

Rivista N°: 1/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 18/02/2020

AUTORE: Chiara Amalfitano*

IL RAPPORTO TRA RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA E RIMESSIONE ALLA CONSULTA E TRA DISAPPLICAZIONE E RIMESSIONE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA “COMUNITARIA” E COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Il rapporto tra giudici comuni, Corte di giustizia e Corte costituzionale nell'attuale panorama giurisprudenziale e la sua possibile evoluzione. – 2. La doppia pregiudiziale (“comunitaria” e costituzionale) in caso di presunta violazione di un diritto fondamentale della persona: la configurabilità di un ordine di priorità tra rinvio pregiudiziale e rimessione al giudice delle leggi? – 3. (segue): L'obbligo (e la precedenza?) del rinvio pregiudiziale di validità e del rinvio di interpretazione ad opera del giudice di ultima istanza. – 4. (segue): Il giudice non di ultima istanza: (anche in tal caso) una valutazione della priorità caso per caso e la possibilità di una contestuale rimessione alle due Corti. – 5. Il rapporto tra obbligo di disapplicazione (di regola, a seguito di rinvio pregiudiziale) e rimessione alla Consulta. – 6. (segue): l'opportunità (necessità?) di una rimessione alla Consulta a seguito di rinvio pregiudiziale. – 7. Riflessioni conclusive.

1. Il rapporto tra giudici comuni, Corte di giustizia e Corte costituzionale nell'attuale panorama giurisprudenziale e la sua possibile evoluzione.

L'intervento della Corte costituzionale nel famoso *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017¹, pur come noto ridimensionato dalla giurisprudenza successiva – *in primis* dalla

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ *Obiter dictum* che, senza rischio di incorrere in errore, credo possa considerarsi il più commentato in 70 anni di giurisprudenza costituzionale: per tutti, v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, 3, p. 234 ss., www.diritticomparati.it; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 dicembre 2017, www.forumcostituzionale.it; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2018, p. 280 ss., www.diritticomparati.it; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2958 ss.; F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1, www.osservatoriosullefonti.it; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea*

sentenza n. 20/2019², poi seguita dalla sentenza n. 63/2019³ e dall'ordinanza n. 117/2019⁴) – ha dato avvio ad una nuova stagione del rapporto “triangolare” tra giudici comuni, Corte di giustizia e Consulta (stagione, a ben vedere, inaugurata dall'ordinanza n. 207/2013, con cui il giudice delle leggi si riconosce «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE⁵) e altresì, potrebbe ritenersi, ad una nuova configurazione dei rapporti tra ordinamento nazionale e dell'Unione europea, nettamente distinta da quella risultante dalla consolidata (e ormai ultratrentennale) giurisprudenza *Granital*⁶.

Nel menzionato *obiter dictum* la Consulta afferma 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 [nel prosieguo: CdfUE] in ambito di rilevanza comunitaria», il giudice comune *debba* rivolgersi *innanzitutto* al giudice delle leggi, per tale via configurando quella che è stata definita *un'inversione*

di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro italiano*, 2018, I, c. 2227 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 gennaio 2018, www.forumcostituzionale.it; 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, www.forumcostituzionale.it; Id., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, 7 maggio 2018, in *Rivista AIC*, www.osservatorioaic.it; 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*, in *Federalismi*, 31 gennaio 2018, www.federalismi.it.

² Su cui v. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, 25 febbraio 2019, 1, p. 113 ss., www.giurcost.org; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019, www.questionegiustizia.it; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustiziainsieme.it*, 4 marzo 2019, www.giustiziainsieme.it; O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 434 ss.; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20/2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 87 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 23 settembre 2019, www.rivistaaic.it.

³ Su cui v. M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019, www.penalecontemporaneo.it; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 27 ss., www.aisdue.eu.

⁴ Su cui v. A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, 13 maggio 2019, 2, p. 242 ss., www.giurcost.org; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2019, www.osservatorioaic.it.

⁵ *Amplius*, sul cambio di rotta quanto alla doppia pregiudiziale riconducibile al cambio di impostazione di cui all'ordinanza n. 207/2013 dove la Consulta si riconosce «giurisdizione» (di ultima istanza) ex art. 267 TFUE, sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2, www.osservatoriosullefonti.it, spec. p. 11 ss. Anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi*, 10 luglio 2019, www.federalismi.it, spec. p. 9 ss., sottolinea come l'*obiter dictum* (come poi temperato dalla successiva giurisprudenza costituzionale del 2019) devii non tanto da *Granital* (v. *infra*, in questo par., nel testo) quanto dalla ordinanza 29 dicembre 1995, n. 536 (sull'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale che poneva anche dubbi di compatibilità comunitaria), sulla scia del *revirement* quanto alla configurabilità della Consulta quale giurisdizione nazionale ex art. 267 TFUE, e che tale *revirement* rappresenti l'elemento essenziale dell'evoluzione giurisprudenziale in esame.

⁶ V. C. cost., 8 giugno 1984, n. 170.

della “regola” della doppia pregiudizialità⁷, in virtù della quale invece, secondo giurisprudenza costituzionale consolidata, la questione di compatibilità “comunitaria” costituisce un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di costituzionalità⁸. In un sistema come quello italiano «che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale»⁹, «le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità*¹⁰ di un intervento *erga omnes*» della Corte costituzionale. La disapplicazione – *rectius*, non applicazione – da parte del giudice comune della norma interna confliggente con diritti enunciati nella CdfUE che «intersecano in larga misura» quelli garantiti dalla Costituzione (disapplicazione che può realizzarsi eventualmente all’esito di un rinvio pregiudiziale che attesti l’efficacia diretta della norma della CdfUE¹¹) *trasmoderebbe* infatti in un «sindacato diffuso di costituzionalità della legge» che la Corte costituzionale considera «inammissibile», perché il giudice comune non può sostituirsi al giudice delle leggi nella verifica della compatibilità di una norma nazionale con i diritti tutelati (anche) dalla nostra Carta costituzionale¹².

La presa di posizione della Consulta – come evidenziato in dottrina – pare finalizzata a consentirle di riacquisire (i) centralità nella tutela dei diritti fondamentali e (ii) il ruolo di cui essa si era, volontariamente (peraltro) privata, escludendosi dal dialogo diretto con la Corte di giustizia¹³, dialogo che invece le permette di porsi come interlocutore (più) qualificato e autorevole nella formulazione dei quesiti pregiudiziali, altresì contribuendo «per la propria parte»

⁷ V. il titolo del contributo di G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit. La dottrina è sostanzialmente unanime nel raffigurare tale inversione ad opera dell’*obiter dictum*.

⁸ Per cui spetta al giudice comune rivolgersi, innanzitutto, al giudice del Kirchberg per risolvere la questione di compatibilità comunitaria e rimettere poi la questione alla Consulta laddove residuassero, dopo la risposta di Lussemburgo, dubbi di costituzionalità. La prima pronuncia in cui si impiega tale espressione è l’ordinanza di C. cost., 28 dicembre 2006, n. 454, seguita dalla sentenza 13 luglio 2007, n. 284. Ben più risalente, tuttavia, è scelta della Corte costituzionale di dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale che ponesse anche dubbi di compatibilità comunitaria o di restituire gli atti al giudice *a quo*, perché valutasse innanzitutto (con l’eventuale ausilio della Corte di giustizia) la contrarietà della norma interna a quella comunitaria: v., ad esempio e rispettivamente, C. cost., ordinanze 26 marzo 1990, n. 144, 30 luglio 1992, n. 391 e ordinanze 29 dicembre 1995, n. 536, 26 luglio 1996, n. 319. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza v., in particolare, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, costituzionale e comunitaria*, in *Foro italiano*, 1997, V, c. 222 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1193 ss.

⁹ Che potrebbe rilevare come elemento della «struttura fondamentale, politica e costituzionale» che costituisce l’identità nazionale dello Stato ex art. 4, par. 2, TUE: v., per tutti, G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi*, 23 maggio 2018, www.federalismi.it, p. 20; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 92.

¹⁰ Corsivo aggiunto.

¹¹ Si tratta di ipotesi che si è verificata, negli ultimi tempi, sempre più frequentemente. V., per tutte, Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, dove si dichiara l’effetto diretto (anche orizzontale) dell’art. 21 CdfUE con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; e 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871, nonché causa C-684/16, *Max Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874, dove si riconosce l’effetto diretto (anche in tal caso anche orizzontale) dell’art. 31, par. 2, CdfUE sul diritto alle ferie annuali retribuite.

¹² R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all’«accentramento»*, cit., p. 2227, evidenzia come la Consulta abbia finito per essere scavalcata, se non sostituita, dai giudici comuni nel ruolo di garante dei diritti fondamentali sia attraverso la tecnica, pur sollecitata, dell’interpretazione conforme, sia in conseguenza dell’utilizzo del rinvio pregiudiziale come strumento finalizzato non tanto ad assicurare l’uniforme interpretazione del diritto dell’Unione (secondo la sua stessa *ratio* istitutiva), ma piuttosto a controllare di fatto la conformità ad esso del diritto nazionale.

¹³ V. giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale citata *supra* alla nota 8 e, *amplius*, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit.

alla “definizione” (ad opera della Corte di giustizia) delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, chiarendo, meglio dei giudici comuni – come la “saga” *Taricco* dimostra – le specificità del nostro ordinamento costituzionale¹⁴. Ancora, il nuovo approccio del giudice delle leggi (*iii*) mira ad assicurare certezza del diritto ed evitare disparità di trattamento, la sua pronuncia essendo dotata di quell’efficacia *erga omnes* che manca alle decisioni dei giudici comuni.

A fronte di numerose critiche in dottrina e di differenti reazioni giurisprudenziali¹⁵, la Corte costituzionale ha ridimensionato, come accennato, il nuovo approccio, in particolare, trasformando la doverosità della previa rimessione alla Corte costituzionale in una “mera” *opportunità*¹⁶, e di conseguenza rendendo *l’inversione della doppia pregiudiziale non più necessaria, ma soltanto possibile*; ed *eliminando* la nota e assai criticata *interpolazione* della giurisprudenza *Melki e Abdeli* e *A* della Corte di giustizia¹⁷, interpolazione in virtù della quale la disapplicazione della disposizione interna che sia stata ritenuta costituzionalmente legittima sarebbe stata possibile, secondo la Consulta, soltanto laddove essa si considerasse contraria al diritto dell’Unione «*per altri profili*», ovvero per aspetti diversi da quelli già valutati dal giudice

¹⁴ V., da ultimo, il punto 2 del considerato in diritto dell’ordinanza n. 117/2019. Nell’*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 la formulazione del passaggio in questione era più ambigua, facendo ipotizzare che il giudice delle leggi intendesse imporre alla Corte di giustizia la propria lettura delle tradizioni costituzionali comuni (sia consentito il rinvio a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Legislazione Penale*, 4 febbraio 2019, www.lalegislazionepenale.eu, spec. p. 20). Ancora rispetto alla sentenza n. 20/2019 critico su questo punto v., ad esempio, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale*, cit. Tuttavia, a partire da tale pronuncia, la posizione della Consulta pare decisamente formulata in termini più “collaborativi”, nel senso di cui nel testo.

¹⁵ A ordinanze di rimessione alla Consulta (dopo la famosa ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831 della Cass., sez. Il civ., nel caso *Bolognesi c. CONSOB*, in parte risolta con la sentenza n. 112/2019 e in parte “sfociata” in un rinvio pregiudiziale della Consulta alla Corte di giustizia, con l’ordinanza n. 117/2019 che ha dato vita alla causa C-481/19, v., da ultimo, v. Cass., sez. lavoro, 17 giugno 2019, n. 16163 e n. 16164), si affiancano ordinanze di rinvio pregiudiziale (v., ad esempio, Cass., sez. lavoro, 30 maggio 2018, n. 13678; e sez. lavoro, ord. 10 gennaio 2019, n. 451) e casi di disapplicazione da parte del giudice comune, a valle di una pronuncia pregiudiziale (v., ad esempio, Cass., sez. lavoro, 21 febbraio 2018, n. 4223 e Cass., sez. lavoro, 17 maggio 2018, n. 12108). Per un’analisi delle reazioni giurisprudenziali v. L.S. Rossi, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi*, 1° agosto 2018, www.federalismi.it; A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell’integrazione europea*, in *Questione giustizia*, 1° ottobre 2018, www.questionegiustizia.it; C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *Federalismi*, 21 novembre 2018, www.federalismi.it; M. MASSA, *Dopo la precisazione. Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2, www.osservatoriosullefonti.it. Sia altresì consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit.

¹⁶ V. punto 2.1 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019.

¹⁷ V., rispettivamente, sentenze 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punti 45 ss., e 11 settembre 2014, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, punti 38 ss. Ivi, come noto, i giudici del Kirchberg riconoscono la compatibilità con il diritto dell’Unione della previa rimessione obbligatoria al giudice delle leggi, a patto che i giudici ordinari restino liberi (*i*) di sottoporre alla Corte di giustizia, «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»; (*ii*) di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione»; (*iii*) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove la ritengano contraria al diritto dell’Unione.

delle leggi¹⁸ (e, secondo certe letture proposte in dottrina, anche solo dopo che sia stato esperito il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che abbia riscontrato la menzionata, sostanziale, contrarietà¹⁹).

Oggi, in virtù del nuovo orientamento della Consulta, convivono così due tipologie di rapporto “triangolare” tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale: (a) quello classico di cui alla giurisprudenza *Granital* e (b) quello che potremmo definire della “269 temperata”, ovvero delineato nell’*obiter dictum* e poi in parte ridimensionato e in parte confermato (quanto alla rilevanza e, dunque, all’ammissibilità, della questione di costituzionalità che ponga anche profili di compatibilità comunitaria) nella giurisprudenza del 2019 sopra richiamata²⁰. Quest’ultimo introduce una deroga al primo (si è parlato di *lex specialis*²¹) quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e dalla CdfUE, ma anche – come chiarito dalla sentenza n. 20/2019 – dal diritto derivato dell’Unione europea, che non solo fornisce una *specificazione* o costituisce un’*attuazione* della norma della CdfUE, ma in senso inverso è “*modello*” per tale norma, *partecipando all’evidenza della sua stessa natura* (costituzionale)²².

¹⁸ V. punto 2.3 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019, dove si chiarisce che il rinvio pregiudiziale e così la disapplicazione della norma interna confliggente con il diritto dell’Unione *possa/debba* avvenire non soltanto «per altri profili», ma anche (e come è giusto che sia) sulla «medesima disciplina» oggetto di verifica da parte della Consulta. Un ulteriore passo verso il riallineamento alla giurisprudenza di Lussemburgo (quella richiamata alla nota precedente, ma anche esaminata *infra*, al par. 6) si compie con la sentenza n. 63/2019, dove al punto 4.3 del considerato in diritto si ribadisce «sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – che a questa Corte non può ritenersi precluso l’esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti» e si “chiarisce” che tutto ciò non pregiudica «il *potere* del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (corsivo aggiunto). Il passaggio, ancora suscettibile di qualche critica, viene correttamente precisato nell’ordinanza n. 117/2019, al cui punto 2 del considerato in diritto si afferma che il potere della Corte costituzionale di decidere nel merito la questione (dai requisiti di cui sopra) sottoposta lascia invariato il *potere* dei «giudici comuni [di] sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria», anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e, altresì, il loro *dovere* – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

¹⁹ V., ad esempio e tra i primi, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea*, cit., p. 6.

²⁰ Come più ampiamente ho illustrato nel richiamato contributo, *Il dialogo tra giudice comune*, l’innovazione essenziale del nuovo approccio della Consulta confermato nelle pronunce del 2019 consiste nel fatto che, in caso di doppia pregiudiziale, il giudice delle leggi che sia investito di una questione di costituzionalità che presenta anche profili di compatibilità comunitaria ritiene ammissibile la questione e la trattiene per l’esame del merito, potendo se necessario interpellare la Corte di giustizia direttamente con un rinvio pregiudiziale (come l’ordinanza n. 117/2019 dimostra).

²¹ D. GALLO, *Challenging EU Constitutional Law. The Italian Constitutional Court’s New Stance on Direct Effect and the Preliminary Reference Procedure*, in *European Law Journal*, 2019, presenta l’*obiter dictum* in esame appunto come «*lex specialis* della logica *Simmenthal-Granital*». R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1, p. 20 ss., www.osservatoriosullefonti.it, spec. p. 25, parla di nuova lettura dell’art. 11 Cost. rispetto a quella data in *Granital*, nel senso che si inverte, «nei casi in cui viene in rilievo l’applicazione della Carta, il rapporto regola/eccezione su cui quest’ultima [sentenza] si basava».

²² V. punto 2.1 del considerato in diritto. La sentenza n. 20, pur ridimensionando l’*obiter dictum* quanto alla doverosità/necessità della previa rimessione alla Consulta ed eliminando l’interpolazione di cui si è detto, estende

Ad un meccanismo consolidato di rapporti, quindi, che prevede il coinvolgimento della Corte costituzionale (previa eventuale rimessione alla Corte di giustizia) sulla base di un *criterio "funzionale"* legato alla natura (assenza di efficacia diretta) della norma dell'Unione che si considera violata (e salvo, naturalmente, l'intervento della Consulta in caso di controlimite)²³, si affianca un *meccanismo "assiologico, valoriale"* che ritiene opportuna la previa rimessione al giudice delle leggi ogniqualvolta sia in discussione la violazione di un diritto fondamentale e a prescindere dall'efficacia diretta della norma dell'Unione rilevante²⁴.

Il meccanismo assiologico testé indicato prevede il previo opportuno intervento della Consulta secondo uno schema sostanzialmente identico a quello applicato nel caso di contrasto del diritto interno con una disposizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (pur configurandosi in quest'ultimo caso un obbligo di rimessione al giudice delle leggi²⁵), di fatto degradando la CdfUE e il diritto dell'Unione che tutela diritti fondamentali a norma interposta di rango sub-costituzionale e finendo per snaturare l'autonomia della CdfUE e dell'ordinamento cui appartiene²⁶, il cui «sicuro ancoraggio»

i margini "materiali" del possibile intervento in prima battuta del giudice delle leggi. Il punto era stato oggetto di dibattito in sede di commento dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 (sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit., p. 15 ss., anche per riferimenti bibliografici), non essendo chiara l'ampiezza della deroga a *Granital*: perché prevedere una deviazione da tale modello solo se i diritti della persona sono tutelati dalla CdfUE (oltre che dalla Costituzione) e non anche dai corrispondenti principi generali? E perché non, appunto, anche da norme di diritto derivato dell'Unione che tutelino un diritto fondamentale? Senza dubbio questo approccio ampio tradisce in qualche modo la *ratio* che – nella ricostruzione della stessa Consulta – ha giustificato la sua presa di posizione nella sentenza n. 269, ovvero il fatto che la CdfUE avesse acquisito efficacia vincolante con Lisbona e natura tipicamente costituzionale (ma anche qui, nel senso che si tratta di presupposto errato del ragionamento della Corte, visto che già prima di Lisbona i diritti fondamentali erano tutelati in quanto principi generali, v. sempre C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit., p. 17 ss.). Tra i commentatori della pronuncia vi è chi ha contestato l'eccessiva ampiezza della nuova impostazione. Io credo che, tutto sommato, sia sensato che si guardi alla sostanza e non alla forma e, quindi, a ciò che viene tutelato e non al tipo di fonte che assicura la tutela, anche se questa impostazione amplia evidentemente le maglie dell'approccio "269 temperato".

²³ In *Granital* la disapplicazione, *rectius* non applicazione, opera nei casi di norme interne confliggenti con quelle comunitarie direttamente applicabili; in *Giampaoli* (v. Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168) la stessa impostazione si segue rispetto al conflitto con norme comunitarie dotate di effetto diretto (v. anche sentenza 2 febbraio 1990, n. 64). Si ricordi che la Consulta ha altresì sancito l'obbligo di disapplicazione rispetto a pronunce del giudice di Lussemburgo che precisano o integrano il significato di una norma comunitaria, affermandone la stessa efficacia immediata e, dunque, l'immediata applicabilità, in luogo delle norme nazionali confliggenti con quelle comunitarie così come interpretate dalla Corte a seguito di rinvio pregiudiziale (C. cost., 23 aprile 1985, n. 113), ma anche in esito ad una procedura di infrazione (C. cost., 11 luglio 1989, n. 389). Per una sintetica ed efficace rassegna della rilevante giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamenti e "triangolari" tra giudice comune, Corte di giustizia e giudice delle leggi v., da ultimo, D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 615 ss.

²⁴ Parla in proposito di criterio strutturale e di criterio assiologico-sostanziale A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., p. 238 ss. Lo stesso A. (*Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili tecnico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *I Post di Aisdue*, 2019, p. 219 ss., spec. p. 237) critica il funzionamento dell'art. 11 Cost. "a scomparsa", «che si proietta in primo piano sulla scena e pretende (giustamente...) di farsi valere, laddove si tratti di assicurare il rispetto di norme *self executing* non relative ai diritti, mentre è (o sarebbe...) obbligato a ritrarsi ed a cedere il campo al generale precetto di cui all'art. 134 nel caso che l'antinomia investa norme riguardanti, seppur indirettamente, i diritti stessi».

²⁵ V. C. cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349. Anche l'approccio "269 temperato" si potrebbe dunque considerare finalizzato ad assicurare il "predominio assiologico" della Costituzione (rispetto alla CEDU v. C. cost., 26 marzo 2015, n. 49).

²⁶ Evidenza tale snaturamento P. MORI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, in *Giustizia insieme*, aprile 2019, www.giustiziainsieme.it/; *amplius*, Id., *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di Aisdue*, 2019, p.

nel nostro ordinamento costituzionale resta l'art. 11 – e non (o prima, comunque che) l'art. 117 – Cost.²⁷.

Sulla base di tale premessa, è opportuno interrogarsi su due profili della possibile evoluzione dell'attuale panorama giurisprudenziale e dei due scenari di rapporto triangolare sopra descritti, in particolare verificando (i) se – in casi di doppia pregiudiziale “nascente”, ovvero in assenza di preve pronunce del giudice del Kirchberg e della Consulta, o qualora comunque quella del primo giudice necessiti di un ulteriore chiarimento – sia prospettabile un ordine di priorità fisso, come da alcuni suggerito, tra facoltà/obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE e rimessione alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge n. 87/1953 (v. parr. 2-4) e (ii) che tipo di correlazione vi è, o potrebbe/dovrebbe esservi, tra obbligo di disapplicazione ad opera del giudice comune – a fronte di un previo accertamento ad opera della Corte di giustizia dell'effetto diretto della norma dell'Unione rilevante, o comunque di norma dotata di diretta applicabilità – e rimessione alla Consulta (parr. 5-6). Tutto ciò essendo assolutamente cauti nel supportare – come pure fatto in dottrina (v. *infra*, par. 6) – qualsivoglia estensione della sfera di operatività dell'impostazione “269 temperata” che rischierebbe di ampliare la rivisitazione di *Granital*, sino eventualmente al punto di superarla completamente.

Non si approfondirà invece, se non incidentalmente – perché già oggetto di esame in altra sede²⁸ –, l'atteggiamento che dovrebbe tenere il giudice delle leggi nei confronti della Corte di giustizia qualora esso sia investito di una questione di legittimità costituzionale che presenti anche profili di compatibilità comunitaria.

2. La doppia pregiudiziale (“comunitaria” e costituzionale) in caso di presunta violazione di un diritto fondamentale della persona: la configurabilità di un ordine di priorità tra rinvio pregiudiziale e rimessione al giudice delle leggi?

55 ss. V. altresì A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 ss., spec. p. 17, che evidenzia come uno schema delle competenze che fosse alterato a favore del giudice nazionale delle leggi, e quindi una prima parola sempre e comunque della Consulta, sfocerebbe in una sorta di sovranismo giudiziario, che implicherebbe la retrocessione dell'ordinamento sovranazionale a mera organizzazione internazionale.

²⁷ V. C. cost., 24 giugno 2010, n. 227. Sulla diversità di fonti UE/CEDU e i loro rapporti con l'ordinamento italiano v., per tutte, C. cost., n. 80/2011, cit. e in dottrina, anche per altri riferimenti bibliografici, A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit. Al limite, credo sarebbe preferibile assimilare la CEDU alla CdfUE e coprire la prima con l'art. 11 Cost., benché restino innegabili le differenze tra i due ordinamenti sovranazionale e internazionale e, altresì, la Corte EDU mai abbia sancito l'effetto diretto delle norme convenzionali. Da ultimo, si interroga sull'opportunità di un approccio tendenzialmente “monistico” quanto ai rapporti della normativa nazionale con la CdfUE e la CEDU, facendo leva sull'identità dell'oggetto di tutela, ad esempio, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 481 ss. In tempi più risalenti, v., ad esempio, O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 16 dicembre 2009, www.forumcostituzionale.it.

²⁸ V. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., p. 21 ss.

Se nel sistema classico di doppia pregiudiziale, la prima parola è quella della Corte di giustizia e l'intervento della Consulta è di fatto circoscritto ai casi in cui, dopo la pronuncia del giudice di Lussemburgo, residui un dubbio di costituzionalità, nei casi di "269 temperata", dove entra in gioco la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo coperti tanto dalla Costituzione quanto dalla CdfUE o da altra norma di diritto dell'Unione che goda in sostanza della stessa natura costituzionale, la prima parola potrebbe spettare al giudice delle leggi: esso anzi, come visto, pur attenuando la più rigida presa di posizione di cui all'*obiter dictum*, ritiene che sia comunque *opportuno* che il giudice comune ricorra in prima battuta alla Consulta per le ragioni sopra (par. 1) sinteticamente esposte.

In questo panorama "attenuato" dove, dunque, l'inversione della doppia pregiudiziale è possibile ma non (più) doverosa (a parte che la doverosità era fissata da un *obiter dictum*, della cui vincolatività si discute in dottrina come in giurisprudenza), c'è chi sostiene che la preferenza e, quindi, la priorità debba essere comunque data alla Corte di giustizia²⁹, mentre altra dottrina argomenta che la precedenza debba in ogni caso essere garantita alla Consulta, il cui *obiter* e la cui successiva giurisprudenza non possono non essere presi sul serio³⁰. Del resto, diversamente dall'art. 267 TFUE che, almeno per i giudici non di ultima istanza, delinea una mera *facoltà* di rinvio pregiudiziale, l'art. 23 della legge n. 87/1953 declina il predicato verbale al presente da intendersi come "imperativo", in buona sostanza – secondo tale dottrina – *obbligando* il giudice comune *ad emettere* ordinanza di rimessione³¹: e siffatto dovere non potrebbe non prevalere sulla facoltà di cui al menzionato art. 267 TFUE.

Ma è davvero possibile o necessario configurare un ordine di priorità, rigido e pre-determinato, tra le due pregiudiziali, comunitaria e costituzionale, e, dunque, tra rinvio pregiudiziale e rimessione alla Corte costituzionale? È possibile, doveroso, opportuno elaborare linee guida per il giudice comune per indirizzarlo nella scelta della Corte da interpellare per prima? Secondo alcuni³² dovrebbe essere la Consulta a fornire istruzioni per l'uso, anche se – come ribadito dagli stessi giudici costituzionali in più occasioni pubbliche – non esistono strumenti idonei per reagire all'eventuale violazione di regole di priorità che fossero fissate dal giudice delle leggi.

²⁹ V., per tutti, A. RUGGERI, *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione*, in *Consulta Online*, 24 settembre 2019, 3, p. 495 ss., spec. p. 502 ss. www.giurcost.org.

³⁰ A favore della priorità della rimessione alla Corte costituzionale v., in particolare, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità*, cit., p. 16; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019, www.federalismi.it, p. 25 ss.; M. MASSA, *Dopo la precisazione*, cit.; P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in *Giustizia insieme*, ottobre 2019, www.giustiziainsieme.it; I. MASSA-PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, relazione provvisoria predisposta per il Seminario annuale Gruppo di Pisa (reperibile online sul sito della Associazione), 25 ottobre 2019.

³¹ La disposizione in parola recita: «[l']autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso».

³² V. R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, in *Giustizia insieme*, aprile 2019, www.giustiziainsieme.it.

Prima di esaminare nel dettaglio la questione, ritengo doverosa una precisazione, a mo' di premessa.

Come già ricordato, la Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017 ha evidenziato come il *sindacato accentrato di costituzionalità* (art. 134 Cost) è *fondamento* della *architettura costituzionale* del nostro ordinamento, espressione dell'identità costituzionale nazionale³³, che giustifica la necessità di un intervento *erga omnes* della Consulta e mira ad impedire che – quando sono in gioco diritti fondamentali – la disapplicazione (previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) tramodi in un «*inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge*».

Non si può scordare – allo stesso modo – che il *rinvio pregiudiziale è elemento identificativo dell'ordinamento giuridico (costituzionale) dell'Unione europea*, «chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'Unione» che mira «ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione», garantendo «la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché [...] il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati»³⁴. Esso, insieme *con il primato e l'effetto diretto*, rappresenta quel triangolo magico che costituisce l'*hard core* del processo di integrazione europea³⁵.

Sulla base di tale precisazione/premessa, ed anticipando la soluzione del quesito, credo che non sia possibile individuare una risposta univoca e che la scelta della Corte da adire in via prioritaria dipenda da una serie di fattori. Indubbiamente, sono individuabili alcuni punti fermi sulla base della giurisprudenza classica di Lussemburgo (oltre che del tenore letterale dell'art. 267 TFUE) e della Consulta, per cui in caso di *presunta lesione di un controlimite è legittimo rivolgersi in prima battuta al giudice delle leggi*³⁶, che potrà ricorrere a sua volta alla Corte di giustizia per evitare di azionarlo³⁷ (sempre che quest'ultima accolga, *rectius*, possa accogliere, l'impostazione prospettata dal nostro giudice delle leggi elevando il controlimite a valore condiviso a livello di Unione o comunque suscettibile di tutela, fosse anche per il tramite dell'art. 4, par. 2, TUE da parte dell'ordinamento dell'Unione³⁸). Rispetto a ciò che non è (o è meno rigidamente) incasellabile, credo che la soluzione migliore sia quella di scegliere la Corte

³³ In dottrina v. gli Autori richiamati *supra*, nota 9.

³⁴ V., per tutti, Corte giust., 18 dicembre 2014, parere 2/13, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, EU:C:2014:2454, punto 176; sentenza 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, ECLI:EU:C:2018:853, punto 41.

³⁵ V. GALLO, *Challenging EU Constitutional Law*, cit., p. 6 e la dottrina ivi richiamata. A. RUGGERI, da ultimo in *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario*, cit., p. 232, ricorda altresì che la stessa Corte costituzionale in *Granital* ha ammesso che l'art. 11 Cost. potesse in sostanza derogare all'art. 134 Cost.

³⁶ V., per tutte, C. cost., sentenza 27 dicembre 1973, n. 183; sentenza n. 170/1984, cit., ma anche già sentenza 27 dicembre 1965, n. 98.

³⁷ Come accaduto con l'ordinanza n. 117/2019 e, almeno nelle intenzioni, con l'ordinanza n. 24/2017. Almeno nelle intenzioni dal momento che – a mio avviso – dopo la pronuncia della Corte di giustizia nella causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, la Consulta ha di fatto attivato il controlimite nella sentenza n. 115/2018 (*amplius*, sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti*, cit., p. 12 ss.).

³⁸ Sul controlimite che «da fattore di potenziale disintegrazione del diritto dell'Unione diviene, attraverso l'opera ermeneutica della Corte di giustizia, strumento di consolidamento della "comunità di diritto" e meccanismo di innalzamento della soglia di tutela dei diritti fondamentali» v. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 176. Sull'art. 4, par. 2, TUE e l'impiego che dovrebbe farne, tra l'altro, e all'uopo di cui nel testo, il giudice nazionale e la Corte di giustizia v. G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, p. 333 ss.

da adire per prima sulla base di una “illuminata” presa in esame e valutazione delle specificità del caso concreto volta a volta rilevante.

3. (segue): L’obbligo (e la precedenza?) del rinvio pregiudiziale di validità e del rinvio di interpretazione ad opera del giudice di ultima istanza.

Partendo dall’analisi dell’art. 267 TFUE, occorre ricordare che – a dispetto della formulazione letterale della disposizione – in caso di *dubbio di validità* della previsione di diritto dell’Unione rilevante per la soluzione della controversia *anche il giudice non di ultima istanza* è sempre *obbligato* ad esperire il rinvio pregiudiziale. A partire dalla celebre sentenza dell’ottobre 1987 nel caso *Foto-Frost*³⁹, la Corte di giustizia ha infatti chiarito che le giurisdizioni nazionali «possono esaminare la validità di un atto comunitario e, se ritengono infondati i motivi d’invalidità adottati dalle parti, respingerli concludendo per la piena validità dell’atto»; laddove, invece, nutrano dubbi sulla validità di un tale atto, devono necessariamente sollevare una questione pregiudiziale, non avendo «il potere di dichiarar[lo] invalid[o]». Siffatto potere spetta unicamente al giudice di Lussemburgo, che ha altresì competenza esclusiva a verificare la legittimità degli atti dell’Unione per il tramite di un ricorso per annullamento: una diversa soluzione determinerebbe un’incoerenza nel sistema, così come differenti valutazioni dei giudici dei diversi Stati membri (ma anche dello stesso Stato) minerebbero la certezza del diritto che il meccanismo del rinvio pregiudiziale mira, invece, a garantire.

A questa impostazione giurisprudenziale sembra riconducibile la soluzione prospettata da quella dottrina che – sulla base di una sorta di “*principio di prossimità*” – suggerisce che la precedenza debba essere data alla Corte di giustizia nei casi in cui non vi è margine di discrezionalità in capo al legislatore nazionale in sede di trasposizione dell’obbligo posto dal diritto dell’Unione e dunque, in buona sostanza, la norma interna non fa che pedissequamente ricalcare la previsione di diritto dell’Unione che, di fatto quindi, è quella oggetto di valutazione. Diversamente, se c’è discrezionalità in capo al legislatore nazionale nella definizione della norma che si ritiene in contrasto con la Costituzione e con il diritto dell’Unione, occorrerebbe ricorrere *in primis* alla Corte costituzionale⁴⁰.

Quanto al *rinvio pregiudiziale interpretativo*, come noto, l’art. 267 TFUE configura un *obbligo di rinvio* per le giurisdizioni avverso le cui decisioni non sia ammissibile un ricorso di diritto interno, obbligo attenuato (e, di fatto, trasformato in mera facoltà) nelle situazioni di cui alla giurisprudenza *Cilfit*⁴¹. Giurisprudenza che deve essere adeguatamente valorizzata in considerazione del fatto non solo che la mancata motivazione del non rinvio costituisce – secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo – una violazione del principio dell’equo processo di cui

³⁹ Corte giust. 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Luebeck-ost*, ECLI:EU:C:1987:452.

⁴⁰ V. R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, cit.

⁴¹ V. Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335. Come noto, in base a tale giurisprudenza, il giudice di ultima istanza può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte allorché essa si è già pronunciata su una questione identica, esiste già una giurisprudenza consolidata sul punto o la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga «con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio».

all'art. 6 CEDU⁴², ma anche che il mancato rinvio, laddove non siano soddisfatti i criteri *Cilfit*, può essere oggetto di procedura di infrazione⁴³ e di azione di responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione⁴⁴.

È bene rammentare che anche la Consulta, nell'ordinanza n. 207/2013, ha dichiarato di avere natura di organo giurisdizionale di ultima istanza e, come tale, dovrà sempre comportarsi qualora sia adita in casi di doppia pregiudiziale⁴⁵. Ciò, in quel «quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», dove – per dirlo con l'approccio “269 temperato” – «il concorso di rimedi giurisdizionali arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», escludendo ogni preclusione; e anche al fine di assicurare, se necessario, la priorità logica e giuridica della questione di compatibilità comunitaria rispetto alla soluzione della questione di legittimità costituzionale (come l'ordinanza n. 117/2019 coglie di saper fare⁴⁶).

Ad ogni modo, anche nei casi in cui il diritto dell'Unione pone un obbligo di rinvio pregiudiziale – e fermi restando i menzionati meccanismi “sanzionatori” che potrebbero operare anche rispetto al mancato esperimento del rinvio pregiudiziale di validità⁴⁷ – non credo si possa affermare che siffatto obbligo impedisce, o quantomeno rende esperibile soltanto in seconda battuta, la rimessione alla Corte costituzionale: ciò evidentemente sempre se ci poniamo nell'ottica “269 temperata”, perché altrimenti, nell'ottica *Granital* e di doppia pregiudiziale “classica”, la priorità dovrebbe essere sempre e comunque assicurata – anche in caso di questione

⁴² V., per tutte, Corte EDU sentenze 8 aprile 2014, *Dhabi c. Italia*; 21 luglio 2015, *Schipani e a. c. Italia*.

⁴³ V. Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2018:811, dove si riscontra l'inadempimento dello Stato francese per fatto del suo giudice di ultima istanza (Consiglio di Stato) che non ha esperito rinvio pregiudiziale, pur essendone obbligato, non sussistendo gli estremi (invocati dal giudice) della c.d. teoria dell'atto chiaro.

⁴⁴ V. Corte giust., 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, ECLI:EU:C:2015:565, dove per la prima volta il giudice del Kirchberg ritiene che il mancato rinvio da parte del giudice di ultima istanza configuri una violazione dell'obbligo di cui all'art. 267 TFUE poiché, in presenza di decisioni contraddittorie emesse da altri giudici nazionali, il Supremo Tribunal de Justiça portoghese non poteva legittimamente far riferimento alla teoria dell'atto chiaro.

⁴⁵ Come esempi di decisioni in cui viene fornita dalla Consulta adeguata motivazione del mancato rinvio pregiudiziale v., da ultimo, le sentenze della C. Cost. 15 maggio 2018, n. 99 e 21 dicembre 2018, n. 239 (richiamate in questo senso da G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 2019, reperibile sul sito della Corte costituzionale).

⁴⁶ La Consulta solleva due quesiti pregiudiziali, uno di interpretazione (i) e uno di validità (ii). Essa, in particolare, chiede alla Corte di giustizia (i) di stabilire «se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”», dal momento che la sanzione in ipotesi siffatta sarebbe contraria, secondo il giudice delle leggi, al diritto al silenzio, «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» nel nostro ordinamento costituzionale (punto 7.1 del considerato in diritto). Il giudice delle leggi chiede quindi alla Corte di giustizia (ii) di verificare «se, in caso di risposta negativa [alla] prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”».

⁴⁷ Sembrano esprimersi in questo senso, ragionando della violazione dell'art. 6 CEDU, M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the Court of Justice of the European Union and the right to a fair trial under Article 6 ECHR*, in *European Law Review*, 2016, p. 599 ss., spec. p. 603 s.

pendente dinanzi al giudice non di ultima istanza – al rinvio pregiudiziale. In tale differente contesto, come accennato, la questione di legittimità costituzionale è ritenuta inammissibile⁴⁸ e le cause pendenti dinanzi alla Consulta su questioni sostanzialmente identiche a questioni di compatibilità comunitaria sottoposte al vaglio della Corte di giustizia sono rinviate a nuovo ruolo⁴⁹, in attesa della decisione del giudice del Kirchberg; decisione che, in quanto *jus superveniens*, potrebbe implicare una restituzione degli atti al giudice *a quo*, per una nuova valutazione della rilevanza⁵⁰.

Anche in casi di *obbligo di rinvio pregiudiziale*, credo dunque che sia configurabile la possibilità di una *contestuale rimessione alla Corte costituzionale*, come meglio si argomenterà nel prossimo paragrafo prendendo in esame la posizione del giudice non di ultima istanza nei casi di doppia pregiudiziale nello scenario “269 temperato”. Del resto, avrebbe davvero senso distinguere l’ordine delle priorità a seconda della tipologia del quesito (interpretativo o di validità) e della “posizione” (ultima istanza o meno) del giudice chiamato a risolvere controversie che pongono questioni di compatibilità comunitaria e legittimità costituzionale? E stabilire la necessaria precedenza del rinvio pregiudiziale se il giudice comune ha l’obbligo di rinviare, ammettendo la possibile preferenza per la rimessione previa alla Consulta se il giudice comune ha semplicemente la facoltà di esperire un rinvio a Lussemburgo?

4. (segue): Il giudice non di ultima istanza: (anche in tal caso) una valutazione della priorità caso per caso e la possibilità di una contestuale rimessione alle due Corti.

Il quesito testé posto è retorico e la risposta è negativa. Come anticipato e come meglio si vedrà in questo paragrafo, la scelta della Corte da adire (per prima) non può dipendere solo dai due elementi appena esaminati (tipologia di quesito e posizione del giudice), ma da altri fattori che caratterizzano la fattispecie volta a volta rilevante, (sempre e comunque) in casi in cui nessuna Corte si sia ancora pronunciata sulla portata della norma costituzionale o della disposizione di diritto dell’Unione della stessa natura che tutelano un diritto fondamentale o qualora, come anticipato, sia necessario un ulteriore chiarimento dal giudice di Lussemburgo.

Tra l’altro, spostandosi ad analizzare la posizione del giudice non di ultima istanza nelle ipotesi di rinvio interpretativo, potrebbe apparire bizzarro (un controsenso?) il fatto che, mentre nello scenario classico, la doppia pregiudiziale elaborata dalla Consulta (quando non si rico-

⁴⁸ O implica la restituzione degli atti al giudice *a quo*: v. *supra*, nota 8.

⁴⁹ V., ad esempio, C. cost., ordinanza 1° giugno 2004, n. 165, dove secondo (tra gli altri) M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell’integrazione costituzionale europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 101 ss., spec. p. 113 ss., la Consulta avrebbe dovuto operare il rinvio pregiudiziale.

⁵⁰ V., ad esempio, C. cost., ordinanze 14 marzo 2003, n. 62; 20 aprile 2004, n. 125; 18 luglio 2011, n. 216; 9 novembre 2011, n. 295; 23 novembre 2011, n. 311; 13 maggio 2015, n. 80; 20 luglio 2016, n. 194.

nosceva giurisdizione ex art. 267 TFUE, nonostante le numerosissime sollecitazioni dottrinali⁵¹) ha di fatto trasformato la facoltà del giudice non di ultima istanza in obbligo di rinvio⁵², nello scenario “269 temperato” vi siano costituzionalisti che tendono a prospettare come unica soluzione corretta quella per cui siffatta facoltà è solo e soltanto una facoltà che dovrebbe cedere rispetto, ed essere dunque successiva, alla rimessione alla Consulta, visto il dovere di emettere ordinanza di legittimità costituzionale ex art. 23 della legge n. 87/1953⁵³.

Se davvero si dovessero bilanciare rinvio pregiudiziale e rimessione al giudice delle leggi ed occorresse individuare un ordine rigido di priorità, si potrebbe provare a suggerire una lettura della “facoltà” di cui all’art. 267 TFUE idonea a configurarla come “dovere”⁵⁴. Ciò con l’intento di salvaguardare la funzione della Corte di giustizia come interprete qualificato del diritto dell’Unione e non sottrarle la possibilità di essere interpellata e “dire la sua” sulla natura della norma di diritto dell’Unione e sulla sostanziale compatibilità con essa della norma interna rilevante: scenario che potrebbe invece verificarsi in caso di previa rimessione alla Consulta che dichiarasse la norma interna incostituzionale, espungendola dall’ordinamento. E ciò, altresì, con la consapevolezza che la lettura è un po’ forzata, la dottrina non ha mai affrontato il tema e la giurisprudenza della Corte di giustizia non fornisce validi appigli per l’opera ermeneutica che ivi si propone (specie quanto alla seconda “forzatura” – forse al limite del provocatorio? – di cui subito si dirà).

Un primo tentativo per *trasformare la facoltà in doverosità* del rinvio pregiudiziale potrebbe effettuarsi facendo leva sulla “rilevanza” che l’art. 267 TFUE pone quale presupposto indefettibile per l’esperimento del rinvio: se il giudice ha un dubbio sull’interpretazione della norma dell’Unione e l’intervento ermeneutico della Corte di giustizia è necessario per risolvere la controversia di cui è investito (da questo punto di vista la formulazione letterale della norma in esame essendo molto simile a quella di cui al citato art. 23 della legge del 1953⁵⁵), esso non può non – e dunque deve – esperire il rinvio pregiudiziale.

⁵¹ V., per tutti, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice*, cit., p. 223 ss.; Id., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 153 ss.; V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 549 ss., spec. p. 554; P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 43 ss.; F. DONATI, *Corte costituzionale, «controlimiti» e rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE*, *ibidem*, p. 243 ss.; R. LUZZATTO, *Diritto comunitario e diritto interno dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, *ibidem*, p. 27 ss.; F. SORRENTINO, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, *ibidem*, p. 467 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, *ibidem*, p. 479 ss.

⁵² V. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice*, cit., p. 224.

⁵³ V., in particolare, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità*, cit., p. 16, al pari di S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., p. 25 ss.

⁵⁴ Per tale via si eliminerebbe la distinzione che ancora sussiste tra le due tipologie di rinvio pregiudiziale, essendo i giudici anche non di ultima istanza obbligati, come visto, ad esperire un rinvio di validità. Certo si rischierebbe di aumentare il carico di lavoro della Corte di giustizia, ma con le recenti riforme dello Statuto (da ultimo, v. regolamento (UE, Euratom) n. 2019/629, in *GUUE* 111/2019, p. 1) e le prospettive di futuri interventi per eventualmente meglio valorizzare le funzioni del Tribunale a ranghi raddoppiati, credo che la Corte potrebbe essere comunque in grado di rispondere con la consueta celerità al *surplus* di quesiti pregiudiziali interpretativi di cui dovesse essere investita.

⁵⁵ V. *supra*, nota 31. Il comma 2 dell’art. 267 TFUE recita: «Quando una questione [di interpretazione o di validità] è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, *qualora reputi*

Un secondo tentativo potrebbe consistere nel sostenere che la *distinzione* che l'art. 267 TFUE delinea tra *facoltà e obbligo* di rinvio pregiudiziale è correlata al *rinvio d'ufficio* che il giudice può/deve esperire in assenza di domanda di parte e che dunque, a fronte di una domanda (ben) motivata della parte circa la necessità di interpellare il giudice del Kirchberg, il giudice adito non potrebbe che – e dunque dovrebbe – sollevare rinvio pregiudiziale (a meno di motivare idoneamente la scelta di non procedervi). Tale interpretazione della disposizione in esame si potrebbe giustificare prospettando un diritto del singolo alla pronuncia pregiudiziale, ovvero alla corretta interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione quale estrinsecazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, che potrebbe trovare fondamento in una “nuova”⁵⁶ ed estensiva lettura degli artt. 19 TUE e 47 CdfUE e forse anche dell'art. 4, par. 3, TUE, come principio di leale cooperazione tra giudici che deve operare a vantaggio del – ed è quindi invocabile dal – singolo⁵⁷.

Tuttavia, e come anticipato, credo che il rinvio pregiudiziale e la rimessione siano due strumenti non bilanciabili, né quindi ordinabili in astratto e una volta per tutte secondo regole predefinite e rigide⁵⁸.

La scelta del meccanismo cui ricorrere, o ricorrere in prima battuta, va effettuata – certo tenendo conto degli obblighi di cui sopra al par. 3 – alla luce di tutte le *specificità del caso concreto*, ricordando che al fattore giuridico si accompagna – e non potrebbe essere diversamente – un fattore umano, dato dalla sensibilità del giudice volta a volta investito della questione rilevante, dalla sua conoscenza più o meno approfondita del quadro normativo di riferimento e degli strumenti utilizzabili, dall'idea – che pare sempre più diffusa – che la Corte di giustizia, oltre che rispondere in tempi più rapidi⁵⁹, accoglie più facilmente le domande poste

necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione» (corsivo aggiunto).

⁵⁶ È noto che, ancora di recente, la Corte di giustizia, anche rispetto ad un rinvio esperito dal giudice di ultima istanza, e dunque obbligato ad interpellarla, pare aver disconosciuto che possa configurarsi un diritto della parte al rinvio pregiudiziale, dichiarando – sulla scorta di una consolidata giurisprudenza – che rientra comunque nella competenza esclusiva del giudice la determinazione e la formulazione delle questioni pregiudiziali: v. sentenza 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale Geologi*, ECLI:EU:C:2013:489, punti 27-31.

⁵⁷ Per una recente disamina del principio e delle sue declinazioni, anche a tutela delle posizioni dei singoli, v. M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in *Europa. Un'utopia in costruzione*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2018, p. 122 ss. Nel senso che un obbligo di differire il rinvio pregiudiziale dopo la necessaria preliminare rimessione alla Consulta potrebbe configurarsi quale violazione dell'art. 19 TUE e dell'art. 4, par. 3, TUE, oltre che dell'art. 47 CdfUE e quindi del principio della tutela giurisdizionale effettiva v. R. CONTI, An, *quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice donna*, 2017, 4, www.giudicedonna.it, p. 17 s. A. RUGGERI, in diversi scritti, sostiene che un obbligo siffatto si potrebbe configurare anche quale violazione indiretta dell'art. 11 Cost.

⁵⁸ Nel senso della non ordinabilità dei due strumenti sembrano esprimersi N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., p. 22; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit., p. 21, che evidenzia come la Consulta dovrebbe comunque sempre consentire al giudice che optasse per la previa rimessione alla Consulta la facoltà/obbligo del rinvio pregiudiziale.

⁵⁹ Un rinvio pregiudiziale viene deciso dalla Corte di giustizia in circa quindici mesi. Si ricordi che, al verificarsi di determinate condizioni, fissate dall'art. 23 Statuto e dagli artt. 105 s. e 107 ss. del regolamento di procedura della Corte, essa può statuire anche in tempi molto più rapidi (sei mesi circa nei procedimenti accelerati e tre mesi circa nei procedimenti pregiudiziali d'urgenza).

dai giudici comuni di quanto non faccia la Corte costituzionale, non fosse altro che in considerazione della circostanza che la verifica sulla rilevanza nel primo caso è rimessa (pressoché sistematicamente⁶⁰) al giudice del rinvio, mentre è sottoposta ad un rigido controllo da parte del giudice *ad quem* nel secondo caso. Ci si potrebbe dunque interrogare sul se il recente incremento di rinvii pregiudiziali e riduzioni di rimessioni alla Consulta (fenomeno che ha contribuito alla formulazione dell'*obiter dictum*) dipenda anche dal fatto che i giudici comuni preferiscono interpellare la Corte (di giustizia) che (spesso) avvertono come più "sensibile" e capace di accogliere, nella sostanza, le istanze dei singoli e assicurarne la tutela effettiva e tempestiva per il tramite dell'"ordine" di disapplicazione.

Certo è che, la scelta della Corte cui dare preferenza/ precedenza dovrebbe essere guidata, innanzitutto, dalla *prevalenza del parametro* comunitario o di quello costituzionale⁶¹, ma è altresì assai probabile che il giudice sia portato ad indirizzare la propria "domanda" alla Corte che ritenga nella specie quella più capace di assicurare la *massimizzazione della tutela* del diritto fondamentale coinvolto⁶².

Nonostante alcune pressioni dottrinali, ad oggi la Consulta non solo non ha elaborato istruzioni per l'uso, ma nella sostanza, dopo la menzionata attenuazione dell'*obiter dictum*, ha avallato la *scelta libera* del giudice comune di ricorrere alla Corte di giustizia piuttosto che al giudice delle leggi, limitandosi ad affermare che essa non può esimersi dalla "prima parola"⁶³

⁶⁰ Per giurisprudenza consolidata «spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la *necessità* di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la *rilevanza* delle questioni che sottopone alla Corte». La Corte, di regola, non statuisce su una questione sollevata da un giudice nazionale solo (i) qualora sia manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria chiesta dal giudice nazionale non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa a qua, (ii) qualora il problema sia di natura ipotetica oppure ancora (iii) qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., per tutte, Corte giust., 31 gennaio 2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7*, ECLI:EU:C:2008:59, punti 52-53).

⁶¹ A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, in *Consulta Online*, 23 marzo 2018, 1, p. 155 ss., spec. p. 159, www.giurcost.org, che evidenzia come questa impostazione sia di fatto coincidente con quanto si verificava prima dell'*obiter dictum*. Pare concordare con questa impostazione, piuttosto che con l'introduzione di regole rigide e criteri predeterminati, anche A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti*, cit., p. 14; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., p. 22. Evidentemente si tratta anche, e innanzitutto, di questione legata ai limiti della competenza del diritto dell'Unione e della necessità dunque, per i giudici comuni, di saperne riscontrare i confini applicativi, evitando di sollevare questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in ambiti che chiaramente fuoriescono dalla sua competenza (v., correttamente, ad esempio, la rimessione alla Consulta, da parte del Tribunale di Pordenone e di quello di Bolzano, con ordinanze del 2 luglio 2018 e del 3 gennaio 2019, in un caso di procreazione medicalmente assistita, deciso con sentenza 23 ottobre 2019, n. 221; e come invece, forse più propriamente che al giudice del Kirchberg si sarebbe dovuta rivolgere a quello delle leggi la nostra Cassazione – v. IV sez. civ., ordinanza 31 gennaio 2019, n. 2964 – per verificare l'equità ed adeguatezza dell'indennizzo da corrispondere alle vittime di reati intenzionali e violenti in base alla direttiva 2004/80/CE).

⁶² V., per tutti, A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, cit., p. 21 s., secondo cui non importa quale Corte parli per prima o per ultima, ma quella che assicura la migliore parola, offrendo la miglior tutela. L'obiettivo della massimizzazione della tutela è, come noto, molto caro a A. RUGGERI. Certo si potrebbe poi riflettere su cosa si intenda per miglior tutela, se esista una miglior tutela in assoluto, se non sia sempre e comunque una questione di prospettive e se talora gli approcci delle due Corti non possano che differire in considerazione del fatto che ciascun ordinamento di appartenenza è caratterizzato dalle proprie specificità che esse sono chiamate a salvaguardare, con bilanciamenti di interessi e valori che talora potrebbero non coincidere.

⁶³ Espressamente v. punto 2.3 del considerato in diritto della sentenza n. 20/2019.

laddove sia il giudice comune che abbia deciso di investirla di una questione (anche) di costituzionalità, invertendo, come visto, la rotta quanto alla doppia pregiudiziale, ovvero ampliando le maglie della ammissibilità e della rilevanza, e trattenendo nel merito la decisione perché vengono in rilievo diritti fondamentali della persona⁶⁴.

Credo sia assolutamente opportuno che, nel contesto “269 temperato”, il rapporto tra giudici comuni da un lato e Corte di giustizia e costituzionale dall’altro lato prosegua sulla stessa strada, senza regole predefinite. Ricordandosi che anche l’obbligo di rinvio pregiudiziale non può impedire una rimessione alla Consulta e, viceversa, quand’anche si dovesse configurare l’obbligatorietà della (previa) rimessione, essa non potrebbe mai impedire – in linea con la giurisprudenza di Lussemburgo⁶⁵ – la facoltà/obbligo di rinvio pregiudiziale.

Da ciò discende che qualora le circostanze lo richiedessero si potrebbe (*rectius*, dovrebbe) immaginare – come da alcuni prospettato⁶⁶ – il *contestuale impiego dei due strumenti*, con rinvio pregiudiziale parallelo alla rimessione alla Consulta⁶⁷. E non credo che sia dirimente l’argomento avanzato da quella dottrina che richiama l’ordinanza n. 85/2002 della Corte costituzionale⁶⁸ per contestare la configurabilità di siffatto utilizzo cumulativo di strumenti⁶⁹: ciò in considerazione del fatto che tale giurisprudenza si colloca nell’ottica della doppia pregiudiziale classica, quando la Consulta ancora non si riconosceva giurisdizione ex art. 267 TFUE. Sdoganato tale tabù e inaugurata la stagione della “269 temperata”, con ammissibilità della que-

⁶⁴ Sulla stessa scia, come visto, si pongono le sentenze nn. 63 e 112 e l’ordinanza n. 117 del 2019.

⁶⁵ V. giurisprudenza richiamata *supra* alla nota 17 (e altresì *infra*, par. 5). Che anche l’obbligo di rinvio pregiudiziale non possa escludere la possibilità/doverosità della rimessione alla Corte costituzionale credo sia giustificabile anche sulla base di una lettura *a contrario* della giurisprudenza *Melki e Abdeli e A*: come l’obbligo di previa rimessione al giudice delle leggi non può impedire (la facoltà e) l’obbligo di rinvio pregiudiziale, il ragionamento vale in senso inverso, anche a garanzia dell’autonomia procedurale degli Stati membri e, quindi, l’obbligo di interpellare la Corte di giustizia non può limitare la scelta di rimettere una questione di legittimità costituzionale alla Consulta.

⁶⁶ Prospetta la possibilità di sollevare contestualmente una rimessione alla Corte costituzionale e un rinvio pregiudiziale, ad esempio, R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, cit.; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 30 ss., www.osservatorioaic.it. Prende in esame la possibilità anche M. MASSA, *Dopo la precisazione*, cit., p. 20, che ricorda come di essa si fosse occupato, ben prima dell’*obiter dictum*, anche F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il “doppio rinvio”?*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 783.

⁶⁷ Il contestuale impiego dei due strumenti si è in effetti già verificato (se ne è venuti a conoscenza nelle more di pubblicazione del lavoro): v. *infra*, in questo par., nel testo.

⁶⁸ Ivi la Consulta, a fronte di una contestuale rimessione alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale, dichiara la questione di legittimità costituzionale manifestamente inammissibile, affermando tra l’altro che «il rimettente, pur essendo a conoscenza di precedenti decisioni in materia, ritiene necessario un nuovo intervento della Corte di giustizia, a causa sia della diversità delle fattispecie oggetto del giudizio a quo rispetto a quelle in precedenza esaminate dalla predetta Corte, sia delle recenti modifiche legislative introdotte dalla legge n. 388 del 2000; che, in particolare, il rimettente rileva che la decisione che è chiamato ad assumere in qualità di giudice del riesame coinvolge, insieme a profili di diritto interno, questioni pregiudiziali di compatibilità della disciplina censurata con disposizioni di diritto comunitario, “la cui soluzione potrebbe definire il presente giudizio”; che da questa impostazione emerge la manifesta contraddittorietà dell’ordinanza di rimessione, in quanto il giudice solleva contemporaneamente “questione pregiudiziale” interpretativa dei principi del trattato CE avanti alla Corte di giustizia, al fine di accertare se la norma censurata sia compatibile con l’ordinamento comunitario e, quindi, applicabile nell’ordinamento italiano, e questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, così presupponendo che la norma, di cui egli stesso ha sollecitato l’interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile».

⁶⁹ Pare escludere la contestualità dei rinvii, appunto sulla base di quanto ricavabile di fatto dall’ordinanza 21 marzo 2002, n. 85, ad esempio, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., p. 22.

stione di legittimità costituzionale in casi che pongono anche questioni di compatibilità comunitaria, credo si possa considerare superabile l'impostazione di cui alla richiamata ordinanza, per non dire già superata da quanto avvenuto con l'ordinanza n. 207/2013. Ivi infatti, la Corte costituzionale era stata investita di una questione di legittimità da un giudice comune e sulla stessa questione, che presentava anche profili di compatibilità comunitaria, un altro giudice comune aveva esperito rinvio pregiudiziale⁷⁰: due giudici comuni diversi e i due strumenti utilizzati in parallelo. Il caso che ora si sta prospettando differisce da quello testé esaminato per il "semplice" fatto che è lo stesso giudice a sollevare contestualmente due quesiti, investendo contemporaneamente la Corte di giustizia e la Consulta, l'una per i profili di compatibilità comunitaria e l'altra per quelli di legittimità costituzionale. Certo, come forse dimostra lo stesso caso che ha dato vita all'ordinanza n. 207/2013, qualora il giudice comune investa contestualmente le due Corti, il giudice delle leggi si sentirà di fatto obbligato ad esperire a sua volta un rinvio pregiudiziale. Ma il suo rinvio a Lussemburgo dovrebbe consentirgli di meglio esplicitare le specificità del nostro ordinamento costituzionale e, quindi, soddisfare la *ratio* sottesa, come visto (*supra*, par. 1) all'elaborazione dell'*obiter dictum*, con la speranza di orientare la decisione del giudice del Kirchberg (e così evitare pronunce contraddittorie e l'eventuale attivazione di un controlimite).

Tale soluzione procedimentale, che dovrebbe anche soddisfare esigenze di economia processuale, pare del resto coerente con quanto affermato dalla Consulta nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 e nelle successive pronunce del 2019, ovvero il fatto che «il concorso di rimedi giurisdizionali arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», escludendo ogni preclusione: vero che forse la Corte costituzionale intendeva i rimedi come impiegabili in alternativa tra loro o consequenzialmente l'uno rispetto all'altro; ma nulla esclude anche siffatta differente interpretazione, a favore del cumulo/contextualità dei rimedi, in quel «quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», che, come visto, dovrebbe anche facilitare l'enucleazione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri da parte della Corte di giustizia con l'ausilio del nostro giudice delle leggi.

Un buon banco di prova per la "tenuta" della soluzione prospettata dovrebbe aversi in tempi brevi, a fronte della recente rimessione alla Corte costituzionale, esperita dalla Corte di appello di Napoli, contestualmente ad un rinvio pregiudiziale⁷¹. La Consulta dovrà infatti prendere posizione sull'ammissibilità della questione (data la menzionata contestualità) e, laddove

⁷⁰ Come si ricorderà, l'ordinanza n. 207/2013 di rinvio pregiudiziale, nel caso *Napolitano* (che diede vita alla causa C-418/13, poi decisa dalla Corte di giustizia con sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*, ECLI:EU:C:2014:2401), venne elaborata dalla Consulta (investita di questioni di legittimità costituzionale dal Tribunale di Roma con due ordinanze e dal Tribunale di Lamezia Terme con due ordinanze) dopo che un altro giudice (il Tribunale di Napoli), pur senza rimettere al giudice delle leggi, aveva esperito un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. La Consulta, per non restare estranea al dialogo, decise di sollevare anch'essa quesiti pregiudiziali e di far sentire, dunque, appunto, la propria "voce" sul tema controverso. Non credo che i termini del ragionamento di cui nel testo possano/debbero variare in considerazione del fatto che, nel caso in esame, la rimessione alla Corte costituzionale (e, quindi, l'ammissibilità della questione di legittimità) si giustificasse(ro), nella logica *Granital*, per l'assenza di effetto diretto delle disposizioni di diritto dell'Unione con cui la normativa nazionale si riteneva in contrasto.

⁷¹ V. l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Napoli, I sezione unità lavoro, del 18 settembre 2019 e, nella stessa data, ad opera della stessa sezione, l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale (Pres.

sciogla positivamente siffatto “nodo” processuale, sarà interessante verificare se deciderà di porsi o meno in dialogo diretto con il giudice di Lussemburgo.

5. Il rapporto tra obbligo di disapplicazione (di regola, a seguito di rinvio pregiudiziale) e rimessione alla Consulta.

Dopo aver preso in esame il comportamento del giudice comune e il suo rapporto con la Corte di giustizia e con la Corte costituzionale in casi di doppia pregiudizialità attinente alla possibile violazione di un diritto fondamentale e in cui, come visto, né il giudice di Lussemburgo né quello delle leggi si siano pronunciati sulla portata della norma dell’Unione/costituzionale rilevante o qualora comunque la decisione del primo giudice necessiti di un ulteriore chiarimento, occorre concentrarsi sul comportamento del giudice comune a fronte di una sentenza della Corte di giustizia che abbia riscontrato l’effetto diretto di una determinata disposizione “comunitaria” e con cui una certa previsione di diritto nazionale si ritenga confliggente. Si tratta dello stesso comportamento che esso dovrebbe avere ogniqualvolta il conflitto è con una norma dell’Unione direttamente applicabile e, anch’essa, deputata alla tutela dei diritti fondamentali, ma non soltanto.

Non soltanto, naturalmente, se la prospettiva è quella del comunitarista, secondo cui l’impostazione “269 temperata” non dovrebbe modificare il comportamento del giudice comune in caso di conflitto della norma interna con qualsiasi norma di diritto dell’Unione direttamente applicabile o dotata di effetto diretto, in linea con *Granital* e con la “prevalente” giurisprudenza di Lussemburgo, come subito si cercherà di chiarire. Anche in questo frangente per i *costituzionalisti* è difficile ammettere che l’*obiter dictum*, come attenuato nel 2019, nulla cambi rispetto al passato e che, pertanto, la disapplicazione debba (continuare a) essere disposta dal giudice comune senza un previo intervento della Consulta. L’idea è infatti che, se sono in gioco diritti fondamentali, la “non applicazione” possa avvenire *solo dopo una pronuncia di illegittimità costituzionale* ad opera del giudice delle leggi, che garantisce, come visto, certezza del diritto, evitando disparità di trattamento. Vero che la doverosità del rinvio è stata trasformata in opportunità, ma solo una decisione con efficacia *erga omnes* della Corte costituzionale è idonea a soddisfare le esigenze testé menzionate⁷².

Diani, est. Pezzullo), che (i) esamina il tema della contestualità delle ordinanze, evidenziando come alla Consulta si ponga la questione (in tema di licenziamenti collettivi sulla base del c.d. *Jobs Act*) basata sulla violazione di norme interne (artt. 3, 4, 35, 76 e 117, parr. 1 e 2, Cost.) nonché di diritti fondamentali previsti da fonte sovranazionale (specie l’art. 30 CdfUE, letto alla luce dell’art. 24 della Carta sociale europea, e gli artt. 20, 21, 34 e 47 CdfUE) e al giudice di Lussemburgo si chieda l’interpretazione e la portata di siffatte norme («onde valutarne la compatibilità con il diritto interno»); (ii) sottolinea come la risposta della Corte di giustizia assuma «diretta rilevanza» nel giudizio di costituzionalità.

⁷² V., in particolare, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità*, cit., p. 16, secondo cui, se anche il giudice comune andasse in Corte di giustizia, dovrebbe poi comunque rivolgersi alla Consulta per far dichiarare l’illegittimità costituzionale della norma ritenuta contraria al diritto dell’Unione dal giudice di Lussemburgo, senza poter immediatamente disapplicare. *Contra*, nel senso che se il giudice non disapplica ricorrendone i presupposti si realizza una violazione indiretta dell’art. 11 Cost. v. A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarità”*, in *Consulta Online*, 20 settembre 2019, 3, p. 474 s., www.giurcost.org.; Id., *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario*, cit., p. 232 ss. Ribatte a questa tesi di A. Ruggeri, a tutela della effettività e certezza dei diritti, ad esempio, M. LUCIANI (v. intervento alla tavola rotonda del convegno AISDUE, dedicato a *Costituzioni europee e primato del diritto dell’Unione europea* e tenutosi a Napoli il 28 e 29 ottobre 2019), affermando che senza certezza del diritto non può esserci certezza dei diritti.

Quest'ultima impostazione pare ripristinare, come anticipato (*supra*, par. 1), il sistema *pre-Simmenthal/Granital*, declassando il diritto dell'Unione a norma internazionale "classica" quanto al meccanismo di espunzione dall'ordinamento nazionale della disposizione interna con essa confliggente, con problemi identitari di non poco momento per il comunitarista. Siffatta impostazione, del resto, non risulta coerente con la più consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in virtù della quale, senza alcuna distinzione a seconda che si tratti di diritti fondamentali o meno, se la norma interna contrasta con una norma dell'Unione dotata di effetto diretto o direttamente applicabile, il giudice nazionale ha l'*obbligo* di *disapplicare* per assicurare tutela effettiva ed immediata delle posizioni giuridiche rilevanti nella specie. In numerose pronunce successive a *Melki e Abdeli e A*, la Corte di giustizia conferma, infatti, *Simmenthal* senza richiamare le specificazioni di cui alle due decisioni testé menzionate, (ri)affermando che «il *primato* del diritto dell'Unione impone che i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione abbiano l'*obbligo di garantire la piena efficacia* di tali norme *disapplicando* all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, *senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale* per via legislativa o *mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*» e sottolineando come sia «*incompatibile* con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi *disposizione* facente parte dell'ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi *prassi*, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una *riduzione della concreta efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice*, competente ad applicare questo diritto, *il potere di fare*, all'atto stesso di tale applicazione, *tutto quanto è necessario per disapplicare* le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme direttamente applicabili dell'Unione»⁷³.

Certo non può negarsi che in *Melki e Abdeli e A* il giudice del Kirchberg considera compatibile con il diritto dell'Unione la previa rimessione anche obbligatoria al giudice costituzionale nazionale *a patto che*, come visto (*supra*, par. 1), i giudici ordinari, nelle more del giudizio incidentale di costituzionalità, restino liberi – oltre che di sottoporre alla Corte di giustizia quesiti pregiudiziali – di adottare *qualsiasi misura necessaria* per garantire la *tutela* giurisdizionale *provvisoria* dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; e, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, siano liberi di *disapplicare* la disposizione nazionale che, pur avendo superato il vaglio di costituzionalità, essi ritengano comunque contraria al diritto dell'Unione.

Se (*i.e.*, ammesso che) queste condizioni posso(a)no operare non solo nel caso di doppia pregiudiziale definita "nascente" o qualora una previa decisione della Corte di giustizia necessiti di un chiarimento, ma anche nel caso qui in esame in cui già si è avuta una sentenza di Lussemburgo che attesta l'obbligo di disapplicazione (o comunque il conflitto è con una norma "comunitaria" direttamente applicabile), sembrerebbe allora *compatibile* con l'ordinamento dell'Unione anche un *sistema binario di disapplicazione solo provvisoria* (della norma

⁷³ V., per tutte, Corte giust., 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, ECLI:EU:C:2018:853, punto 44; 4 dicembre 2018, causa C-378/17, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, ECLI:EU:C:2018:979, punti 35-36, corsivi aggiunti.

nazionale ritenuta confliggente con il diritto dell'Unione) e di *rimessione al giudice delle leggi*, purché il giudice comune sia in ogni caso libero di discostarsi dalla decisione di quest'ultimo, allineandosi (anche definitivamente) a quella della Corte di giustizia⁷⁴. Qualora così non fosse e le condizioni *Melki e Abdeli* e *A* possano operare soltanto nel primo caso, una soluzione idonea a conciliare le esigenze di effettività ed immediatezza care al giudice di Lussemburgo e quelle di certezza del diritto più care al nostro giudice delle leggi potrebbe essere quella di una disapplicazione definitiva accompagnata da una rimessione alla Consulta. Pur consapevoli delle difficoltà legate, tra l'altro, alla delimitazione della sfera materiale di operatività di tale soluzione, ad essa potrebbe giungersi eliminando, in via giurisprudenziale o mediante una modifica legislativa, il requisito della rilevanza ai fini della valutazione di ammissibilità del giudizio di legittimità costituzionale, immaginando (ad esempio) l'intervento del giudice delle leggi in funzione di garanzia della conformità dell'ordinamento con la Costituzione (ivi incluso, per suo tramite, il diritto dell'Unione europea)⁷⁵.

Ad ogni modo, a quadro normativo e giurisprudenziale invariato e in qualità di comunitarista, bilanciando le due "linee giurisprudenziali" testé esaminate, credo sia preferibile dare prevalenza alla giurisprudenza *Simmenthal* e alla garanzia di effettività, con disapplicazione immediata della norma interna confliggente con la CdfUe e il diritto dell'Unione dotato della stessa natura costituzionale (specie a fronte di un previo accertamento dell'effetto diretto ad opera del giudice di Lussemburgo) senza dover passare per la rimessione alla Consulta che, pur nell'ottica di assicurare la certezza del diritto, finirebbe per sostituirsi sistematicamente al legislatore.

Credo pertanto sia preferibile – anche in caso di possibile violazione di diritti fondamentali, almeno in linea generale e con i chiarimenti di cui *infra*, al par. 6 – la soluzione classica *Granital*, confermata dal giudice delle leggi nella stessa sentenza n. 269/2017, visto che ivi tali diritti non rilevavano, ma altresì in un caso di poco precedente dove essi invece venivano in gioco. Si tratta della sentenza n. 48/2017, dove la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Bari che si era rivolto a tale Corte evidenziando come una decisione di Lussemburgo che richiedeva la disapplicazione non avrebbe assicurato la certezza del diritto e, quindi, come fosse all'uopo opportuna una

⁷⁴ Del resto, nel senso che la decisione della Corte di giustizia prevale, in caso di conflitto, su quella della Corte costituzionale nazionale v., ad esempio, Corte giust., 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719; 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985.

⁷⁵ Nella sostanza, la soluzione di cui nel testo si verifica già oggi quando un giudice disapplica e altro giudice, rispetto alla stessa questione, ricorre alla Consulta (v., ad esempio, il caso dei c.d. *bonus bébé*, su cui *infra*, par. 6). La soluzione in esame richiede invece una modifica "procedurale", perché la decisione definitiva del giudice che disapplica esclude di per sé – *rebus sic stantibus* – la rilevanza della questione di legittimità costituzionale. *Amplius*, sia consentito rinviare all'analisi sviluppata in C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., p. 25 ss., dove si ricorda, tra l'altro, che la legge cost. 1/1948 non impone il requisito della rilevanza (introdotto dalla legge n. 87/1953) e si riportano alcune tesi, prospettate tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, nel senso di un superamento del requisito in parola, anche se si tratta di tesi mai riprese dalla successiva giurisprudenza costituzionale. Nel senso che l'eliminazione del requisito della rilevanza non potrebbe che aversi per il tramite di una modifica legislativa v. A. RUGGERI, (da ultimo in), *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, contributo presentato al Seminario del Gruppo di Pisa dedicato a *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Università di Pisa, 25 ottobre 2019.

rimessione al giudice delle leggi per far dichiarare l'incostituzionalità della norma già riconosciuta dalla Corte di giustizia in contrasto con il diritto dell'Unione. Siffatta soluzione classica – dopo l'*obiter dictum* – pare oggi seguita in alcune sentenze di giudici comuni⁷⁶, nonché (ri)abbracciata dalla Consulta che, nell'ordinanza n. 117/2019, ha chiaramente ribadito il *dovere* del giudice comune, ricorrendone i presupposti, di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla CdfUE.

6. (segue): l'opportunità (necessità?) di una rimessione alla Consulta a seguito di rinvio pregiudiziale.

La regola generale a garanzia dell'effettività ed immediatezza della tutela dei diritti potrebbe essere "derogata", con preferenza della rimessione alla Consulta rispetto alla disapplicazione, oltre che laddove rilevi un controlimite (secondo quanto già ricordato *supra*, par. 2), nei casi in cui dalla norma dell'Unione che tutela un diritto fondamentale – e che pur la Corte di giustizia pare aver riconosciuto come dotata di effetto diretto – non sia davvero rinvenibile la regola della specie, ciò perché la Corte di giustizia richiede al giudice comune un bilanciamento di interessi contrapposti che esso non è in grado di realizzare o, *rectius*, che soltanto la Corte costituzionale è in grado di assicurare con una pronuncia che, dotata di efficacia *erga omnes*, garantisce certezza del diritto ed evita disparità di trattamento. Si tratta, a ben vedere, di quanto accaduto nel caso deciso dalla Consulta con sentenza n. 20/2019, dove la decisione del giudice di Lussemburgo rilevante nella specie⁷⁷ lasciava al giudice nazionale un margine di discrezionalità eccessivamente ampio, con il rischio che giudici diversi avrebbero effettuato un diverso bilanciamento degli interessi in gioco (riservatezza vs trasparenza, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali), mentre un intervento della Consulta garantisce un loro comportamento uniforme⁷⁸.

In linea con questa impostazione, potrebbe essere opportuno un intervento del giudice delle leggi ogniqualvolta occorra valutare la proporzionalità di una misura nazionale che limita l'operatività, e quindi, il primato del diritto dell'Unione e si vuole assicurare, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, una sua applicazione, appunto, uniforme.

Analogamente, forse, si potrebbe ragionare qualora la Corte di giustizia rimetta al giudice comune una verifica circa il rispetto dei requisiti di equivalenza e di effettività da parte di rimedi processuali nazionali⁷⁹. Ancora, l'intervento della Consulta potrebbe essere opportuno,

⁷⁶ V. la giurisprudenza sopra richiamata alla nota 15, relativa a casi di immediata disapplicazione a valle di una sentenza della Corte di giustizia.

⁷⁷ V. Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e a.*, ECLI:EU:C:2003:294.

⁷⁸ V., in particolare, punto 2 della sentenza n. 20/2019. Evidenza come l'intervento della Consulta sia giustificato non tanto presupponendo l'assenza di effetto diretto della norma dell'Unione rilevante, ma in virtù della valutazione della proporzionalità rimessa dalla Corte di giustizia al giudice *a quo* S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità*, cit., p. 13. Vero è che sulla non individuabilità della regola della specie la Consulta richiama l'argomentazione del giudice rimettente, pur senza contraddirla; e sulla base di quell'assunto e della richiesta rivoltale di pronunciarsi per prima, essa procede a dichiarare ammissibile la questione e a valutarla nel merito.

⁷⁹ Si pensi al caso deciso dalla Corte di giustizia, con ordinanza del 27 settembre 2018, causa C-422/18, *FR contro Ministero dell'interno*, ECLI:EU:C:2018:784, a seguito del rinvio pregiudiziale esperito dal Tribunale di Milano, cui si rimette, in buona sostanza, la verifica del rispetto del requisito dell'equivalenza da parte della normativa

se non necessario, qualora la mera disapplicazione determini una lacuna nella tutela; lacuna che il giudice delle leggi potrebbe eliminare per il tramite di una pronuncia additiva⁸⁰.

Una rimessione al giudice delle leggi parrebbe poi (addirittura) doverosa nei casi in cui – a fronte di sistematica disapplicazione da parte dei giudici comuni a valle di una pronuncia della Corte di giustizia – il legislatore, anziché abrogare la norma interna confliggente con il diritto dell'Unione, continuasse a legiferare in contrasto con gli obblighi sovranazionali, persistendo nell'inadempimento. È quanto di recente accaduto, ad esempio, rispetto alle concessioni demaniali marittime⁸¹. E anche in questo caso, pur probabilmente non rilevando i diritti fondamentali nel senso di cui all'impostazione "269 temperata", a ben vedere un intervento della Consulta potrebbe essere il solo idoneo a porre fine al comportamento illegittimo del legislatore, agendo essa – in un quadro di leale cooperazione – come guardiana della corretta applicazione del diritto dell'Unione, "a tenuta del sistema", in linea (peraltro, parrebbe) con la giurisprudenza costituzionale che impone l'intervento del giudice delle leggi per dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme interne «dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del trattato»⁸².

italiana (i) che subordina la sospensione della decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale in primo grado solo alla verifica della sussistenza di "fondati motivi", vale a dire della fondatezza del ricorso in Cassazione, e non al rischio di un danno grave e irreparabile per il ricorrente; (ii) e secondo cui la valutazione di fondatezza dell'impugnazione è demandata al medesimo giudice che in primo grado ha già rigettato il ricorso. Ipotizza la possibile rimessione alla Consulta F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, in *Questione giustizia*, 27 novembre 2018, www.questionegiustizia.it.

⁸⁰ Si pensi, ad esempio, alla rimessione alla Corte costituzionale nel caso deciso con sentenza n. 227/2010, cit. Ivi la rimessione si giustificò in virtù dell'assenza di effetto diretto delle previsioni della decisione quadro sul mandato di arresto europeo; ma a ben vedere, quand'anche fosse stata possibile, la mera disapplicazione della legge nazionale contrastante con l'art. 4, punto 6, della decisione quadro non avrebbe consentito di assicurare tutela alla posizione dei destinatari del mandato, cittadini di altri Stati membri, che poterono beneficiare di quanto previsto dalla normativa europea (ovvero della possibilità di scontare la pena in Italia, ai fini di un miglior reinserimento sociale) solo a seguito della sentenza del giudice delle leggi che dichiarò incostituzionale (anche ex art. 11 Cost.) l'art. 18, lett. r) della legge 22 aprile 2005, n. 69 (di recepimento della decisione quadro) nella misura in cui non prevedeva siffatta possibilità anche per i cittadini di altri Stati comunitari residenti o dimoranti in Italia, limitandola ai cittadini italiani.

⁸¹ V. sentenza della Corte giust., 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a.*, ECLI:EU:C:2016:558 e la proroga automatica delle concessioni balneari per una durata di quindici anni, disposta da ultimo con l'art. 1, comma 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), nonostante le plurime disapplicazioni della normativa interna, disposte dai giudici nazionali, per contrasto con la menzionata sentenza della Corte di giustizia (v. sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763; sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3377; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3600 e, da ultimo, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, dove si sancisce che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice dell'Unione, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento; ma anche, ad esempio, la sentenza della Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281, che ha ritenuto sussistente il reato di abusiva occupazione ex artt. 54 e 1161 del codice della navigazione, confermando il sequestro di un'area il cui utilizzo era garantito da concessione demaniale prorogata ex lege al 2020 in virtù del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010 n. 25, e la sentenza sempre della Cass. pen., sez. III, 12 luglio 2019, n. 25993, che ha sancito che «sono soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza).

⁸² V., per tutte, sentenza 170/1984, cit.

La semplice inerzia del legislatore – ad eccezione del caso da ultimo menzionato e quindi, forse, di un suo protrarsi nel corso degli anni (decenni?) – non dovrebbe invece rendere indispensabile la rimessione alla Corte costituzionale nella misura in cui la disapplicazione assicura una tutela immediata ed effettiva. Anche se, a ben vedere, anche in questi casi nulla impedisce che un giudice sollevi una questione di legittimità costituzionale, pur a fronte di ripetute disapplicazioni da parte di altri giudici, come dimostra il recente caso dei c.d. *bonus bebé*⁸³. Caso che potrebbe essere un buon banco di prova per il giudice delle leggi per specificare ulteriormente quanto da ultimo chiarito, nell’ordinanza n. 117/2019, sul dovere del giudice di disapplicare. Ricordandosi, tuttavia, che nell’impostazione “269 attenuata” ciò che muta rispetto a *Granital* è il fatto che la Consulta – anche se il giudice dovrebbe disapplicare perché la norma interna confligge con una norma dell’Unione direttamente applicabile o dotata di effetto diretto – ritiene la questione rilevante e la trattiene per l’esame di merito. E, del resto, a fronte di sistematiche disapplicazioni, non credo che il rapporto tra ordinamenti e il processo di integrazione europea possa considerarsi messo in discussione se, ad un certo punto, un giudice decide di investire la Consulta della questione di legittimità costituzionale per far espungere definitivamente una norma (già ritenuta contraria al diritto dell’Unione, e considerata incompatibile anche con la nostra Costituzione) dall’ordinamento nazionale⁸⁴.

Alla luce di quanto sin qui detto, pare, invece ed evidentemente, non auspicabile, come già anticipato (*supra*, par. 1), un’estensione della sfera di operatività dell’“approccio 269 temperato” – pur suggerita in dottrina⁸⁵ – che implichi una sistematica previa rimessione obbligatoria al giudice delle leggi rispetto a qualunque tipo di conflitto della norma interna con quella dell’Unione, anche se non deputata alla tutela dei diritti fondamentali e se direttamente applicabile o dotata di effetto diretto (secondo la Corte di giustizia) e anche in casi dove il contrasto è talmente manifesto da non lasciare adito ad alcun tipo di dubbio o margine di discrezionalità in capo al giudice comune. Un’estensione siffatta dell’orientamento “269 temperato” finirebbe per implicare una sostituzione sistematica della dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Consulta all’intervento abrogativo del legislatore⁸⁶ e, come anticipato (*supra*, par. 1) per annientare completamente la stessa giurisprudenza *Granital*, con ricadute non indifferenti (e neppure giustificabili in base alla giurisprudenza di Lussemburgo) sulla effettività ed immediatezza della tutela della posizione giuridica rilevante, che potrebbero essere compromesse dalla sistematica, appunto, rimessione al giudice delle leggi anche di questioni di (in)compatibilità talmente evidenti da non richiedere l’intervento di tale Corte, perché i giudici ordinari non avrebbero alcun dubbio nel disapplicare sempre e comunque la disposizione nazionale controversa.

⁸³ La Corte di Cassazione, in tema di indennità di maternità e assegno di natalità – a fronte di diversi casi di disapplicazione ad opera di giudici comuni – ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale: v. Cass., sez. lavoro, ordinanze 17 giugno 2019, n. 16163 e n. 16164.

⁸⁴ Tale impostazione pare sostanzialmente in linea con la giurisprudenza *Simmenthal*, che vieta sì di riservare in via esclusiva al giudice delle leggi la competenza a giudicare della compatibilità comunitaria di una norma interna, ma non sembra escludere qualunque possibile coinvolgimento di tale giudice: v. *amplius*, *infra*, par. 7.

⁸⁵ S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità*, cit., p. 36 ss.

⁸⁶ Che potrebbe, *rectius*, dovrebbe verificarsi per il tramite (innanzitutto) della legge europea, strumento deputato proprio ad un allineamento dell’ordinamento nazionale agli obblighi posti, tra l’altro, dalle sentenze della Corte di giustizia.

7. Riflessioni conclusive.

Sintetizzando quanto sin qui esposto, nel sistema “269 temperato”, fermo l’obbligo di rinvio pregiudiziale nei casi di cui *supra* al par. 3, il giudice comune resta libero di decidere quale Corte, di giustizia o costituzionale, adire (per prima) alla luce delle specificità del caso concreto sottoposto al suo esame e pare legittimato anche ad una duplice e contestuale rimessione alle due Corti, che potrebbe di fatto obbligare il giudice delle leggi ad esperire, a sua volta, un rinvio pregiudiziale (v. *supra*, par. 4).

Così, in caso di contrasto di una disposizione nazionale con una norma dell’Unione che (pur) tutela un diritto fondamentale ed è direttamente applicabile o dotata di effetto diretto (secondo quanto specificato dalla Corte di giustizia) è preferibile che il giudice comune proceda immediatamente alla disapplicazione della prima, assicurando effettività alla posizione giuridica interessata (v. *supra*, par. 5). Questo obiettivo – salvi i casi di cui *supra* al par. 6 – deve infatti essere anteposto a qualsiasi altra esigenza, consentendo uno sviluppo ordinato del sistema sovranazionale, forse ancora di più oggi che la tutela del singolo risulta ancora più ridotta che in passato in sede di procedura di infrazione a seguito della comunicazione della Commissione di gennaio 2017 che dichiara di perseguire sistematicamente solo gli inadempimenti statali più rilevanti⁸⁷.

A ben vedere, allora, e come già accennato (*supra*, par. 1), il cambiamento essenziale (forse l’unico) apportato dall’*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 come attenuato, e sotto questo profilo confermato, dalle pronunce del 2019 consiste nel diverso approccio della Consulta quanto alla ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale che presentino anche profili di compatibilità comunitaria e/o che abbiano ad oggetto norme dell’Unione europea deputate alla tutela dei diritti della persona e dotate di effetto diretto. Superandosi, infatti, lo schema della doppia pregiudiziale classica, si consente una sua inversione, con *possibilità* per il giudice comune di adire in prima battuta il giudice delle leggi che, ampliando appunto le maglie della ammissibilità/rilevanza, trattiene la questione per il suo esame del merito⁸⁸.

Del resto, credo che già *Simmenthal* avrebbe consentito siffatto approccio e la soluzione *Melki e Abdeli* e *A* (o, ancora prima, e in parte, *Mecanarte*⁸⁹) e che essa, dunque, non impedisse qualsiasi coinvolgimento della Consulta nella valutazione della compatibilità anche

⁸⁷ V. Comunicazione su “*Diritto dell’Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione*”, in *GUUE*, C 18 del 19 gennaio 2017, p. 10 ss.

⁸⁸ Su tale estensione del sindacato di costituzionalità v., in particolare, G. AMOROSO, *Le sentenze della Corte di giustizia sulle ferie del lavoratore: rinvio pregiudiziale interpretativo versus questione incidentale di costituzionalità*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019, www.federalismi.it.

⁸⁹ V. Corte giust., 27 giugno 1991, causa C-348/89, *Mecanarte*, ECLI:EU:C:1991:278, punti 40-46. Ivi la Corte di giustizia venne chiamata a verificare la compatibilità con l’allora art. 177 CEE della normativa processuale portoghese in virtù della quale il giudice nazionale che constata l’incostituzionalità di una disposizione nazionale è privato della facoltà o comunque dispensato dall’obbligo di adire la Corte di giustizia per questioni relative all’interpretazione o alla validità del diritto comunitario, in conseguenza del fatto che questa constatazione è sottoposta ad un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale e nella misura in cui l’ordinamento nazionale offre gli strumenti necessari per porre rimedio ai vizi di una norma nazionale. La Corte di giustizia affermò che il ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale non può impedire al giudice nazionale di esercitare la facoltà, né dispensarlo dall’obbligo, di esperire rinvio pregiudiziale su questioni vertenti sull’interpretazione o sulla validità del diritto comunitario, al fine di consentirgli di giudicare se una norma nazionale sia o no compatibile con quest’ultimo.

“comunitaria” di norme interne contrastanti con norme dell’Unione pur direttamente applicabili. Non credo cioè che *Simmenthal* imponesse la dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di compatibilità “comunitaria”, ma credo piuttosto che la soluzione delineata in *Granital* quale precipitato di *Simmenthal* e la “regola” della inammissibilità per difetto di rilevanza e della doppia pregiudiziale si giustificassero (e fossero “auto-imposte” nell’ottica della Consulta) in considerazione del fatto che il giudice delle leggi non si riconosceva giurisdizione ex art. (allora) 177 CEE. Cambiando questa impostazione (con l’ordinanza n. 207/2013), si possono estendere le maglie della rilevanza/ ammissibilità e invertire l’ordine delle pregiudiziali, *rectius* consentire anche una previa rimessione alla Consulta. *Simmenthal* vieta, infatti, di *riservare in via esclusiva* il controllo di compatibilità comunitaria alla Consulta, ma *non* obbliga a considerare solo opportuna e non più doverosa la rimessione ad essa. Certo, essa impone anche la disapplicazione, ricorrendone i presupposti, e spetta perciò all’ordinamento nazionale conciliare siffatto obbligo con l’eventuale necessaria previa rimessione al giudice delle leggi, prevedendo una disapplicazione provvisoria o, ancora meglio sarebbe a mio modo di vedere, definitiva in uno con la rimessione (v. *supra*, par. 5)⁹⁰; o ancora, sulla base di quello che oggi già di fatto pare possibile, come detto sopra (par. 6), il ricorso alla Corte costituzionale dopo sistematiche disapplicazioni ad opera del giudice comune che non hanno indotto (negli anni) il legislatore ad abrogare la norma interna confliggente con il diritto dell’Unione.

La Corte costituzionale, nelle pronunce del 2019, pare essere indietreggiata in misura non richiesta dalla Corte di giustizia e potrebbe quindi decidere di tornare sulla questione e modificare nuovamente la propria impostazione, introducendo per il giudice comune un dovere di previa rimessione al giudice delle leggi in caso di doppia pregiudiziale e forse, come detto (*supra*, par. 5), anche in caso di eliminazione di norma interna confliggente con norma

⁹⁰ Vero che in *Simmenthal*, per come era formulato il quesito pregiudiziale e per le specificità del contrasto (legge interna confliggente con un regolamento), la Corte di giustizia statuisce nel senso che «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (v. punto 24 e dispositivo, corsivi aggiunti). Ciò perché l’effetto utile del diritto comunitario sarebbe ridotto se il giudice non potesse disapplicare immediatamente il regolamento (per sua natura direttamente applicabile), con la conseguenza che è *incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione o prassi nazionale che porti ad una riduzione della concreta efficacia di tale diritto negando la giudice il potere di procedere alla disapplicazione* (punti 20-22). Non può tuttavia non evidenziarsi come, al punto 23 della motivazione, la Corte afferma altresì che la menzionata *riduzione dell’efficacia del diritto comunitario* «si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario e una legge nazionale [...], la soluzione fosse riservata a un organo diverso dal giudice» a quo (corsivo aggiunto), anche se l’ostacolo frapposto alla piena efficacia fosse solo temporaneo (come accadeva, in virtù delle specificità del sistema italiano di sindacato di costituzionalità, in base alla giurisprudenza *Frontini* e *ICIC* la cui compatibilità con il diritto comunitario era nella sostanza sottoposta al vaglio della Corte di giustizia nel caso *Simmenthal*). Non poter riservare la competenza (esclusiva) alla Corte costituzionale è cosa diversa, a mio avviso, da impedire la rimessione ad essa e/o imporre la dichiarazione di inammissibilità dei quesiti ad essa sottoposti, potendo quindi immaginarsi, come poi avallato da *Melki e Abdeli* e *A*, una disapplicazione (inizialmente provvisoria, e poi se del caso definitiva anche in contrasto con la decisione del giudice delle leggi) affiancata alla rimessione.

dell'Unione deputata alla tutela dei diritti fondamentali direttamente applicabile o dotata di effetto diretto per espresso riconoscimento del giudice del Kirchberg. Tale soluzione, per essere compatibile con la giurisprudenza "comunitaria", dovrebbe evidentemente rispettare le condizioni *Melki e Abdeli* e *A*, e quindi, tra l'altro, ammettere in parallelo la contestuale rimessione alla Consulta e alla Corte di giustizia e consentire almeno una disapplicazione provvisoria della normativa nazionale ritenuta confliggente con il diritto dell'Unione nelle more del giudizio di costituzionalità, il cui esito potrebbe essere disatteso (ad eccezione, direi, del caso di controllo limite) se il giudice comune ritenesse comunque di dover procedere alla disapplicazione al termine dello stesso (la decisione del giudice di Lussemburgo prevalendo – come visto *supra*, par. 5 – su quella della Corte costituzionale).

Tuttavia, come già anticipato (*supra*, par. 1 e 5), anche qualora si dovesse (re)inserire un obbligo di previa rimessione al giudice delle leggi in caso di doppia pregiudiziale, nel caso di conflitto evidente di una norma interna con norma dell'Unione direttamente applicabile o dotata di effetto diretto l'impostazione preferibile pare quella classica di cui alla giurisprudenza *Simmenthal/ Granital*, ovvero della immediata (e sistematica) disapplicazione⁹¹. Non credo che la possibile violazione di un diritto fondamentale sia un valido *discrimen* per poter mettere in discussione la regola della disapplicazione enucleata dalla Corte di giustizia⁹² che del resto, tranne in rari casi – arginabili comunque se necessario con il ricorso al controllo limite –, si è sempre mostrata attenta custode di tale diritti. La disapplicazione è idonea a garantire l'effettività ed immediatezza della tutela giurisdizionale e a preservare le specificità e l'autonomia del diritto dell'Unione, di cui essa, insieme con il rinvio pregiudiziale, costituisce elemento caratterizzante, potendo senza dubbio alcuno considerarsi uno dei maggiori successi del processo di integrazione.

⁹¹ Siffatta disapplicazione definitiva ad opera del giudice comune potrebbe essere accompagnata, come anticipato (v. par. 5), da una contestuale rimessione alla Corte costituzionale, anche se a tal fine occorrerebbe una modifica delle nostre regole "processuali" nel giudizio di legittimità costituzionale quanto al criterio della rilevanza. Su tale soluzione, come detto, sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., p. 25 ss.

⁹² Si ricordi la critica di A. RUGGERI sull'uso "a scomparsa" dell'rt. 11 Cost.: v. *supra*, nota 24.