultima istanza e, dall'altro, fornisce una lettura di tale obbligo abbastanza elastica e non rigorosa. Il fatto stesso che l'obbligo di rinvio non è così rigido come potrebbe sembrare ha probabilmente contribuito alla decisione della Corte di riconoscersi legittimata a porre questioni pregiudiziali. Su tale decisione possono, quindi, aver inciso entrambi i fattori: il timore di esporre lo Stato italiano ad una condanna da parte della Corte di giustizia e, al tempo stesso, la consapevolezza che l'obbligo di rinvio a carico delle giurisdizioni di ultima (o unica) istanza viene valutato in ambito comunitario in un modo non particolarmente rigido. Questo consente alla Corte italiana di mantenere un minimo di discrezionalità nella scelta se rinviare o meno alla Corte di giustizia, senza subire un'eccessiva sottomissione alla disciplina comunitaria, pur in un contesto in cui non le è (più) preclusa la possibilità di servirsi dello strumento del rinvio.

L'importante passo compiuto nel 2008 si svolge, come si è detto, nell'ambito di un giudizio in via d'azione, di per sé caratterizzato dall'assenza di un giudice cui affidare eventualmente il compito di provvedere al rinvio pregiudiziale. La Corte italiana si decide ad affrontare il dialogo diretto con la Corte di giustizia nell'ipotesi che maggiormente si prestava ad una svolta del genere. L'ordinanza n.103 è formulata sottolineando più volte la peculiarità del giudizio in via d'azione rispetto a quello in via incidentale: la natura del giudizio in cui la

interpretazione delle norme giuridiche e per l'attività di valutazione dei fatti e delle prove) in contrasto con i principi comunitari inerenti alla responsabilità dello Stato per le attività poste in essere da organi giurisdizionali, con specifico riferimento alla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di giudici di ultima istanza. La pronuncia in questione si richiama ai principi che la Corte di giustizia aveva fissato, in particolare, con la sentenza 30 settembre 2003, C-224/01, Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria. Su tali tematiche v. più ampiamente M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale*, cit., 121 ss.

²⁵ V. sempre M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale*, cit., 125 ss., la quale sottolinea come dai principi enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia si deduce l'esistenza, non tanto di un obbligo vero e proprio, quanto di un'opportunità a favore delle giurisdizioni di ultima istanza. Sin dal 1982 (sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, Srl Cilfit e Lanificio di Gavardo Spa contro Ministero della Sanità) la Corte di giustizia ha individuato una serie di casi in cui i giudici di ultima istanza non sono tenuti all'obbligo di rinvio: quando la questione comunitaria non è pertinente ai fini della soluzione del giudizio, quando la Corte di giustizia sia stata già chiamata a pronunciarsi (o si sia già pronunciata) su una questione analoga e quando non vi sia alcun ragionevole dubbio sul diritto comunitario che rileva nel caso di specie (c.d. teoria dell' "atto chiaro"). Nella sentenza (al punto 7) viene, inoltre, sottolineato che l'obbligo di rinvio è previsto al fine specifico di "garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto comunitario" (è appunto un'opportunità più che un obbligo).

Corte italiana effettua il suo primo rinvio pregiudiziale assume un rilievo di primo piano nell'ambito della decisione. La lettura testuale di questa sembrerebbe, quindi, far pensare ad una svolta legata esclusivamente a tale tipologia di giudizi. Da questo punto di vista si potrebbe riassumere dicendo che il rinvio spetta al soggetto istituzionale che è chiamato a risolvere concretamente l'antinomia tra diritto interno e diritto comunitario (quindi, tendenzialmente, al giudice nei giudizi in via incidentale, alla Corte in quelli in via d'azione). Una parte della dottrina, infatti, ha invitato a non enfatizzare il mutamento intervenuto nel 2008, pur valutandolo molto positivamente: per come è formulata l'ordinanza n.103 sembrerebbero esserci i presupposti per circoscrivere l'apertura al rinvio alla sola ipotesi dei giudizi in via d'azione²⁶.

Ma in realtà, andando al di là del dato meramente testuale, è possibile ipotizzare anche una diversa lettura dell'ordinanza. Le interpretazioni possibili della svolta sono due²⁷ e riflettono le due tendenze che si possono cogliere nella dottrina che auspicava l'uso del rinvio da parte della Corte²⁸. L'apertura al rinvio potrebbe essere intesa limitatamente ai giudizi in via d'azione, oppure potrebbe essere vista come l'inizio di un nuovo percorso, che va oltre tale ambito specifico per ritenere possibile l'utilizzo del rinvio pregiudiziale anche nell'ambito delle altre competenze della Corte costituzionale (sia quando non vi sia un giudice cui affidare il compito di dialogare direttamente con la Corte di giustizia, sia quando - come nei giudizi in via incidentale - un giudice sia presente, ma il dubbio interpretativo o di validità sulla norma comunitaria si ponga comunque dinanzi alla Corte costituzionale²⁹).

L'elemento decisivo che fa propendere sin da subito per questa seconda interpretazione è dato, mi pare, dalla qualifica di "giurisdizione nazionale" (sia pure intesa secondo la prospettiva comunitaria) che la Corte ha dovuto necessariamente accettare di darsi per poter utilizzare il rinvio. Nel momento in cui la Corte si riconosce giurisdizione nazionale nei giudizi in via d'azione, si attribuisce una qualifica che vale anche per gli altri giudizi

²⁶ M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, cit., 93-94.

²⁷ Così M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, cit., 1315-1316.

²⁸ Prima del 2008 la dottrina si era ampiamente schierata a favore dell'uso del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, ma in taluni casi propendendo per un'apertura circoscritta ai giudizi in via d'azione, caratterizzati dalla mancanza di un giudice che possa rivolgersi alla Corte di giustizia (in tal senso T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art.177 del Trattato CE*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI, Torino, 1997, 178-179); in altri casi manifestando lo stesso auspicio anche in relazione ai giudizi in via incidentale (si vedano, ad es., le considerazioni di M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità" comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, 224, e di F. SORRENTINO, *E' veramente inammissibile il doppio rinvio?*, cit., 783-784, formulate con peculiare riferimento alle questioni doppiamente pregiudiziali).

²⁹ Su quest'ultimo punto v., in particolare, F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2008, 1290-1291.

costituzionali, compreso quello in via incidentale. L'essere giurisdizione nazionale non dipende dal modo in cui la questione di legittimità costituzionale viene sollevata dinanzi alla Corte, dal tipo di accesso alla giustizia costituzionale che viene utilizzato. Detta qualifica spetta alla Corte di per sé, vale a dire considerata nella sua posizione istituzionale complessivamente intesa, a prescindere dalle singole competenze che è chiamata di volta in volta ad esercitare³⁰. Per questo sin dall'inizio, di fronte alla svolta del 2008, ha prevalso l'impressione che non si trattasse di un mutamento giurisprudenziale circoscritto alle peculiarità del giudizio in via d'azione, ma che vi fossero i presupposti per ulteriori sviluppi futuri in tema di rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale. Nonostante il tenore letterale dell'ordinanza del 2008, che, come si è detto, pone l'accento sulla differenza tra giudizi in via d'azione e giudizi in via incidentale per giustificare il cambio di rotta rispetto ai precedenti giurisprudenziali, non vi è in realtà alcuna preclusione all'utilizzo del rinvio pregiudiziale negli altri giudizi costituzionali. Non vi sono nell'ordinanza affermazioni dalle quali possa dedursi in modo chiaro e inequivocabile che la Corte costituzionale è legittimata al rinvio solo nei giudizi in via d'azione.

Anzi, valutando la svolta del 2008 nel contesto comunitario, si possono cogliere diversi segnali che sembrano preludere a sempre maggiori aperture al dialogo tra le due Corti. Innanzi tutto la dottrina propensa a valorizzare il significato del primo rinvio pregiudiziale della Corte italiana fa notare che nell'ordinanza n.103 vengono utilizzate espressioni che fanno pensare a un'implicita volontà di favorire ulteriori sviluppi futuri. In particolare il rapporto tra i due ordinamenti (nazionale e comunitario) viene qualificato in termini di "integrazione" (i due ordinamenti non vengono definiti "autonomi e distinti, ancorché coordinati" secondo la ripartizione delle rispettive competenze, come nella sentenza n.170 del 1984, ma l'ordinamento comunitario viene indicato come "ordinamento giuridico autonomo, coordinato e integrato con quello interno")³¹. Tutto questo in un ambito in cui è ormai difficile trovare un effettivo riscontro sia alla teoria monista della Corte di giustizia, sia a quella dualista della Corte costituzionale³². Il monismo, che presuppone un rapporto gerarchico tra i due ordinamenti, dovrebbe determinare l'invalidità di tutte le norme interne incompatibili con quelle comunitarie, quando invece tali norme interne (spesso) rimangono in vigore e possono essere applicate laddove non è intervenuto il diritto comunitario; il dualismo d'altro canto

³⁰ Sul punto mi sia permesso rinviare a L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale*, cit., 13 ss. Ma si tratta comunque di considerazioni ampiamente condivise dalla dottrina che ha commentato l'ordinanza n.103 del 2008 (v. per tutti M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, cit., 1315).

³¹ S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 900 ss.

³² M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, cit., 94 ss.

dovrebbe fondarsi su una rigida ripartizione delle competenze dei due ordinamenti, che tuttavia non trova rispondenza nella realtà concreta. Il criterio ritenuto attualmente più idoneo a descrivere gli effettivi rapporti tra i due ordinamenti è quello della “preferenza del diritto comunitario”: nel momento in cui interviene la norma comunitaria, questa va preferita alla norma interna, la quale però non viene ad essere invalidata, ma diviene semplicemente inefficace (fin tanto che sarà operativo il diritto comunitario). L’evoluzione del percorso comunitario europeo ha condotto ad una situazione in cui i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario sono sempre più intrecciati e connotati da una forte interazione. Il termine “integrazione” utilizzato dalla Corte costituzionale sta appunto ad indicare l’attuale punto di arrivo del cammino intrapreso dai due ordinamenti³³.

La vicenda relativa alla questione pregiudiziale che ha determinato il rinvio del 2008 si conclude comunque, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, con la sentenza di incostituzionalità n.216 del 2010 (secondo lo schema classico del “doppio binario”, sopra evidenziato, per cui in un giudizio in via d’azione il diritto interno incompatibile con il diritto comunitario è destinato ad essere dichiarato incostituzionale).

3. L’ulteriore passo avanti compiuto con l’ordinanza n. 207 del 2013: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di giustizia in un giudizio in via incidentale.

La giurisprudenza costituzionale successiva alla svolta del 2008 (e precedente l’ulteriore passo avanti che varrà compiuto con l’ordinanza n.207 del 2013) è caratterizzata dalla presenza di diversi tentativi di sollecitare la Corte al rinvio pregiudiziale, soprattutto da parte del soggetto resistente in giudizi in via d’azione³⁴. La Corte, però, non accoglie tali sollecitazioni, il più delle volte limitandosi ad affermare che non ci sono i presupposti per il rinvio pregiudiziale perché la normativa comunitaria in questione è sufficientemente chiara, oppure non tenendo affatto in considerazione l’invito al rinvio per dare priorità ad altre questioni di carattere pregiudiziale.

³³ La Corte costituzionale aveva parlato di “processo di progressiva integrazione degli ordinamenti giuridici nazionale e comunitario” già in un giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo (sentenza n.41 del 2000, punto 5 del *Considerato in diritto*), ma appare più significativo l’uso del termine “integrazione” fatto nell’ordinanza n.103 del 2008, nell’ambito del primo caso di rinvio pregiudiziale della Corte italiana. Sul punto v. sempre M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, cit., 102-103.

³⁴ V., ad es., le sentenze nn.320 e 439 del 2008; 18 del 2009; 16 e 325 del 2010; l’ordinanza n.126 del 2010. V., inoltre, l’ordinanza n. 53 del 2010, pronunciata in un giudizio in via incidentale (la richiesta di ricorrere al rinvio pregiudiziale proveniva dalla regione Veneto, che si era costituita in giudizio in seguito all’impugnazione di una sua legge da parte del TAR Lazio). Su tale giurisprudenza si vedano le considerazioni di E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2011, 362-363.

Nello stesso periodo di tempo vi sono poi diverse pronunce costituzionali che forniscono chiarimenti e puntualizzazioni in merito al rinvio pregiudiziale. Nella sentenza n.28 del 2010 si evidenzia che il rinvio pregiudiziale non è necessario quando il significato della norma comunitaria è sufficientemente chiaro o è stato già chiarito dalla Corte di giustizia: solo in presenza di un dubbio interpretativo è giustificato il ricorso all'istituto del rinvio (punto 6 del *Considerato in diritto*). Il fatto che queste precisazioni siano contenute in una decisione concernente un giudizio instaurato in via incidentale potrebbe indurre a ritenere che, se i presupposti del rinvio vi fossero stati, sarebbe stata la Corte stessa a porre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (benché è doveroso sottolineare che il punto non è del tutto chiaro, dal momento che le puntualizzazioni della Corte costituzionale sono sollecitate dalle considerazioni sul rinvio fatte dall'Avvocatura dello Stato e da una delle parti, che concernevano però la mancata prospettazione del rinvio da parte del giudice *a quo*: v. punti 2 e 3 del *Ritenuto in fatto*). Interessante è poi, ad esempio, la sentenza n.75 del 2012, dove, al punto 3.1 del *Considerato in diritto*, la Corte afferma testualmente “Quanto alla Corte costituzionale, essa, con l'ordinanza n. 103 del 2008, ha chiarito il suo ruolo alla stregua dell'art. 267 del TFUE in un giudizio principale”, quasi a voler sottintendere di non avere ancora preso posizione sul suo ruolo in merito nell'ambito del giudizio incidentale. Ma ancora più significativa è la sentenza n.94 del 2013, nella quale, al punto 5 del *Considerato in diritto*, si sottolinea che, dovendo essere dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, “non è possibile e necessario approfondire se ed in quali casi nel giudizio in via incidentale questa Corte possa disporre rinvio pregiudiziale”. E' evidente che la possibilità del rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale non è affatto esclusa. Quest'ultima sentenza sembra voler preannunciare la successiva ordinanza n.207, dove invece la Corte affronta la questione dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale nell'ambito del giudizio incidentale risolvendola in senso affermativo.

Il contesto normativo in cui ha luogo il rinvio è relativo al personale precario della scuola, quindi siamo nell'ambito dei diritti fondamentali dei lavoratori, ad evidente conferma che l'esigenza di un dialogo diretto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia è divenuta più pressante con l'importanza crescente acquisita dai diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario³⁵.

³⁵ V. nota 23. Per una ricostruzione del quadro normativo in questione v. B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n.207 del 2013*, 21 ottobre 2013, in www.forumcostituzionale.it.

L'ordinanza n. 207 del 2013 segna, quindi, un ulteriore passo avanti nel percorso comunitario. La Corte lo compie con lo stesso stile che si è evidenziato con riferimento all'ordinanza n. 103 del 2008. Non c'è nessuna enfattizzazione della scelta effettuata: tutto si risolve nella semplice affermazione che la Corte è giurisdizione nazionale anche nel giudizio incidentale e, quindi, legittimata al rinvio alla Corte di giustizia anche in tale sede. Nonostante le sottolineature contenute nell'ordinanza n. 103 del 2008, che inducevano a ritenere l'apertura al rinvio limitata ai giudizi in via d'azione, la Corte sembra adesso ritenere quasi scontato che l'essersi qualificata allora come giurisdizione nazionale comporta, come logica conseguenza, la possibilità di ricorrere al rinvio pregiudiziale anche oltre l'ipotesi del giudizio in via d'azione. L'effettuazione del rinvio pregiudiziale in un giudizio incidentale è, quindi, per certi versi, il logico corollario della premessa su cui si fonda l'ordinanza del 2008 (l'essere la Corte giurisdizione nazionale), ma, per altri versi, tenuto conto delle affermazioni testuali che sembravano circoscrivere al solo giudizio in via d'azione il rinvio alla Corte di giustizia da parte della Corte costituzionale, rappresenta comunque un nuovo elemento degno della massima attenzione.

Esaminando un po' più da vicino il contesto in cui la Corte compie il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio in via incidentale, si può essere portati, in un primo momento, a relativizzare il valore della scelta che estende anche a tale tipologia di giudizi la possibilità di porre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. La normativa comunitaria che dà luogo ai dubbi interpretativi che determinano il rinvio è contenuta, infatti, in una direttiva priva di effetti diretti. Ci troviamo, quindi, di fronte ad una situazione che sostanzialmente non è molto diversa da quella che ha portato al rinvio del 2008: entrambi i casi sono contraddistinti dalla mancanza di un giudice che possa applicare direttamente il diritto comunitario al posto di quello interno con esso incompatibile. In entrambi i casi, cioè, non c'è il giudice che possa farsi carico del compito di risolvere le antinomie tra i due ordinamenti giuridici. Siamo di fronte all'ipotesi che la dottrina favorevole al rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (anche) nel giudizio in via incidentale indica come la più scontata. La Corte costituzionale non può sottrarsi al rinvio quanto meno nei casi in cui il diritto comunitario non è dotato di effetti diretti e, quindi, il giudice è costretto ad impugnare in via incidentale il diritto interno contrastante con tale diritto comunitario, visto che dal 2008 la Corte stessa, qualificandosi giurisdizione nazionale, ha eliminato l'ostacolo che le impediva l'utilizzo del rinvio³⁶. Da

³⁶ V., ad es., F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale*, cit., 1290.

questo punto di vista, pertanto, viene istintivo ridimensionare la novità introdotta con l'ordinanza del 2013.

In realtà non c'è stato semplicemente e soltanto il portare alle logiche conseguenze la scelta compiuta nel 2008, ma è stato introdotto un elemento nuovo, destinato ad influire in senso rafforzativo nell'assetto dei rapporti tra le due Corti.

L'approccio nei confronti della decisione in esame, infatti, almeno in parte cambia se si riflette sulla relatività della distinzione del diritto comunitario dotato di effetti diretti rispetto a quello privo di tali effetti: relatività indirettamente determinata dalla stessa Corte costituzionale nel momento in cui, come si è sopra evidenziato, ha iniziato a dare un'interpretazione sempre più estensiva del diritto comunitario direttamente applicabile, spingendosi molto oltre l'ipotesi tipica dei regolamenti comunitari.

Finché la Corte si è tenuta fuori dal rinvio pregiudiziale, anche di fronte al diritto comunitario privo di effetti diretti il compito di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiedere chiarimenti interpretativi ricadeva sempre e comunque sul giudice del processo *a quo*. Quest'ultimo, nei casi di doppia pregiudizialità era (ed è) tenuto a rivolgersi prima alla Corte di giustizia e solo dopo, eventualmente, alla Corte costituzionale. Si è già detto che nella maggior parte dei casi di doppia pregiudizialità il giudice, una volta ottenuta la "risposta" da parte della Corte di giustizia, decide senza rivolgersi alla Corte costituzionale. Uno dei motivi che determina questa estromissione della Corte dalle questioni comunitarie è dato dal fatto che la sentenza della Corte di giustizia resa in seguito a rinvio pregiudiziale, assumendo (grazie anche alla giurisprudenza costituzionale) un valore equiparabile al diritto comunitario direttamente applicabile, può mettere il giudice nella condizione di utilizzare per la soluzione del giudizio anche quel diritto comunitario privo di effetti diretti che ha causato il rinvio pregiudiziale. Il giudice, cioè, può decidere applicando la sentenza della Corte di giustizia, o meglio le statuizioni rese dalla Corte di giustizia sui dubbi interpretativi relativi alle norme comunitarie prive di effetti diretti, in questo modo utilizzando di fatto, sia pure indirettamente, tali norme comunitarie³⁷.

Il cambiamento indotto dall'ordinanza n.207 del 2013, quindi, dovrebbe consistere in questo: se prima il rinvio pregiudiziale spettava ai giudici con riferimento a tutto il diritto comunitario, sia dotato di effetti diretti, sia privo di tali effetti, con la conseguenza che anche quest'ultimo poteva divenire direttamente utilizzabile dal giudice mediante l'applicazione della sentenza della Corte di giustizia resa in sede pregiudiziale, adesso, di fronte al diritto

³⁷ V. nota 12.

comunitario non direttamente applicabile, è la Corte costituzionale a rivolgersi alla Corte di giustizia e a risolvere gli eventuali problemi di incompatibilità con il diritto interno. Il mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice, in relazione a norme comunitarie prive di effetti diretti, pertanto, non dovrebbe più determinare la declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale o la restituzione degli atti al giudice *a quo* (secondo lo schema che si è in precedenza evidenziato), ma dovrebbe condurre alla prospettazione del rinvio da parte della stessa Corte costituzionale. Se si confermerà il nuovo orientamento, di fronte al diritto comunitario non dotato di effetti diretti il compito di rapportarsi con la Corte di giustizia non dovrebbe ricadere sul giudice del processo principale, ma sulla Corte costituzionale, chiamata quindi in prima persona ad interloquire con la Corte di giustizia, per risolvere poi la questione di costituzionalità sulla base di quanto stabilito da quest'ultima.

La *ratio* sottesa all'ordinanza n.207 è quella per cui il compito di rinviare alla Corte di giustizia ricade su chi è competente nel caso di specie a risolvere le incompatibilità tra i due ordinamenti: la Corte costituzionale se la normativa comunitaria in questione è priva di effetti diretti, il giudice se trattasi di normativa comunitaria applicabile direttamente (vale a dire senza passare per la prospettazione della questione di legittimità costituzionale, secondo il consolidato principio affermato dalla sentenza n.170 del 1984).

Questo volendo individuare uno spartiacque (tendenziale) tra compiti della Corte e compiti dei giudici in materia di rinvio pregiudiziale. Ma il fattore che dovrebbe maggiormente connotare l'ambito in questione è probabilmente quello della flessibilità, con giudici e Corte entrambi legittimati al rinvio. Il nuovo corso inaugurato nel 2008, e ulteriormente ampliato nel 2013, dovrebbe consistere nell'aggiunta di un importante e fondamentale elemento in più (la possibilità del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale), ma in un sistema che non viene smantellato, dove quindi l'apporto dei giudici non viene sminuito, ma mantiene inalterato il suo valore precedente. La doppia legittimazione al rinvio (dei giudici e della Corte costituzionale) dovrebbe risolversi in un incremento delle occasioni di raffronto diretto con la Corte di giustizia, secondo parametri non necessariamente fondati su logiche rigidamente predeterminate, ma rispondenti al raggiungimento di un obiettivo prioritario: quello di favorire un interscambio costante tra i due ordinamenti giuridici.

Si potrebbe pertanto immaginare un quadro di questo tipo: nei casi di contrasto con una normativa comunitaria non direttamente applicabile il giudice potrebbe sollevare la questione di costituzionalità, senza rivolgersi alla Corte di giustizia, qualora ritenesse che non ci sono i presupposti per il rinvio pregiudiziale, facendo eventualmente ricadere sulla Corte costituzionale il compito di provvedere al rinvio nelle ipotesi in cui la Corte sia di diverso

avviso o emergano nel giudizio costituzionale profili non venuti in evidenza nel giudizio *a quo* (fermo restando che i giudici non sarebbero comunque privati della possibilità di effettuare il rinvio, anche con riferimento alla normativa comunitaria priva di effetti diretti, quando ravvisassero la presenza dei relativi presupposti). In sostanza entrambi i soggetti legittimati al rinvio (i giudici e la Corte) sarebbero nella condizione di poterlo effettuare, ciascuno nell'ambito della propria sfera di competenza, che, nei casi di incompatibilità del diritto interno con una normativa comunitaria priva di effetti diretti, affida ai giudici il compito di sollevare la questione di legittimità costituzionale e alla Corte quello di risolverla. La valutazione se effettuare o meno il rinvio verrà fatta collocandosi nella prospettiva in cui si è chiamati ad operare (quella del giudizio *a quo* o quella del giudizio costituzionale), che non è necessariamente sempre coincidente (dinanzi alla Corte potrebbero rilevare profili nuovi, non emersi dinanzi al giudice, così come il giudice potrebbe tener conto di elementi che non assumerebbero la stessa rilevanza nel giudizio costituzionale). La logica di fondo da seguire dovrebbe quindi essere quella di incrementare le occasioni di confronto con la Corte di giustizia.

Alla fine della rapida panoramica che si è effettuata sulla giurisprudenza costituzionale concernente il rapporto con il diritto comunitario rimane, infatti, l'impressione che la Corte si stia muovendo in modo cauto e, talvolta, oscillante, ma seguendo nel contempo una direzione ormai ben precisa, quella appunto del potenziamento del dialogo con la Corte di giustizia, che è la stessa intrapresa, in modo sempre più diffuso, anche da altre Corti costituzionali europee³⁸.

³⁸ Per quanto riguarda il tema specifico del rinvio pregiudiziale un'indagine di tipo comparativo è stata effettuata nel Quaderno, a cura di P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, pubblicato nel 2010 nel sito ufficiale della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it). Le prime Corti costituzionali europee ad utilizzare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sono state quella del Belgio e quella dell'Austria (rispettivamente nel 1997 e nel 2000), seguite dalla Corte della Lituania (nel 2007). Gli ultimi due casi in cui il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è stato utilizzato per la prima volta dall'organo giurisdizionale costituzionale riguardano il Tribunale costituzionale spagnolo (nel 2011) e il *Conseil constitutionnel* (nel 2013). Entrambi questi rinvii sono stati fatti con riferimento al mandato d'arresto europeo (per una ricostruzione delle vicende che hanno portato ai due rinvii pregiudiziali v., rispettivamente, A. DI MARTINO, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, 2 aprile 2013, in www.diritticomparati.it e L. D'AMBROSIO, *Mandato d'arresto europeo: il giudice costituzionale francese sottopone per la prima volta una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE*, 16 aprile 2013, in www.penalecontemporaneo.it). Precedentemente, mentre nel caso della Spagna era emersa una certa apertura al rinvio da parte del Tribunale costituzionale, anche se non c'era stato l'esplicito riconoscimento di una legittimazione in tal senso, il *Conseil constitutionnel* sembrava aver assunto un atteggiamento di chiusura. Nel 2006 aveva, infatti, espressamente negato di poter ricorrere al rinvio pregiudiziale a causa dei termini temporali ristretti che caratterizzano il giudizio di legittimità costituzionale preventivo. Nel caso che adesso ha determinato il diverso orientamento siamo però nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale di natura successiva (la "questione prioritaria di costituzionalità", simile all'accesso incidentale in vigore in Italia, caratterizzata da un termine temporale meno ristretto, tre mesi anziché uno, ma che ha comunque reso necessaria l'attivazione del procedimento pregiudiziale d'urgenza: v. S. CATALANO, *Il primo rinvio pregiudiziale del*

Il dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di giustizia è ormai la condizione imprescindibile per la realizzazione di quella integrazione tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario, che, come si è visto, è stata evocata anche dalla Corte italiana. Con l'importanza crescente acquisita dai diritti fondamentali a livello comunitario, fino alla "europeizzazione" dei controlimiti³⁹, è divenuta quanto mai auspicabile l'instaurazione di un processo di interazione tra le Corti.

Siamo all'inizio di un percorso ancora molto accidentato, con tante zone d'ombra e aspetti non chiari, che dovrebbe comunque condurre le giurisdizioni costituzionali nazionali ad un confronto sempre più serrato, non solo con la giurisdizione comunitaria, ma anche nei reciproci rapporti tra loro.

Conseil Constitutionnel *alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Osservatorio AIC*, 1/2013, spec. 10ss.). Rimane il fatto che si è comunque verificato un evento nuovo, che conferma che la intensificazione del dialogo con la Corte di giustizia sta coinvolgendo un numero crescente di Stati membri.

³⁹ V. note 11 e 23.