

Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea

di Antonello Cosentino
consigliere della Corte di cassazione

Il giudice comune nazionale ha sempre avuto con la Cgue relazioni più fluide rispetto a quelle intrattenute con la Cedu. A partire dalla sentenza 14 dicembre 2017 n. 269 della Corte costituzionale, però, lo schema dell'applicazione diretta del diritto euro-unitario da parte del giudice nazionale sembra essere stato rimesso in discussione. La Corte costituzionale ha rivendicato la propria centralità nella dialettica tra giudice comune, giudice costituzionale e Cgue. Dagli equilibri che si raggiungeranno in tale dialettica dipenderà grande parte del ruolo che il giudice nazionale giocherà nel futuro dell'integrazione europea

Per introdurre una riflessione sulle interazioni tra giudice comune nazionale (con specifica attenzione alla Corte di cassazione), Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'attuale stato dei processi di integrazione europea, mi pare utile partire da una citazione.

Alcuni anni fa Maria Rosaria Ferrarese, nel suo libro *Diritto sconfinato* (Laterza, 2006), dedicato all'analisi delle forme con cui il diritto sovranazionale ed il diritto transnazionale superano o eludono i confini statali e rimodulano le relazioni tra diritto e politica e tra diritto e tecnica, usò una bella metafora, distinguendo tra diritto-ragno e diritto-ape.

Il diritto-ragno – tipico delle tradizioni dei moderni stati nazionali europei, caratterizzati dal monopolio statale del diritto – era quello che, al pari, appunto, di un ragno, «stava ben radicato sul suo territorio, era statico ed autopoietico, e la sua tela non ammetteva intrusioni da parte di elementi estranei»; il diritto-ape – tipico del mondo pre-moderno e, secondo Maria Rosaria Ferrarese, riemergente nella presente fase storica – per contro, è invece (al pari, appunto, di un'ape) «instancabile, sempre in movimento, che cerca di nutrirsi proprio di elementi diversi e che vive di contatti numerosi e variabili con altri mondi (...) un diritto che sembrano non volersi privare dell'ironico pendolarismo tra il grande e il piccolo, il nobile e il vile, che consente di vedere la verità umana contemporanea nelle sue contraddizioni e nelle sue illusioni».

Ma la citazione con cui intendo introdurre la mia riflessione non è questa di Maria Rosaria Ferrarese. È un'altra, ed è di Massimo Luciani, il quale nel dicembre dello scorso anno, intervenendo a Roma in un convegno sul tema della cooperazione tra le giurisdizioni superiori, chiuse la propria relazione (intitolata *Le istituzioni e la certezza del diritto*), con la seguente frase: «Potremo anche vivere una fase storica di “diritto ape”, per utilizzare la formula ripresa da Maria Rosaria Ferrarese, ma la questione è: l'ape può posarsi dove vuole o esiste un ordine del suo volo? Chi apprezza questa globalizzazione dirà di no. Chi non la condivide e ha una precisa idea della supremazia della Costituzione dirà di sì. E dirà che è proprio sulla Costituzione che l'ape, anzitutto, deve posarsi» [\[1\]](#).

Perché parto da questa citazione? perché in questa frase Massimo Luciani riesce a condensare, con felice sintesi (e prendendo chiaramente partito), il nucleo di una tensione tra giudice comune, giudice costituzionale e corti sovranazionali che segnerà, a me pare, il prossimo futuro dei processi di integrazione europea ed il ruolo che in tali processi è chiamato a svolgere il giudice nazionale.

Una tensione che, penso di poter affermare, dimostra come anche nelle riservate stanze dei “chierici” – intendo dire, nelle stanze dei giuristi accademici, dei magistrati ordinari ed amministrativi, dei giudici costituzionali – stia entrando con crescente forza il venticello – ormai più che un venticello, sembra una brezza tesa – dell'insofferenza che attraversa fasce via via più ampie della società italiana verso l'Europa, verso i suoi vincoli, verso le sue regole, verso le sue pretese; da ultimo, ma non per ultimo, verso i suoi giudici (chi può dimenticare la frase «certe istituzioni dovrebbero essere chiuse» con cui il vice-presidente del Consiglio dei ministri, sen. Salvini, ha commentato la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, conclusiva della vicenda di Punta Perotti?).

Fino a poco tempo fa il clima era diverso.

Per la precisione, il clima era molto diverso con riguardo alla interazione fra diritto interno e diritto dell'Unione europea giacché questa interazione era percepita come assai più fluida e “amichevole” rispetto a quella tra diritto interno e diritto convenzionale (Carta Edu).

Il rapporto tra i giudici nazionali e la Carta Edu è sempre stato meno fluido del rapporto fra i giudici nazionali e il diritto dell'Unione europea.

Ciò dipende in primo luogo dal meccanismo stesso di intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alle controversie portata al suo giudizio; tale meccanismo, a differenza dall'intervento realizzato dalla Cgue tramite il rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tfu, è successivo e non preventivo rispetto alla decisione del giudice nazionale, giacché postula l'esaurimento delle vie di ricorso interno. Conseguentemente, detto intervento si risolve nell'accertamento di una violazione dei diritti umani a cui non è stato posto rimedio all'esito dei ricorsi interni e, pertanto, assume un valore inevitabilmente censorio nei confronti dello Stato convenuto in giudizio davanti

alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e talvolta, almeno implicitamente, dei giudici di quello Stato.

Tutto ciò rende innegabilmente meno agevole la formazione di un clima di fiducia e cooperazione tra la Corte Edu e giudici nazionali.

Sotto altro aspetto, qualche difficoltà alla formazione di una relazione fluida e collaborativa tra giudici nazionali e Corte Edu discende dalle stesse modalità di incidenza del diritto convenzionale nell'ordinamento interno.

Il *corpus* normativo contenuto nella Cedu, infatti, interagisce con l'ordinamento interno attraverso il meccanismo del controllo accentrato di costituzionalità e, come osservato da Roberto Conti [\[2\]](#), ciò implica che l'incidenza di tale *corpus* sul diritto interno è più traumatica dell'incidenza del diritto dell'Unione europea, giacché, il contrasto tra una norma interna e una norma della Cedu non può essere apprezzato direttamente dal giudice comune, con effetti limitati alla controversia al medesimo devoluta, ma deve essere apprezzato dalla Corte costituzionale, con effetti *erga omnes*, mediante il meccanismo del controllo accentrato di costituzionalità. Ciò, da un lato, “drammatizza” il contrasto tra norma interna e norma della Cedu e, d'altro lato, imbriglia il controllo di legittimità convenzionale nei rigorosi limiti di ammissibilità e rilevanza del giudizio incidentale di costituzionalità, sottraendo al giudice comune quote di potere decisionale che, invece, egli mantiene quando ravvisi un contrasto tra una norma interna e una norma euro-unitaria.

Infine non può sottacersi come il dovere del giudice comune di offrire una interpretazione del diritto interno “convenzionalmente orientata” – ossia il dovere di scegliere, tra i possibili significati normativi estraibili dalla disposizione nazionale, quello compatibile con il diritto della Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte Edu – risulti fortemente affievolito dai principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015.

Tale sentenza, come è noto, richiamando un proprio precedente che valorizzava il ruolo del giudice nazionale comune come interprete “in prima battuta” della Carta Edu (sent. n. 349/2007; l'affermazione si ritrova, successivamente, anche in Corte cost. n. 68/2017), ha affievolito grandemente la soggezione di tale giudice all'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte Edu, limitando tale soggezione alle ipotesi in cui sussista una giurisprudenza della Corte Edu qualificabile come consolidata, con conseguente esenzione del giudice nazionale dal dovere di “conformarsi” a sentenze della Corte Edu che:

- enuncino principi “creativi” rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea;
- contengano punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo;
- siano corredate da opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni;
- promanino da una sezione semplice e non abbiano ricevuto l'avallo della Grande Camera;
- siano state emesse all'esito di un giudizio in cui si possa dubitare che la Corte Edu sia stata posta in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Tutt'altre “regole di ingaggio” sono invece quelle che presidiano la relazione tra il giudice nazionale comune e la Corte di giustizia dell'Unione europea; a differenza dal diritto convenzionale, il diritto eurounitario, quando deve entrare in Italia in maniera più incisiva di quanto consentito dall'interpretazione «euro unitariamente orientata» (pur sempre limitata dalla insuperabile barriera del carapace linguistico della disposizione interna da interpretare), e risulti espresso in disposizioni suscettibili di applicazione diretta, non ha bisogno di passare dal pesante portone del palazzo della Consulta. Esso entra attraverso la porta del giudice comune, ossia la porta delle centinaia e centinaia di uffici giudiziari italiani – ordinari, amministrativi, contabili – mediante il meccanismo della non applicazione della norma interna contrastante con quella euro-unitaria; tale meccanismo, in cui si sostanzia il principio del primato del diritto eurounitario, si impernia essenzialmente, insieme ai suoi due corollari dell'obbligo di interpretazione eurounitariamente conforme e del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, sul giudice comune nazionale.

Si tratta di un meccanismo particolarmente duttile, perché ha come priorità non la rimozione di una disposizione giuridica interna, bensì l'impedimento del pregiudizio che da tale disposizione possa derivare alla parte in causa. Esso, pertanto, risulta assai meno invadente e traumatico del meccanismo, legato all'incidente di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost., attraverso il quale il diritto convenzionale incide nel diritto interno. Il meccanismo della non applicazione della norma interna contrastante con il diritto eurounitario, scrive Roberto Conti «alleggerisce il compito del giudice, lasciandogli in futuro la possibilità di rivedere la sua posizione, ma anche di modularla nel modo migliore rispetto al singolo caso, di applicare la regola Ue interpretando esso stesso il contesto normativo interno del quale calare la sua decisione» [3]. D'altra parte, anche il rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tfu risulta essere un meccanismo assai più “amichevole” del ricorso alla Cedu, perché agisce non in via repressiva ma in via preventiva, tende non a sanzionare la giurisdizione nazionale ma ad offrire una interpretazione della norma eurounitaria che poi competerà pur sempre al giudice nazionale calare della concretezza della fattispecie al suo esame.

In definitiva, il diritto dell'Unione europea “viene detto”, diventa *juris dictio*, per bocca dei giudici comuni degli stati membri, prima ancora che per bocca della Corte di giustizia dell'Unione europea; ed è proprio questo che ha determinato il clima, che abbiamo segnalato, di reciproca cooperazione e, direi, di confidenza tra giudice nazionale e Cgue nonché, in definitiva, il “successo” del diritto dell'Unione europea, vale a dire, per citare ancora volta Roberto Conti, «la straordinaria sinergia fra il giudice nazionale e la Corte di giustizia e, al tempo stesso, fa diritto interno e diritto Ue», che ha consentito ai due sistemi di «veleggiare fianco a fianco su acque relativamente tranquille, solo di rado agitate, come sembrano essere divenute dopo l'affaire Taricco» [4].

Ed allora – e qui vengo al nodo della mia riflessione – cosa si è rotto in quest'armonia? Quale tensione è emersa nel rapporto tra giudice comune, giudice costituzionale e giudice eurounitario per indurre un costituzionalista dell'autorevolezza di Massimo Luciani a richiamare all'ordine l'ape del diritto, esortandola a posarsi, prima di tutto, sulla Costituzione italiana?

La tensione, in estrema sintesi, ruota attorno alle modalità della incidenza delle norme della Cdfue nel diritto interno e la problematicità discende dal rilievo che tali norme, per un verso, sono norme di diritto eurounitario, perché il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ha equiparata ai Trattati la Cdfue, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e, per altro verso, hanno un contenuto di impronta tipicamente costituzionale, giacché i principi e i diritti ivi enunciati intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri. Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione; caso che, in realtà, è sostanzialmente

fisiologico, perché la maggior parte dei diritti presidiati dalla Cdfue trova garanzia anche nella nostra Costituzione.

Il punto è, quindi, che, per la primazia del diritto dell'Unione, il giudice nazionale investito di una controversia in una materia rientrante nell'ambito oggettivo di applicazione del diritto dell'Unione che rilevi un contrasto tra una norma interna e una norma della Cdfue avente efficacia diretta deve disapplicare la norma interna; ma, così facendo, sottrae quella norma interna al controllo (ed al potere di caducazione *erga omnes*) della Corte costituzionale; e ciò anche quando, come normalmente avviene, il diritto fondamentale presidiato dalla Cdfue venga presidiato anche da una norma della Costituzione italiana.

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

Detta tensione è stata illustrata sul piano teorico verso la fine dell'anno scorso in un articolo di Augusto Barbera sulla rivista *on-line* dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (dove si parla esplicitamente di un effetto di “traboccamento” della carta di Nizza e conseguente delegittimazione delle corti costituzionali nazionali) [\[5\]](#) ed è stata affrontata sul piano giurisdizionale nella sentenza 14 dicembre 2017 n. 269 della Corte costituzionale. Con tale sentenza la Corte costituzionale ha “battuto un colpo”, riappropriarsi della propria centralità nella dinamica tripolare tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea.

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

In sostanza, con la sentenza n. 269/07, la Corte costituzionale ha rivendicato la natura accentrata del controllo di costituzionalità previsto dall'articolo 134 della Costituzione, e – per riprendere la metafora usata sopra – ha chiuso al diritto eurounitario avente contenuto costituzionale le porte del giudice comune e lo ha costretto a passare, per entrare in Italia, solamente dal portone del palazzo della Consulta.

La sentenza n. 269/2017 è stata naturalmente seguita da un vivacissimo dibattito che ha visto contrapposti i sostenitori della soluzione proposta dalla Corte costituzionale – che hanno salutato con favore l'introduzione di un meccanismo che consenta di pervenire alla rimozione con efficacia *erga omnes* delle norme interne contrastanti con diritti garantiti (oltre che dalla Cdfue anche) dalla Costituzione italiana – agli avversari della suddetta soluzione, che hanno evidenziato come l'introduzione dell'obbligo di sollevare l'incidente di costituzionalità in relazione a norme interne delle quali si sospetti il contrasto tanto con la Cdfue quanto con la Costituzione italiana vulneri il cuore del primato del diritto dell'Unione europea (e, come sopra si è cercato di evidenziare, la ragione del suo “successo”), ossia la diretta applicabilità di tale diritto da parte del giudice comune nazionale, pur quando esso risulti incompatibile con una norma interna (che tale giudice, conseguentemente, dovrebbe disapplicare, senza essere tenuto ad attenderne la caducazione ad opera della Corte costituzionale). Non è peraltro mancato, anche tra quanti si sono espressi criticamente nei confronti di detta sentenza, chi [\[6\]](#) ha apprezzato che la Corte costituzionale, ai fini del riconoscimento della efficacia diretta delle norme eurounitarie nell'ordinamento interno, abbia sostituito il criterio strutturale – vale a dire, l'autoapplicatività o la non autoapplicatività delle norme, che dipende dal modo di essere dei relativi enunciati e dal loro vario prestarsi per le esigenze della pratica giuridica – con «il criterio assiologico-sostanziale, che attiene alla capacità delle norme d'incarnare i valori fondamentali dell'ordinamento, di darvi voce ed assicurarne l'inveramento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – nell'esperienza»; detto altrimenti, il criterio del carattere “materialmente costituzionale” di una norma.

Non è questa la sede per approfondire i profili strettamente tecnici dei problemi posti dalla sentenza n. 269/17 e per verificare l'effettiva compatibilità della stessa con il principio del primato del diritto eurounitario.

A sostegno di tale compatibilità nella sentenza n. 269/2017 viene richiamato l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 11 settembre 2014 *A c. B e altri*, C-112/13, laddove si afferma che il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 267 Tfue, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che imponga ai giudici ordinari di sollevare incidente di costituzionalità, qualora ritengano che una legge nazionale sia contraria a disposizione della Cdfue, «se i suddetti giudici ordinari restano liberi di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

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

Da ultimo – in una vicenda nella quale il Consiglio di Stato italiano, dopo aver sollevato una questione di legittimità costituzionale giudicata infondata dalla Corte costituzionale, aveva proposto un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 Tfue chiedendo ai giudici di Lussemburgo se, dopo la sentenza della Consulta, fosse possibile sperimentare il rinvio pregiudiziale sulla portata della Carta Ue – la Corte di Giustizia, nella sentenza *Global Starnet Ltd* del 20 dicembre 2017, ha ancora una volta

affermato che «l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte».

La questione della compatibilità del meccanismo indicato dalla sentenza n. 269/17 con i principi del diritto eurounitario resta quindi ancora aperta e, probabilmente, sul punto c'è da aspettarsi ulteriori precisazioni e puntualizzazioni da parte della stessa Corte costituzionale, quantomeno con riferimento al passaggio obiettivamente più equivoco di quella sentenza, là dove, richiamando i precedenti della Corte di giustizia, riconosce come il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità non possa impedire al giudice comune di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritenga contraria al diritto dell'Unione; in tal modo limitando, parrebbe, il potere del giudice nazionale di disapplicare una norma che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale, in quanto in contrasto con la Cdfue, all'ipotesi in cui tale contrasto involga profili diversi da quelli sottoposti al vaglio della Corte costituzionale.

D'altra parte non si può escludere che qualche giudice nazionale decida di prendere la strada di un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 Tfeue* espressamente volto a chiedere alla Corte di giustizia se il diritto dell'Unione osti al meccanismo di risoluzione della doppia pregiudizialità – costituzionale ed eurounitaria – disegnato nella sentenza n. 269/17.

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

La prima risposta del giudice nazionale di legittimità è stata quella di dare pienamente seguito alle indicazioni fornite nella sentenza n. 269/17.

Con l'ordinanza della Seconda Sezione n. 3831 del 16 febbraio 2018 la Corte di cassazione – di fronte un duplice caso di doppia pregiudizialità, concernente due distinte ed autonome disposizioni del decreto legislativo n. 58/1998 (T.U.F.), entrambe sospettate di ledere diverse disposizioni della Cdfue e della Costituzione italiana – ha sollevato la questione di legittimità costituzionale.

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

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

costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui (secondo il giudice comune o la Corte di giustizia Ue, dal medesimo adita) la norma interna contrasti con la Cdfue in relazione ai medesimi profili che la Corte costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale).

La Cassazione ha in sostanza, con l'ordinanza 3831/18 (definita «atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza» da Lucia Serena Rossi) [\[7\]](#), aperto un tavolo di discussione con la Corte costituzionale, segnalandole le criticità che essa ravvisa nel percorso argomentativo della sentenza n. 269/17.

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

La via del dialogo diretto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale non è stata, invece, scelta dalla Sezione lavoro della stessa Cassazione, che, con due pronunce pubblicate a pochi giorni di distanza l'una dall'altra (sentenza n. 12108 del 17 maggio 2018 e ordinanza n. 13678 del 30 maggio 2018), ha tracciato una strada alternativa a quella percorsa dalla seconda Sezione della suprema Corte.

Con la sentenza n. 12108/18 la Cassazione ha ritenuto immediatamente disapplicabile, senza necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità, una normativa interna contrastante con il divieto di discriminazione tra uomo e donna; ciò sulla base di tre argomenti. In primo luogo si è evidenziato che il contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione europea aveva già formato oggetto di accertamento da parte della Corte di giustizia, precedentemente investita dalla stessa Cassazione con rinvio pregiudiziale disposto nell'ambito di quel medesimo procedimento; in secondo luogo si è sottolineato che la sentenza n. 269/17 non aveva «natura obbligatoria per il giudice ordinario, offrendo solo una proposta metodologica», in quanto l'indicazione, ivi contenuta, sulla necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nel caso di una norma che apparisse in contrasto tanto con la Costituzione italiana quanto con la Carta dei diritti fondamentali costituiva mero *obiter dictum*; in terzo luogo si è argomentato che la Corte di giustizia aveva accertato il contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione, per violazione del divieto di discriminazione diretta per ragioni di sesso, sulla base del solo articolo 14 della direttiva 2006/54, senza attribuire di alcun concreto rilievo decisivo all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Con la suddetta sentenza n. 12108/18 la Cassazione ha, in effetti, eluso il tema posto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/17, sostanzialmente affermando che la relativa pronuncia – oltre che di per sé stessa non vincolante, in quanto espressa in un *obiter* – non era comunque rilevante nella fattispecie sottoposta al suo esame, non venendo ivi in rilievo un contrasto tra la disposizione interna e la Cdfue, in quanto il diritto a non essere discriminati per sesso risultava tutelato già dalla direttiva 2006/54. In sostanza – secondo il ragionamento che ha condotto la Cassazione, nella sentenza n. 12108/18, a non sollevare l'incidente di costituzionalità – la protezione riconosciuta al diritto alla non discriminazione per sesso dalla direttiva 2006/54 coprirebbe quella di cui all'articolo 21 Cdfue, quasi che la Carta dei diritti fondamentali venga “schermata” dalla direttiva, in guisa da sottrarre tale diritto alla “materia costituzionale” e, quindi, al controllo accentrato di costituzionalità richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/17.

Se con la sentenza n. 12108/18 la Cassazione ha sviluppato il proprio ragionamento su un piano che le consentiva di evitare il confronto diretto con la sentenza n. 269/17, con la successiva ordinanza n. 13678/18 quel confronto si è invece aperto in maniera chiara. Il giudice di legittimità, infatti, dubitando della compatibilità di una norma interna con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 e nell'articolo 21 Cdfue, ha proposto il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea evocando non soltanto la direttiva 2000/78 ma anche l'articolo 21 Cdfue e dando espressamente atto di non ritenere necessario seguire le indicazioni rivolte dalla Corte costituzionale al giudice ordinario nella sentenza n. 269/2017.

Anche nell'ordinanza n. 13678/18 la scelta di non sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna, proponendo immediatamente rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 Tfu, viene motivata con un triplice ordine di ragioni. In tale ordinanza, infatti, in primo luogo si ribadisce la natura di *obiter* delle indicazioni contenute nella sentenza n. 269/2017; in secondo luogo si valorizza il passaggio della sentenza n. 269/2017 che fa comunque salvo il potere del giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE; in terzo luogo si argomenta che, nella specie, il dialogo diretto con la Corte di giustizia doveva considerarsi «lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali».

L'ordinanza n. 13678/18 sembra quindi contrapporre all'assolutezza del criterio fissato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269/17 – alla cui stregua il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale ogni qualvolta una norma sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali – un criterio duttile di scelta dell'interlocutore da parte del giudice ordinario, fondato sulla verifica, caso per caso, della prevalenza degli aspetti concernenti il rispetto del diritto dell'Unione o della prevalenza degli aspetti concernenti profili nazionali. In tale ordinanza la Cassazione – forse anche per la consapevolezza del dovere di attivazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia che sulla stessa incombe, nella sua qualità di giudice di ultima istanza, ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 Tfu – marca indubbiamente il punto di maggiore (e più esplicita) distanza dall'*obiter* della sentenza n. 269/17. Va peraltro evidenziato come anche nell'ordinanza n. 13678/18 il giudice di legittimità eviti l'apertura di un conflitto aperto con la Corte costituzionale, in quanto, per un verso, mantiene il percorso argomentativo della decisione comunque ancorato all'esegesi (sia pure “selettiva”, come nota Lucia Serena Rossi) [8] della sentenza n. 269/17 e, per altro verso, non investe la Corte di giustizia di alcun quesito in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione del meccanismo disegnato nella sentenza n. 269/17 per la risoluzione della doppia pregiudizialità, costituzionale ed eurounitaria.

È chiaro che, a fronte della pluralità di posizioni emergenti all'interno della stessa Corte di cassazione, sarà cruciale la risposta che la Corte costituzionale riterrà di dare alla ordinanza n. 3831/18; e sarà una risposta, a me pare, che – per la natura del giudice da cui proverrà, per la materia che tratterà e per il contesto politico e culturale in cui si inserirà – non sarà, e non potrà essere considerata, una risposta di carattere esclusivamente tecnico-giuridico. Sarà, e dovrà essere considerata, una risposta che esprimerà scelte valoriali. Scelte che diranno molto non solo sul ruolo del giudice nazionale nel futuro dell'integrazione europea, ma anche sul modo in cui la Corte costituzionale – e la cultura giuridica italiana che in essa si esprime – guarda al futuro dell'Europa ed alle rotte che deve seguire il volo dell'ape del diritto.

[1] M. Luciani, *Le istituzioni e la certezza del diritto*, 18 dicembre 2017, http://www.italiadecide.it/public/documenti/2017/12/20122017_M_Luciani.pdf

[2] R. Conti, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in questa *Rivista on-line*, 12 maggio 2017, http://questionegiustizia.it/articolo/la-giurisdizione-del-giudice-ordinario-e-il-diritto-ue_12-05-2017.php

[3] Art. cit.

[4] Ibid.

[5] A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, in *Rivista Aic*, <http://www.rivistaaic.it/la-carta-dei-diritti-per-un-dialogo-fra-la-corte-italiana-e-la-corte-di-giustizia.html>

[6] Vds. A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, in *Rivista di diritti comparati*, 18 dicembre 2017, <http://www.diritticomparati.it/rivista/svolta-della-consulta-sulle-questioni-di-diritto-eurounitario-assiologicamente-pregnanti-attribuite-nellorbita-del-sindacato-accentrato-di-costituzionalita-pur-se-riguardanti-norme-dell/>

[7] Vds, L.S. Rossi, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, <https://bit.ly/2N2r4LA>

[8] Art. cit.

1 ottobre 2018