

Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017

Roberto Conti

Premetto che la vicenda c.d. *Taricco* non mi ha mai entusiasmato, per ragioni che non è qui il caso di indagare.

Dovrei già solo per questo cospargermi il capo di cenere e riconoscere di avere sottovalutato la portata di tale questione, messa più volte a fuoco da autorevoli penalisti e costituzionalisti, soprattutto considerando che proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 269/2017, pare abbia trovato un solido argomento nell'intervento chiarificatore della Grande Sezione del 5 dicembre 2017 e, soprattutto, nella scelta di sollevare il rinvio pregiudiziale che l'ha propiziato (Corte cost., ord. 24/2017), per rivoluzionare il sistema di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riproclamata a Strasburgo nel 2007.

È noto, ormai, che stando all'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017, proprio l'ipotesi di sovrapposibilità fra diritti di matrice costituzionale e diritti protetti dalla Carta UE determina, in caso di *vulnus* concorrente alle due Carte – immaginandosi nella prospettiva della Corte costituzionale la portata tendenzialmente immanente della Costituzione –, l'intervento regolatore della Corte costituzionale, al fine di salvaguardare la certezza del diritto, obbligando il giudice comune a sollevare questione di costituzionalità, in mancanza della quale egli non potrà disapplicare la norma interna.

Già diffusamente ed in altra sede la dottrina ha messo in risalto la carica fortemente innovativa di tale pronunzia¹. Anche chi scrive ha

¹ A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in questa *Rivista*, 3/2017, p. 230 ss.; C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, *ivi*, 18 dicembre 2017; A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, *ivi*, 18 dicembre 2017; A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global StarNet)*, in questa *Rivista*, 1/2018; D.

avuto modo di mettere in discussione, in altra sede, i postulati ai quali è agganciata la sentenza n. 269/2017 ed a quelle riflessioni ci si permette di rinviare, per quel nulla che valgono, per brevità².

Su qualche ulteriore aspetto si può dunque in questa sede tornare a ragionare.

È stato detto³ che la Corte abbia inteso ribaltare il piano delle (due) pregiudizialità fin qui coniato, peraltro dallo stesso giudice costituzionale, anteponendo il controllo di costituzionalità alla verifica di compatibilità con la Carta UE. Questo determinerebbe, nelle intenzioni della Corte costituzionale, che la questione di pregiudizialità eurounitaria andrebbe messa in coda rispetto al controllo di costituzionalità – divenuto *ex abrupto* accentrato rispetto alla Carta UE –, realizzando, in questo modo quella rivoluzione copernicana già ventilata dai primi autorevoli commentatori.

Le ragioni del cambiamento sarebbero da ricondurre alla progressiva marginalizzazione della Corte costituzionale, spaventosamente emarginata dal suo naturale ruolo di “controllore” dei diritti con base costituzionale.

È dunque questa situazione di subalternità a non essere gradita, né piace che il giudice comune dialoghi *intensamente* con la Corte di giustizia, additando il dato della crescita dei rinvii pregiudiziali come spia dell’isolamento⁴. Sicché questa “fascinazione” nella quale sarebbe incorso il giudice comune non poteva che giustificare l’intervento della Corte costituzionale, primo e principale garante del tratto costituzionale dei diritti fondamentali, proprio per invertire la rotta sulle sorti del giudizio di costituzionalità, seriamente minacciato.

Non solide, come già ci è capitato di rappresentare, sono apparse le ragioni poste alla base del cambiamento rivoluzionario.

Né il richiamo alla marginalizzazione della Corte costituzionale si fonda su dati consultabili che possano mettere creare una relazione tra l’aumento dei rinvii pregiudiziali alla Corte UE e la riduzione degli incidenti di costituzionalità.

Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 gennaio 2018; G. Scaccia, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 gennaio 2018.

² R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 dicembre 2017.

³ Cfr. G. Scaccia, *op. cit.*

⁴ Cfr. ancora G. Scaccia, *op. cit.*, p. 5.

Semmai, è vero che alle richieste di rinvio pregiudiziale hanno fatto seguito, in genere, orecchie comprensive ed attente da parte del giudice di Lussemburgo, che ha usato con estrema parsimonia lo strumento di irricevibilità, marcando in modo preciso la propria incompetenza su questioni aliene al diritto eurounitario. In definitiva, la Corte UE si è dimostrata pronta a fare funzionare il “dialogo” nel modo migliore, per l'appunto rispondendo alle richieste di chiarimento e non chiudendosi a riccio con comode “non risposte”⁵.

Del resto, non è un mistero che, secondo la costante giurisprudenza di Lussemburgo, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che questi individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono tuttavia di una *presunzione di rilevanza*. La Corte UE afferma, infatti, che essa può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non presenti alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica e la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni sottoposte⁶.

Ne consegue che il rifiuto, da parte della Corte UE, di pronunciarsi su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora *appaia in modo manifesto* che l'interpretazione richiesta del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo teorico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte⁷.

Indagare sul modo con il quale le porte del controllo di costituzionalità si sono spesso chiuse non sarebbe probabilmente inutile, anche per verificare l'impatto – anche emotivo, se vogliamo rimanere sul versante sentimentale nel quale viene, a mio parere del

⁵ Di tanto può trarsi conferma nella recente Corte giust., 20 dicembre 2017, C-276/16, *Prequè*, resa il 20 dicembre 2017, in materia di contraddittorio endoprocedimentale.

⁶ Tra le altre, v. proprio Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 27.

⁷ V., in particolare, Corte giust., 10 maggio 2017, C-690/15, *Wenceslas de Lobkowicz*.

tutto ingiustamente ed immeritatamente, posto il giudice comune – che una questione di costituzionalità disattesa con decisione di inammissibilità può indurre nel giudice remittente⁸.

Né è peregrino pensare che tale indagine darebbe modo di evidenziare il perché di un *appeal* maggiore del quale gode il rinvio pregiudiziale sull'incidente di costituzionalità.

D'altra parte, la finalità del rinvio pregiudiziale è tutt'affatto diversa dall'incidente di costituzionalità. Il primo, inserito in una cornice intersistemica, tende a chiarire la portata di una disposizione⁹; il secondo a realizzare un controllo accentrato sulla costituzionalità di una norma interna.

Il primo si atteggia come un ausilio fondamentale per il giudice – ora non soltanto più comune – che non modifica in alcun modo la capacità decisionale del giudice che solleva il rinvio pregiudiziale. L'incidente di costituzionalità spoglia – fin qui definitivamente – il remittente del potere di decidere sulla questione sollevata, almeno rispetto al profilo indicato nell'ordinanza di rimessione.

Ora, la diversità di passo e di prospettive fra rinvio pregiudiziale e incidente di costituzionalità non può non ripercuotersi su quello che vorrebbe diventare il nuovo sistema di *verifica dell'osservanza dei diritti fondamentali* che la Corte costituzionale, per non restare fuori dal giro, intende caldeggiare.

La questione non è marginale, poiché nel meccanismo di protezione dei diritti di matrice UE il fortissimo tasso di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale del quale si diceva sopra – è sufficiente consultare la Relazione del Presidente della Corte costituzionale, relativa all'anno appena trascorso¹⁰, i cui dati evidenziano che delle 158 sentenze rese in seguito ad incidente di costituzionalità ben 78 sono state con dispositivo di inammissibilità – non potrebbe non ripercuotersi sul canone di effettività delle tutele offerte dal giudice nazionale ai diritti che affondano le loro radici nella Carta UE.

⁸ V., sul tema, di recente e diffusamente, G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio delle leggi*, Napoli, 2017 e, con specifico riferimento alle pronunzie di inammissibilità, spec. p. 277, 280 e ss.

⁹ Come è stato puntualmente evidenziato da M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, p. 485.

¹⁰ Disponibile in www.cortecostituzionale.it, p. 10, nota 21.

In altri termini, come già ci è capitato di riflettere in passato, il passaggio del controllo di conformità alla Carta UE per il tramite dell'incidente di costituzionalità non è affatto neutro, ma impone la sottomissione del sistema di protezione della Carta ai canoni previsti dall'incidente di costituzionalità. Altro è riconoscere la necessità che vi sia un controllo di costituzionalità autonomo riservato al giudice costituzionale, altro è, invece, riservare in via esclusiva il controllo della sussistenza di una violazione della Carta UE al sindacato della Corte costituzionale, addossando sulle parti i rischi rappresentati dall'introduzione di un meccanismo di incidentalità estraneo al sistema UE.

Né può sottacersi che, a fronte di un atteggiamento di *self restraint*, rispettoso delle identità costituzionali posto in essere dalla Corte di giustizia con le sentenze 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A contro B e altri* e GS e 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli* e, da ultimo, con la sentenza *Global Stainer* del 20 dicembre 2017¹¹ l'approccio scelto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2017 è risultato decisamente più aggressivo malcelando, attraverso una prospettiva di dialogo ascendente, il tentativo di realizzare un ricorso "armato" al rinvio pregiudiziale. Rinvio pregiudiziale che, a ben considerare, nelle mani della Corte costituzionale sembra collocarsi in una posizione *sui generis*, tutt'affatto diversa rispetto a quella del giudice nazionale di ultima istanza.

Essa Corte, infatti, non dovrebbe né potrebbe essere considerata giudice di ultima istanza, poiché anche nell'ipotesi in cui decidesse di espungere dall'ordinamento interno la norma in contrasto con la Carta UE, all'esito del rinvio, non si porrebbe come giudice del caso concreto, invece riservato al giudice comune, il quale a sua volta, come riconosce la stessa Consulta, ha il potere di sollevare in via autonoma il rinvio pregiudiziale che, per l'appunto, si atteggerà secondo gli ordinari canoni di facoltatività od obbligatorietà ben sedimentati nella giurisprudenza eurounitaria.

La circostanza che il sindacato accentrato sulla Carta UE faccia diventare la Corte costituzionale una sorte di giudice di unica istanza sulle sorti della Carta non impedisce, infatti, al giudice comune di replicare il rinvio pregiudiziale e, probabilmente, di arrivare ad una conclusione diversa da quella raggiunta, in caso di pronuncia di rigetto

¹¹ Commentata da A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione*, cit.

della q.l.c., dalla Corte costituzionale. Ciò pone, indiscutibilmente, la Corte costituzionale in una posizione privilegiata, non potendosi ritenere che essa abbia un obbligo di rinvio, secondo la giurisprudenza *Cilfit*. Posizione che, per l'appunto la Corte costituzione predilige, su di essa riservando il potere di stabilire o meno il ricorso a tale strumento di raccordo.

Allo stato, la Corte costituzionale non ha avuto modo di chiarire quali potrebbero essere gli effetti di una decisione del giudice comune che, dopo avere adito la Corte di giustizia per verificare se la Carta UE osta all'applicazione di una norma interna, ricevendo risposta positiva da Lussemburgo, decida di orientarsi in maniera opposta alla pronuncia della Corte costituzionale che aveva, in precedenza, rigettato la questione sollevata – nello stesso o in altro giudizio –. Sul punto, in ogni caso, resta fermo l'indirizzo della Corte di giustizia, secondo il quale il giudice nazionale – e soprattutto il giudice di ultima istanza – ottenuta risposta della Corte su questione concernente l'interpretazione del diritto dell'Unione, o allorché la giurisprudenza della Corte abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione¹². Si è così chiarito, in tale occasione, «...che il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte a titolo dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Elchinov*, C-173/09, punto 30)». La Corte non ha mancato di aggiungere, nella medesima occasione, che «...l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punto 20)». Ne consegue che «... il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa

¹² Corte giust., Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*.

rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

Dunque, all'orizzonte si va delineando un nugolo di questioni ancora inesplorate che si possono senza alcuna pretesa di completezza cominciare ad enumerare nei modi seguenti: 1) effetti della proposizione di un incidente di costituzionalità che utilizza come parametri di costituzionalità allo stesso tempo la Costituzione e la Carta UE; 2) effetti della pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata nello stesso procedimento, effetti della pronuncia di rigetto pronunciata dalla Corte costituzionale in altra vicenda processuale precedente; 3) effetti della pronuncia di rigetto della Corte costituzionale nel medesimo procedimento rispetto ad una sentenza interpretativa della Corte UE sollecitata dal giudice comune che propende per la disapplicazione, proposizione di una questione di legittimità costituzionale che pone alla sua base unicamente il parametro costituzionale o soltanto quelli di cui agli artt. 11 e 117 Cost.; 4) possibilità di sperimentare contemporaneamente il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e l'incidente di costituzionalità da parte del giudice comune – in maniera ultimativa dalla Corte costituzionale sulle quali la stessa non mancherà di offrire chiarimenti.

È, peraltro, l'onerosa ricerca di basi normative più solide di quelle evocate nella sentenza n. 269/2017 a rendere poco comprensibile un cambio di passo della giurisprudenza costituzionale avvenuto a più di dieci anni di distanza dalla riproclamazione della Carta UE che, attribuendo ad essa valore pari ai Trattati, avrebbe determinato quella sostanziale sovrapposizione fra Carta e Costituzione di cui riferisce la sentenza n. 269/2017. Sovrapposizione negata fino a pochi mesi prima (sentenza n. 111/2017) quando la stessa Corte ebbe a posizionarsi, proprio con espresso riferimento alla Carta UE, sui solidi principi fino ad allora elaborati con riguardo a tutto il diritto UE. Del resto, una prospettiva esattamente opposta a quella espressa nel dicembre 2017 la Corte costituzionale aveva espresso nella sentenza n. 56/2015 – che avrebbe poi dato il là alla sentenza della Corte di giustizia resa il 21 dicembre 2017 nel caso *Global Starnet*¹³.

In quella occasione, infatti, malgrado il tentativo delle parti private di *sondare* il polso della Corte costituzionale, sollecitando un rinvio pregiudiziale in ordine alla portata dell'art. 41 della Carta UE con riguardo al principio della tutela dell'affidamento – già prospettato

¹³ Su cui ancora v. il commento di A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione*, cit.

con riguardo al parametro di cui all'art. 3 Cost. dal remittente – la Corte costituzionale ebbe a mantenere nettamente separate le contestazioni, escludendo di potere intervenire su un parametro non indicato dal giudice remittente, facendosi appunto scudo del fatto che non era stato evocato alcun parametro sovranazionale. Posizione, quest'ultima, che se poteva risultare assolutamente comprensibile in relazione allo stato dell'arte fino a quel momento dalla stessa Corte costituzionale confezionato quanto alle tecniche decisorie riconducibili alla violazione del diritto UE sembrerebbe, oggi, vacillare proprio in relazione alla postulata sovrapponibilità delle tutele offerte dalle due Carte.

Se si muove dalla circostanza che il controllo incidentale del giudice costituzionale sulla Carta UE presuppone la sovrapponibilità fra diritti protetti da Carta UE e Costituzione, viene difficile ipotizzare che la verifica della Consulta possa orientarsi unicamente su uno dei due parametri. Se, infatti, il giudice comune omettesse di indicare la Carta UE, evocando il solo parametro costituzionale, egli incorrerebbe in un evidente errore di diritto, tralasciando di applicare al caso, governato dal diritto UE, la “sua” Carta dei diritti fondamentali. Se, per converso, egli si limitasse ad invocare il parametro della Carta UE, verrebbe difficile immaginare che la Corte costituzionale non decida di procedere, dopo la verifica che la controversia involge comunque il diritto UE, ad una verifica della sussistenza della sovrapponibilità della disposizione della Carta UE con la Costituzione e, dunque, del contenuto stesso del parametro costituzionale. Si tratterebbe, del resto, di una verifica indispensabile proprio perché, per quanto ci insegna Corte cost. n. 269/2017, in tanto si presenta l'obbligo del sindacato accentratore, in quanto vi sia sovrapponibilità, da ponderare ovviamente non in astratto ma in concreto. Non si tratterebbe, infatti, di ampliare il sindacato di costituzionalità rispetto a parametri non esposti dal remittente – evenienza più volte esclusa dalla stessa Corte costituzionale – ma, a monte, di verificare le condizioni stesse che, sole possono giustificare l'intervento della Corte costituzionale, appunto rappresentate, secondo le rime della sentenza n. 269/2017, dalla sovrapponibilità di tutele fra le due Carte, mancando la quale non si porrebbe nemmeno l'esigenza dell'intervento della Corte costituzionale.

Se, dunque, tale verifica non fosse compiuta dal giudice remittente all'atto di sollevare una questione di costituzionalità che involge unicamente il parametro contenuto nella Carta UE che,

fulminato sulla via di Damasco dalla sentenza n. 269, avesse inteso quel *dictum* come obbligo di rimessione *tout court* alla Corte costituzionale di ogni questione che involge la Carta UE, a verificare essa stessa se e in che misura esiste la sovrapposizione fra le due Carte. Il caso non è affatto ipotetico.

Si pensi alle vicende, assai contrastate, concernenti il contraddittorio endoprocedimentale in ambito tributario¹⁴, in relazione alle quali potrebbe porsi un problema di verifica dell'esistenza di un parametro costituzionale sovrapponibile in tutto o in parte all'art. 41 della Carta UE e, a cascata, di valutazione in ordine alla possibilità del giudice comune di operare senza interpellare la Corte costituzionale e, dunque, di disapplicare la norma interna contrastante con la Carta UE¹⁵.

Occorre quindi ulteriormente riflettere sulla prospettiva che ha condotto la Corte costituzionale ad anestetizzare la possibilità del giudice comune di fare diretta applicazione della Carta UE, se non all'esito del controllo di costituzionalità. Il fine ultimo si attuerebbe, nelle intenzioni della Corte, in diversi modi.

Secondo la sentenza n. 269/2017, infatti, «il richiamo all'ordine del giudice comune»¹⁶ si realizza per l'un verso imponendogli di rivolgersi immediatamente alla Corte costituzionale quando abbia il sospetto che vi possa essere una violazione di un diritto che va ad incidere sulla Carta UE – se sovrapponibile a quello protetto dalla Costituzione –. La Corte non si preoccupa minimamente, dunque, delle sorti del giudizio *a quo*, tutta presa dal perseguimento di un'istanza “di sistema” (che, a ben considerare, non è affatto alla base del sistema di protezione del diritto UE, né ha introdotto uno Statuto speciale di operatività per la Carta che racchiude i diritti fondamentali dell'Unione europea) ma impone al giudice comune di trasferire ad essa la

¹⁴ Per cui v., in termini generali, Corte cost., sent. 132/2015 e Cass. civ., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24823.

¹⁵ Ma v., diversamente, A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, testo rielaborato di una relazione al Seminario su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana: esperienze a confronto*, nell'ambito del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti* “Alessandro Pizzorusso”, Pisa 2 febbraio 2018, p. 3 che invece sembra preconizzare una posizione della Corte costituzionale favorevole a considerare sempre esistente la sovrapposizione dei diritti della Carta UE con la Costituzione, in relazione al carattere tendenzialmente completo di quest'ultima).

¹⁶ Così D. Tega, *op. cit.*

questione per il tramite dell'ordinanza di non manifesta infondatezza che il remittente potrà sollevare scegliendo il parametro ritenuto pertinente.

Fin qui la Corte costituzionale, la quale non fa mistero del fatto che essa potrà comunque utilizzare il rinvio pregiudiziale per dialogare con la Corte europea. Ciò dovrebbe accadere tanto nell'ipotesi in cui il giudice comune abbia dubbi in ordine all'interpretazione del diritto protetto dalla Carta UE, quanto in quella in cui la richiesta di rinvio pregiudiziale dovesse riguardare specificamente – attraverso l'ormai sperimentata formula che si esprime con il termine “osta” – la possibilità di considerare o meno la normativa interna incompatibile con quella della Carta UE. Pertanto, la sovrapposibilità della Carta UE con i diritti garantiti dalla Costituzione renderebbe possibile una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità. Per tale motivo, dunque, l'obbligatorietà del rinvio ad essa della questione.

E tuttavia, il sindacato diffuso del giudice comune in relazione alla Costituzione potrebbe permanere in forma indiretta, per il tramite della Carta dei diritti UE, se all'esito della sentenza di rigetto o di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale si riconoscesse a quel giudice la possibilità di disapplicare la disposizione interna sulla base di quanto indicato in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte di giustizia, in altro caso o nello stesso.

In ogni caso, se il giudice comune dovesse realmente attendere la pronuncia della Corte costituzionale prima di tornare a potere esercitare il ruolo che per Costituzione gli compete – quello di decidere le controversie poste al suo vaglio – e dovesse, dunque, ritenere di discostarsi dalla decisione – di rigetto – della Corte costituzionale, egli si vedrebbe comunque dimezzato dei suoi poteri, poiché non avrebbe la possibilità di disapplicare il diritto interno contrastante con la Carta UE, potendo unicamente esercitare il potere – trasformato in dovere – di sollevare il rinvio pregiudiziale. Il potere di disapplicazione potrebbe essere recuperato, in *extremis*, solo nel caso in cui vi sia una pronuncia della Corte di giustizia. Ma questo potere, secondo la lettera della sentenza n. 269/2017, riguarderebbe la possibilità di «...disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione...» (enfasi aggiunta).

Anche su questo punto non è dato agevolmente intendere se la Corte costituzionale – investita per il tramite di un giudizio incidentale

che pone come parametro il dato rappresentato dalla Carta UE – intenda riconoscere una possibilità di disapplicazione che non vada comunque ad intaccare il contenuto della pronunzia di rigetto precedentemente resa e, dunque, riguardi «altri ambiti», diversi da quelli esaminati innanzi a sé, ovvero sia disposta *tout court* ad un'ipotesi di contrasto netto fra l'esito del giudizio di costituzionalità e quello innanzi al giudice comune.

L'ipotesi non è tanto peregrina, se si considera che il contrasto potrebbe realizzarsi quando il grado di tutela offerto a livello UE sia maggiore di quello ritenuto costituzionalmente dovuto. Non pare infatti potersi dubitare che se, in casi simili, dovesse ritenersi necessario un nuovo intervento della Corte costituzionale, magari per verificare la tenuta della soluzione prospettata dalla Corte di giustizia rispetto ai controlimiti¹⁷ impedendo al giudice comune di disapplicare la norma interna contrastante con la Carta UE, pochi margini vi sarebbero per sostenere che l'intricato meccanismo di passaggi a livello e semafori introdotto dalla Corte delle leggi sia in grado di resistere alla verifica di contrasto con il diritto UE da parte della Corte di giustizia.

Evidente, sarebbe, infatti, come già rilevato in dottrina¹⁸, la vistosa compressione del canone dell'autodeterminazione dei giudici di merito e, quel che più rileva, del ruolo di nomofilachia della Cassazione¹⁹. Si tratterebbe, in altri termini, di una profonda modifica del sindacato di incidentalità che finirebbe con l'espandersi a tutto detrimento della Cassazione, rompendo quell'alleanza che aveva, in definitiva, caratterizzato i periodi più recenti dei rapporti fra le due Corti²⁰.

Tale approdo, d'altra parte, contrasterebbe nettamente, soprattutto per il giudice di ultima istanza, con l'intero diritto UE – scritto e vivente – ancorato alla giurisprudenza *Cilfit* che ha codificato le ipotesi di rinvio pregiudiziale obbligatorio.

¹⁷ Ipotesi ventilata da Ruggeri, nel commento alla sentenza *Global Starnet*: cfr. A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione*, cit.

¹⁸ Cfr. A. Ruggeri, *ibid.*

¹⁹ Cfr. A. Ruggeri, sia nel primo commento alla sentenza n. 269/2017 (*Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, cit.) che nelle riflessioni a margine della sentenza *Global Starnet* della Corte di giustizia (*Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione*, cit.).

²⁰ V., ancora, G. Repetto, *op. cit.*, p. 311.

In altri termini, l'effetto che verrebbe a prodursi se si interpreta la sentenza n. 269/2017 nel senso di escludere il potere di disapplicazione diretto in ipotesi di declaratoria di rigetto dell'incidente di costituzionalità, sarebbe quello di svuotare il ruolo del giudice comune e di riversarlo sulla Corte di giustizia, in tal modo stravolgendo la stessa funzione del giudice di Lussemburgo, che ha sempre riservato unicamente al giudice nazionale la valutazione finale sull'esito della lite e sul "come" utilizzare i meccanismi riconosciuti per realizzare la migliore tutela del diritto UE – interpretazione conforme, disapplicazione, responsabilità dello Stato – in relazione all'interpretazione resa in sede di rinvio pregiudiziale.

Nella prospettiva della Corte costituzionale, per converso, solo l'intervento della Corte di giustizia potrebbe consentire ciò che invece, ontologicamente, attiene alle dinamiche del diritto UE, siano esse combinate alla Carta dei diritti fondamentali od a diritti non contemplati dalla Carta. Sicché la disapplicazione non sarebbe possibile se non per il tramite dell'intervento della Corte di giustizia.

Non può sfuggire come tale posizione rappresenti un attacco non dichiarato al sistema di protezione dei diritti di matrice eurounitaria che trovano la loro genesi nella Carta dei diritti UE.

D'altra parte, l'accostamento degli esiti ai quali giunge la sentenza n. 269/2017 ai casi francese e austriaco, già esaminati dalla Corte di giustizia, non è per nulla agevole – e già la dottrina lo ha evidenziato²¹ –, se pure si riflette sulle modalità con le quali la scelta della Corte costituzionale è maturata, che possono così sintetizzarsi: a) estemporaneità della soluzione adottata, a distanza di pochi mesi da altra pronuncia di segno diametralmente opposto (Corte cost., sent. 111/2017); b) natura pretoria della svolta, non prevista da alcuna disposizione della Costituzione; c) opinabilità delle ragioni poste a sostegno della svolta dalla dottrina che ha ispirato la sentenza n. 269/2017, in assenza di prese di posizione recenti delle Corti supreme interne capaci di conclamare l'attentato al ruolo della Corte costituzionale e della Costituzione; d) impossibilità di estendere il meccanismo ipotizzato alla Corte di Cassazione in assenza di tutela cautelare (sul punto si rinvia a quanto già esposto nel commento già ricordato alla sentenza n. 269/2017).

Ci sarebbero, dunque, plurime ragioni per indurre i giudici comuni – di merito e di legittimità – più coraggiosi e consapevoli della

²¹ Cfr. G. Scaccia, *op. cit.*

reale posta in gioco a decidere, non certo in chiave eversiva, ma semmai quale autentico «braccio periferico del sistema giurisdizionale europeo»²² di interpellare la Corte di giustizia sulla tenuta eurounitaria della costruzione pretoria espressa dalla Corte costituzionale, visto che tra le righe della sentenza n. 269/2017 non è dato intravedere un divieto di interpellare la Corte europea sul tema della compatibilità del meccanismo anzidetto con le coordinate generali del diritto UE.

D'altra parte, la dottrina non ha mancato di esternare la propria sorpresa rispetto alla posizione assunta dalla Corte costituzionale orientata, attraverso il richiamo della clausola generale delle tradizioni costituzionali comuni, per l'un verso a "nazionalizzare" la tutela dei diritti fondamentali anche qualora si versi nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e, per altro verso, ad accentrare in sé il ruolo di garante ultimo della tutela dei diritti²³.

Quel che la Corte costituzionale non ha tuttavia considerato sembra essere il dato che la Carta UE è uno strumento che si pone innanzi al giudice comune come qualunque altro documento di matrice eurounitaria e che, dunque, impone al giudice comune – del diritto dell'UE – di interpretarlo e di interpretare le norme interne in modo conforme al diritto UE, eventualmente chiedendo ausilio alla Corte di Giustizia. La Corte costituzionale si pone, in prima battuta, in un'ottica che sembra marginalizzare il ruolo del giudice comune quale interprete naturale della Carta UE, senza tuttavia annullarlo. Quando, infatti, il giudice comune è chiamato a fare applicazione della Carta UE senza che venga in discussione la necessità di disapplicare la norma interna con essa contrastante, permane in capo a quel giudice il compito di dare attuazione al diritto protetto dalla Carta e di "interpretarlo". In quest'attività interpretativa la Corte non pare voglia entrare, di guisa che permane in capo al giudice il potere di interpretare la Carta UE, di delinearne i contenuti e di interpretare il diritto interno in modo conforme. Ciò, visto da altra angolazione, sembra essere il tallone d'Achille della costruzione della sentenza n. 269/2017. Ed è stato ancora una volta Antonio Ruggeri a considerare tale aspetto quando ha osservato che proprio dalla sentenza n. 269 può venire «...una spinta

²² L'espressione, straordinaria, è di M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 488 – attraverso il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE;

²³ P. Mori, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in www.dirittounioneeuropea.eu, dicembre 2017.

vigorosa per un uso ancora più insistito e incisivo del canone dell'interpretazione conforme»²⁴.

In questo modo il giudice comune potrà sperimentare tutte le tecniche interpretative, alquanto elastiche, che il diritto UE gli riserva per consentire la piena attuazione dei diritti della Carta, dovendo fermarsi soltanto innanzi ad un contrasto insanabile fra testo del diritto interno e diritto protetto dalla Carta, per passare la palla alla Corte costituzionale.

E già questo consente di ritenere che il percorso pensato dalla Corte costituzionale sarà minato da numerosi e ad oggi imprevedibili ostacoli, tutte le volte in cui il giudice comune intenda attivare il rinvio pregiudiziale quale strumento di ausilio interpretativo della Carta UE.

Senza dire che la scelta di investire la Corte costituzionale dell'incidente di costituzionalità rimane pur sempre nelle mani del giudice comune.

In conclusione, non appare particolarmente “seducente” il ruolo aggiuntivo che il giudice comune, per il tramite della Carta UE, verrebbe ad assolvere in un ipotetico dialogo diretto con la Corte costituzionale, contribuendo in maniera decisiva al ristabilimento e consolidamento dei diritti fondamentali attraverso la pronuncia di incostituzionalità sollecitata alla Consulta, capace di spiegare effetti *erga omnes* e, dunque, di purificare in maniera stabile e duratura il sistema.

Il compito del giudice comune – e non solo nella prospettiva del diritto UE – pare essere quello di solutore di conflitti posti al suo vaglio dalle parti, in una prospettiva servente al caso e solo occasionalmente prestata ad operazioni destinate a fuoriuscire dal perimetro della vicenda processuale – com'è appunto il caso dell'incidente di costituzionalità ovvero in funzione della finalità nomofilattica riservata alla Corte di Cassazione e per certi limitati aspetti, fissati per legge, alle altre giurisdizioni superiori non ordinarie –. Ma tanto nell'una quanto nell'altra prospettiva non si può disconoscere che rimane sempre in capo al giudice comune la scelta ermeneutica in ordine all'individuazione della portata della norma – interna e di diritto UE – ed alla necessità di investire la Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale. Il giudice comune è anche giudice del diritto eurounitario e rispetto a questo “cappello” egli è parimenti tenuto a svolgere in modo pieno ed effettivo

²⁴ A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, cit., p. 7.

il suo ruolo. Compito che ha svolto proficuamente dialogando con la Corte di giustizia. Per questo si è di recente insistito²⁵ nel ritenere che «una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta si porrebbe in diretto contrasto con la sentenza *Simmenthal* e con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE».

La vicenda *Taricco* – I e II – che pure sembra agli occhi della sentenza n. 269/2017 dimostrare la proficuità del dialogo fra Corte costituzionale e Corte di giustizia non risulta, in realtà, giocare un ruolo particolarmente rilevante a favore della svolta operata dal giudice costituzionale, ove si consideri che il rinvio pregiudiziale in quella vicenda, proprio stando a Corte cost. n. 24/2017, venne promosso in una prospettiva del tutto peculiare da parte del giudice costituzionale, proprio al fine di ponderare l'eventuale contrasto dell'ordinamento UE con i c.d. controlimiti interni²⁶ e non già per investire la Corte UE di un quesito relativo alla portata di una disposizione della Carta UE.

Non mancheranno, in ogni caso, le occasioni alla stessa Corte costituzionale per definire compiutamente il percorso iniziato con la sentenza n. 269/2017.

Il futuro prossimo sarà dunque lastricato da pronunzie di vario segno, ancora una volta a conferma di quanto il diritto dei nostri giorni sia frutto precipuo delle Corti, nazionali e sovranazionali.

Non sembra affatto impedito al giudice nazionale, soprattutto se di ultima istanza, di rivolgersi immediatamente alla Corte UE non solo per consentire uno *screening* sulle prospettive aperte dalla sentenza n. 269/2017, ma anche per ottenere l'interpretazione della norma contenuta nella Carta dei diritti fondamentali UE e, all'esito, verificare gli effetti di quella pronunzia ai fini della decisione della controversia posta al suo esame alla luce della sentenza n. 269/2017. Né, per quanto detto in questa occasione e in precedenti riflessioni, pare remota la possibilità che egli valuti ulteriori mosse per salvaguardare non il suo orticello o per fomentare ulteriori guerre fra Corti, ma unicamente

²⁵ L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, cit., 6.

²⁶ Come puntualmente osservato da C. Schepisi, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in www.dirittounioneeuropea.eu, dicembre 2017.

l'esigenza sottesa alla pratica ed effettiva attuazione dei diritti fondamentali, qualunque ne sia la loro matrice.

D'altra parte, il successo del nuovo corso intrapreso dalla Corte costituzionale dipenderà, probabilmente, da come essa deciderà di usare il potere che si è autoattribuita e da quale residuale margine di operatività verrà riconosciuto al giudice comune all'esito del giudizio incidentale. Spetterà, in altri termini, proprio alla Consulta dimostrare, con i contenuti decisori delle sue pronunzie, se essa intende valorizzare il ruolo del giudice interno nella misura massima come ha fin qui fatto la Corte di giustizia in esito al rinvio pregiudiziale, ovvero depotenziarlo con *diktat* rigidi, preconfezionati ed imm modificabili. Forse sta proprio in questo la vera scommessa che la Corte dovrà giocare.

Certo, l'imminente efficacia del Protocollo n. 16 e l'ulteriore possibilità di ampliare il confronto fra le Corti, annettendo in questo circuito – dialogico o muscolare, a seconda della prospettiva che verrà scelta da ciascuno dei plessi giurisdizionali coinvolti – la Corte EDU richiederà notevoli sforzi nella dottrina – che già non ha mancato di delineare i possibili scenari di un *concordato* onorevole per tutti²⁷ – e negli operatori aprendo il proscenio ad ulteriori articolate dissertazioni sull'*an*, *quomodo* e *quando* delle varie mosse dei giocatori.

ABSTRACT: Con ulteriori riflessioni rispetto a quelle esposte in un precedente commento apparso sul *Forum di Quaderni Costituzionali* l'Autore, in servizio presso la Corte di Cassazione, torna a confrontarsi sulle ricadute di Corte cost., n. 269/2017, nel sistema di protezione dei diritti fondamentali. Il panorama, quanto mai *in progress*, reclama negli operatori giudiziari e negli studiosi un grado elevato di attenzione verso tematiche che rischiano di condizionare il futuro intero dei diritti fondamentali in Italia e in Europa.

Parole chiave: sentenza *Global Starnet* della Corte di giustizia; Taricco; Corte costituzionale; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; sentenza n. 269/2017

²⁷ A. Ruggeri, *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, in attesa di pubblicazione su *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, consultato in paper.

Roberto Conti

Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017

Roberto Conti: Consigliere di Cassazione,
robertogiovanni.conti@gmail.com