

Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto *

ALESSIA-OTTAVIA COZZI **

Sommario

1. Premesse. – 2. L'avvio: *Beethoven v. Mozart*. – 3. Le principali novità sul seguito della 269/2017: l'iter argomentativo. – 4. I parametri. – 4.1. I parametri come espressione di una tecnica di risoluzione delle antinomie: sindacato esclusivo e sindacato complementare. – 4.2. I parametri come espressione di una diversa consistenza ordinamentale. – 4.3. I parametri come espressione del limite all'ingresso di norme esterne: inadeguatezza per eccesso e per difetto. – 5. Sul potere/dovere del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale: cenni ai criteri enunciati dalla Corte. – 5.1. il rango costituzionale della questione e la singolare connessione. – 5.2. Il criterio del grado di armonizzazione.

Data della pubblicazione sul sito: 25 maggio 2020

Suggerimento di citazione

A.O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Contributo in corso di pubblicazione in A. MORRONE, C. CARUSO, F. MEDICO, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020. Vorrei ringraziare Giorgio Repetto per i preziosi commenti. Ogni affermazione nel testo resta nella mia responsabilità.

** Ricercatrice t.d. in Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Udine. Indirizzo mail: alessiaottavia.cozzi@uniud.it.

1. Premesse

Il *fil rouge* del presente contributo è rappresentato dal confronto tra il nuovo cammino europeo intrapreso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2017 e il cammino convenzionale inaugurato con le sentenze gemelle del 2007. Attraverso questo filo rosso, la giurisprudenza costituzionale relativa al parametro europeo e al parametro convenzionale viene analizzata sotto tre profili: lo sviluppo del *modus decidendi* della Corte costituzionale; la tenuta della distinzione tra parametri costituzionali utilizzati per dare ingresso al diritto convenzionale e al diritto europeo; infine, alcune considerazioni sui criteri individuati per indirizzare il potere/dovere del giudice comune di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Prima di entrare nel merito, sono opportune a mio avviso alcune premesse, nella convinzione che conoscere l'orientamento di fondo di chi scrive può essere utile a misurarne le singole posizioni. Personalmente vedo con favore il ritorno del sindacato accentrato su questioni che chiamano in causa diritti e interessi costituzionali e diritti e interessi protetti dalla Carta europea dei diritti fondamentali (di seguito Carta europea o CDFUE). Non credo aprioristicamente ad una affinità generalizzata tra tutti i diritti e interessi tutelati dalla Costituzione e tutti i diritti e interessi protetti dalla Carta europea, poiché ogni carta fondamentale risponde a propri valori ordinamentali. Credo, tuttavia, che la messa in opera congiunta di quei diritti e interessi, anche evidenziandone le distanze, faccia crescere un patrimonio comune europeo improntato a un pluralismo valoriale. E alla luce delle sue attribuzioni, la Corte costituzionale è, a mio avviso, in grado di avere una visione sistemica dei beni e interessi costituzionali, che per il giudice comune è meno agevole. Infine, nelle vicende che si commentano è opportuno tenere sempre a mente che la Corte costituzionale italiana ha interesse ad interpretare innanzitutto la Costituzione e non la Carta europea (così sent. n. 20/2019, p. 2.3 *Cons. dir.* «...la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni...»¹), poiché, come la Corte ha più volte indicato, è dando voce alla Costituzione che si alimentano le tradizioni costituzionali e si dà un contributo alla costruzione di quel patrimonio comune. D'altra parte, l'espunzione definitiva dall'ordinamento, per effetto di una sentenza che dichiara l'incostituzionalità *erga omnes*, di una norma interna contraria alla Costituzione e

¹ Non leggerei in queste affermazioni una priorità logica e assiologica del parametro interno sul parametro europeo, riconducibile ad un disegno sovranista, quanto il tentativo di costruzione di un parametro comune che preservi le caratteristiche di ciascun ordinamento. Sul fatto che la tutela multilivello dei diritti non consiste in un abbandono della prospettiva formale a favore di una assiologico-sostanziale volta a liberare il giudice da vincoli statuali, Pinelli 2007.

anche alle norme primarie europee appare un vantaggio per la stessa omogeneità e uniforme applicazione del diritto europeo.

2. L'avvio: *Beethoven v. Mozart*

Una nitida differenza tra il cammino convenzionale intrapreso nel 2007, con le sentenze nn. 348 e 349, e il nuovo cammino europeo della Corte costituzionale emerge già dall'avvio del nuovo corso giurisprudenziale. Le sentenze gemelle sono state in qualche modo sentenze “manifesto”, perché hanno dettagliatamente ripercorso i parametri che consentivano l'ingresso della Convenzione europea nell'ordinamento interno e, nell'affermare il sindacato accentrato di costituzionalità, hanno dettato ai giudici comuni un puntuale schema di giudizio per far valere l'incompatibilità convenzionale. L'importanza assegnata dalla Corte a quella nuova fase del sindacato di convenzionalità fu testimoniata, al di là di ogni dubbio, dalla scelta di far redigere due sentenze su fattispecie analoghe a due giudici di sensibilità diversa, l'una di diritto costituzionale, l'altra di diritto europeo, utilizzando così due dottrine per conformare il rapporto tra ordinamento interno e CEDU, la dottrina della norma interposta e la dottrina del rinvio. Per usare una metafora musicale, dunque, il cammino convenzionale esordisce nel 2007 con le prime note, nitide e perentorie, della Sinfonia n. 5 di Beethoven.

Il nuovo cammino europeo, invece, nel 2017 inizia in punta di piedi – come il suono dei campanelli nel flauto magico di Mozart. Benché probabilmente il tema fosse in discussione da tempo (cfr. TEGA 2019), la Corte ha optato per un *obiter dictum*, creando dubbi sia nella dottrina, che in parte della giurisprudenza di legittimità sulla sua portata precettiva (MASSA 2019). All'*obiter* hanno fatto seguito successive specificazioni e modulazioni. A mio avviso, le sentenze n. 20, n. 63, n. 112 e l'ordinanza n. 117/2019 confermano sostanzialmente l'*obiter* della n. 269/2017. Nell'ordinanza n. 117/2019, di remissione di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia sul diritto a non rendere dichiarazioni di natura confessionaria, è la stessa Corte costituzionale a rileggere in un quadro unitario coerente, benché di progressivi chiarimenti, i propri precedenti (p. 2 *Cons. dir.*).

I tratti caratterizzanti del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale possono, dunque, essere così riassunti: nei casi in cui una norma interna contrasti sia con norme della Costituzione, sia con norme della Carta europea, eventualmente collegate a norme di diritto europeo derivato, il giudice rimettente può, nella sua libera valutazione sull'ordine delle pregiudiziali, sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale e, prima o dopo l'incidente di costituzionalità, effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per analoghi o diversi profili; deve, inoltre, anche successivamente all'incidente di costituzionalità, non applicare la norma interna, evidentemente non dichiarata

incostituzionale, in contrasto con il diritto europeo². È ribadita e confermata, inoltre, la finalità del «concorso di rimedi» che caratterizza questo nuovo cammino europeo: rendere effettiva la possibilità, assicurata dall'art. 6 TUE, che i diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla Carta, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni, richiamate anche dall'art. 52, par. 4, Carta, «in un quadro di costruttiva e leale collaborazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia... affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico», ai sensi dell'art. 53 Carta europea (sent. n. 269/2017, p. 2.3 *Cons. dir.*, ripreso in ord. n. 117/2019, p. 2 *Cons. dir.*).

3. Le principali novità sul seguito della 269/2017: l'iter argomentativo

La principale novità delle sentenze successive alla n. 269 consiste, a mio avviso, nell'aver reso evidente l'iter argomentativo adottato dalla Corte costituzionale investita di una questione di legittimità costituzionale riferita al parametro europeo. La Corte procede ad un esame in parallelo dei parametri di matrice interna, internazionale ed europea alla luce delle rispettive giurisprudenze. Questa analisi mette in luce i principi elaborati dalle Corti sovranazionali, che la Corte costituzionale successivamente pone a confronto con il parametro costituzionale interno. Sono frequenti, in queste sentenze, affermazioni per cui la pluralità delle fonti normative esaminate converge verso unitari principi, o ancora che i principi emersi nella giurisprudenza di Strasburgo e della Corte di giustizia hanno una comune *ratio*, o evidenziano comuni limiti. La Corte costituzionale aveva utilizzato una simile struttura dell'argomentazione per il parametro convenzionale. Anche nelle sentenze relative al diritto europeo, diventa abituale l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia, alla ricerca di casi e significati che siano comparabili con gli esiti ricavati dal parametro interno. Le giurisprudenze, in sostanza, entrano in gioco in una visione d'insieme. Questo modo di procedere ha il merito di mettere in chiaro cosa dicono le Corti e rispetto a quali casi si sono formati i rispettivi orientamenti, ma contestualmente di tenere distinte le rispettive fonti. Nella sentenza n. 63/2019, per esempio, in tema di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative, emerge nitidamente il tentativo di inquadramento e discussione delle giurisprudenze sovranazionali anche quando nella giurisprudenza di Strasburgo non vi siano precedenti in termini e manchi un orientamento consolidato. Nella ordinanza n. 117/2019, allo stesso modo, la Corte costituzionale analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla audizione

² Sulla doverosità della non applicazione: «e fermo restando, 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» (sent. n. 63/2019, p. 4.3 *Cons. dir.*, ripreso in ord. n. 117/2019, p. 2 *Cons. dir.*).

dell'interessato in procedimenti relativi a illeciti anticoncorrenziali, ma la definisce risalente e si interroga sulla sua persistente attualità. Si tratta, dunque, di una comparazione tra parametri e rispettive interpretazioni che non procede in maniera magmatica, per brani e frazioni la cui origine sia diventata irricognoscibile, ma che ha il merito di tenere distinte le rispettive fonti e la relativa interpretazione per “farle parlare” (BIN 2011). Si consente in questo modo un maggiore controllo sull'iter argomentativo da parte degli altri referenti giurisdizionali, della dottrina e, più in generale, dall'opinione pubblica³. Come prima conclusione, dunque, nel nuovo cammino europeo la giurisprudenza costituzionale relativa al diritto convenzionale e quella relativa al diritto europeo finiscono per assomigliarsi. Resta ferma, tuttavia, la distinzione dei parametri costituzionali cui fanno capo l'uno e l'altro diritto, e su questo conviene soffermarsi.

4. I parametri

Il nuovo cammino europeo della Corte costituzionale non ha messo in discussione i parametri costituzionali relativi all'uno e all'altro sistema di tutela. Il parametro costituzionale che governa i rapporti con il diritto convenzionale è costituito principalmente dall'art. 117, comma 1, Cost., nella parte relativa al rispetto dei vincoli derivanti «dagli obblighi internazionali», mentre per il diritto europeo operano tuttora gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte relativa ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». Si è detto “principalmente” per il diritto convenzionale, perché a volte la Corte costituzionale ha applicato, ove il giudice rimettente abbia così formulato la questione, l'art. 10, comma 1, Cost. È accaduto, inoltre, che la Corte costituzionale abbia esaminato la norma interna alla luce del diritto convenzionale direttamente entro i parametri costituzionali sostanziali, per esempio l'art. 2 Cost. (COZZI 2018a). A parte queste precisazioni, la ripartizione di massima dei parametri resta ferma: art. 117, comma 1, Cost. per il diritto convenzionale; artt. 11 e 117, comma 1, Cost. per il diritto europeo⁴. Ci si chiede se, con il nuovo cammino europeo della Corte, questa netta distinzione abbia ancora ragion d'essere. Il tema può essere articolato in tre distinti profili: a) la diversità dei parametri riflette differenti tecniche e sedi processuali di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali; b) la diversità dei parametri è riferita a una diversa consistenza ordinamentale dei sistemi di tutela; c) la diversità dei parametri implica un diverso limite di resistenza delle norme

³ Ipotizza, invece, che parametro possa un giorno essere il diritto fondamentale leso, al di là della fonte nazionale e sovranazionale che lo proclama, VIGANÒ 2019.

⁴ A titolo di esempio, nella sent. n. 63/2019, il principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative trova fondamento nell'art. 3 Cost., nel diritto internazionale e nell'art. 49, par. 1, CDFUE, e solo quest'ultimo è definito «rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.», p. 6.1 *Cons. dir.*, terzultimo periodo.

costituzionali alle norme esterne. Ognuna di queste articolazioni del concetto di parametro merita di essere discussa.

4.1 I parametri come espressione di una tecnica di risoluzione delle antinomie: sindacato esclusivo e sindacato complementare

Con il nuovo cammino europeo, al pari del diritto convenzionale, la sede di risoluzione delle antinomie tra norma interna e norma sovranazionale europea è diventata il giudizio incidentale di costituzionalità, con due importanti precisazioni. La prima è che resta fermo l'obbligo di interpretazione conforme, che attribuisce un intenso potere di coordinamento tra norme al giudice *a quo* (sulle analogie e differenze tra interpretazione costituzionalmente conforme e interpretazione conforme al diritto europeo, LAMARQUE 2015; sul rapporto tra affievolimento del requisito dell'interpretazione conforme, riaccentramento del sindacato e ritrovata astrattezza, REPETTO 2017a). La seconda è che l'incompatibilità convenzionale ha nel sindacato accentrato una sede *esclusiva* di risoluzione delle antinomie non rimediabili attraverso l'interpretazione conforme, mentre l'incompatibilità europea no.

Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 hanno escluso in radice la possibilità di risolvere l'incompatibilità convenzionale attraverso la non applicazione della norma interna in conflitto con la CEDU. Questo esito è stato determinato proprio dalla volontà di arginare un sindacato diffuso di convenzionalità che stava emergendo nella giurisdizione ordinaria, affidando interamente l'incompatibilità convenzionale alla Corte costituzionale. Le medesime ragioni di argine al dilagare di un sindacato diffuso sono state invocate per sostenere l'esigenza di un ritorno al sindacato accentrato anche nei confronti del diritto europeo relativo a diritti fondamentali (BARBERA 2017). Per vero, nei dieci anni dalla sua entrata in vigore come fonte primaria, non consta a chi scrive una massiccia opera di non applicazione di norme interne per diretto contrasto con la Carta europea (si vedano, però, i recenti sviluppi in materia di *ne bis in idem* in Viganò 2019). In ogni caso, la volontà di circoscrivere il sindacato diffuso ha prodotto un esito differente rispetto al diritto convenzionale: nel nuovo cammino europeo inaugurato con la sentenza n. 269 del 2017, sindacato accentrato e sindacato diffuso convivono. Il potere/dovere del giudice comune di non applicare la norma interna incompatibile con il diritto europeo può in alcuni casi essere *assorbente*, esaurendo il giudizio sul conflitto tra norme ed impedendo in radice, attraverso la non applicazione, un successivo incidente di costituzionalità, oppure può essere *complementare*. Vi sono casi, in altre parole, in cui la sede esclusiva di risoluzione del conflitto tra norme si consuma nel giudizio ordinario, eventualmente arricchita da un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Vi sono altri casi in cui il giudice comune condivide con la Corte costituzionale il potere/dovere di sciogliere il

conflitto con la norma europea, potendo sollevare questione di costituzionalità e conservando, nel caso in cui non vi sia stata dichiarazione di incostituzionalità, il potere di non applicazione. Ebbene, proprio la coesistenza di un sindacato esclusivamente rimesso al giudice comune e di un sindacato condiviso tra questi e la Corte costituzionale avrebbe dovuto indurre ad una più precisa definizione dei rispettivi ambiti, ma su questo si tornerà in seguito.

Per ciò che qui rileva, merita mettere in evidenza che la scelta della tecnica di risoluzione delle antinomie (non applicazione *inter partes* o incostituzionalità *erga omnes*) e della connessa sede (giudizio comune o giudizio costituzionale) *non dipende dal parametro*.

Un'impressione diversa, ossia l'esistenza di una necessaria consequenzialità tra parametro e tecnica di risoluzione delle antinomie, poteva trarsi dai precedenti costituzionali relativi alla CEDU. In venticinque anni di giurisprudenza *Granital* si è diventati avvezzi ad associare all'art. 11 Cost. il rimedio della non applicazione e questa impressione si è acuita dopo il 2007. Dalle sentenze gemelle, la Corte costituzionale si è sempre sforzata di non estendere alla CEDU alcune caratteristiche del diritto europeo, in particolare la primazia e l'effetto diretto. Nel fare questo, la Corte costituzionale ha riservato, come si è visto, al solo diritto europeo la copertura dell'art. 11 Cost. e ha collegato a questo parametro lo strumento della non applicazione, dipendente dalle particolari caratteristiche dei Trattati europei. Tanto che la dottrina che sosteneva l'opportunità di ammettere la non applicazione anche nei confronti del diritto convenzionale si è sforzata di dimostrare che la copertura dell'art. 11 Cost. poteva essere estesa al sistema del Consiglio d'Europa. Il ragionamento implicito era, dunque, che l'art. 11 Cost. legittimasse la non applicazione come carattere fisiologico del rapporto tra norme interne ed esterne attratte nella sfera di quel parametro, mentre questa soluzione non sarebbe stata ammessa dagli altri parametri costituzionali, *in primis* l'art. 117, comma 1, Cost., ma anche le altre norme costituzionali sostanziali, come l'art. 2 Cost. Solo l'art. 11 Cost., in sostanza, avrebbe autorizzato la non applicazione e non altre norme costituzionali (così nella dottrina internazionalistica SALERNO 2018).

In realtà, l'art. 11 Cost. è sempre rimasto la norma di apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento europeo indipendentemente dal mutare delle tecniche di risoluzione delle antinomie⁵. Se si ripensa alle diverse fasi del cammino europeo della Corte costituzionale, l'art. 11 Cost. ha consentito inizialmente l'utilizzo del

⁵ Sulla separazione fra ordinamento interno e ordinamento europeo, concepiti come «sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dai trattati istitutivi della Comunità», già sent. nn. 98/1965, 183/1973, 232/1975, da cui il divieto di sindacare i regolamenti comunitari, essendo consentito solo un eventuale giudizio sulle leggi di esecuzione dei Trattati.

criterio cronologico (sent. n. 4/1964); in una seconda fase, del criterio gerarchico (sent. nn. 232/1975, 163/1977); nella terza fase inaugurata con *Granital*, del criterio della competenza, declinato nella forma della non applicazione derivante dall'arretramento del diritto interno negli spazi definiti dai Trattati europei sulla base del principio di attribuzione, nel tempo ampiamente estesi dalla Corte di giustizia. Né bisogna dimenticare che, già prima della sentenza n. 269/2017, l'art. 11 Cost. consentiva un sindacato accentrato nel giudizio di costituzionalità in via principale e nel giudizio incidentale relativo a norme europee prive di effetto diretto. L'art. 11 Cost, in breve, ha retto tutte le varianti delle tecniche e sedi di risoluzione delle antinomie tra norma interna e norma europea. La Corte ha mutato queste tecniche nel tempo senza contestualmente esplicitare una diversa interpretazione del parametro, né un cambio di paradigma sostanziale nel rapporto tra ordinamenti, benché al variare delle tecniche il principio di separazione tra ordinamenti risultasse inciso (SORRENTINO 1999). Questa constatazione rivela che l'art. 11 Cost. è stato inteso dalla giurisprudenza costituzionale come una norma dalla flebile consistenza sostanziale, certamente volta all'apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento sovranazionale, ma molto malleabile e flessibile per ciò che attiene ai modi e alle condizioni di questa apertura. Questo deriva, come noto, dall'origine storica dell'art. 11 Cost, pensato per le Nazioni Unite ed esteso in via pretoria all'ordinamento europeo. Tuttavia, deriva anche da un affievolimento, evidentemente voluto, della prescrittività delle condizioni che pure l'art. 11 Cost. contiene, come la condizione di parità con gli altri Stati, il fine della pace e sicurezza tra le Nazioni come obiettivo per consentire le limitazioni di sovranità; lo stesso concetto di limitazione; i verbi «promuovere» e «favorire». L'interpretazione in senso debole del suo contenuto sostanziale – adottata dalla Corte costituzionale e avallata dal legislatore, che non è intervenuto – ha reso l'art. 11 Cost. una norma buona a *tout faire*, capace di tollerare diverse conformazioni del rapporto tra ordinamenti (BARTOLE 2004, 297, 304-305, che richiama la definizione dell'art. 11 come disposizione *chewing-gum* di Monaco 1975). Ai nostri fini, resta che la non applicabilità *non* è un carattere necessario imposto dall'art. 11 Cost. Essa, piuttosto, dipende dalle caratteristiche dell'ordinamento delle cui norme si chiede l'ingresso. La domanda che residua è, dunque, lasciata da parte la non applicazione, se esistono ancora ragioni per ritenere che l'art. 11 Cost. non possa essere esteso al sistema convenzionale.

4.2 I parametri come espressione di una diversa consistenza ordinamentale

Certamente il sistema convenzionale è nato per perseguire le finalità inscritte nell'art. 11 Cost., ossia la pace e la giustizia tra le nazioni. Ed anzi, nel sistema convenzionale queste finalità sono spinte al punto tale da non tollerare il principio di reciprocità (cfr. art. 1 CEDU). Le stesse finalità paiono essere state alla base

dell'iscrizione all'art. 11 della Carta ONU (sent. n. 238/2014, su cui SALERNO 2018, *infra*). Si potrebbe dire, perciò, che gli scopi dell'art. 11 Cost. si attagliano al sistema convenzionale più che all'ordinamento europeo. Tuttavia, a mio avviso l'art. 11 Cost. conserva nei confronti del diritto europeo una valenza particolare che al sistema convenzionale manca, la legittimazione ad una integrazione tra ordinamenti parimenti politici. L'ordinamento europeo è un ordinamento politico, mentre il sistema di tutela introdotto dal Consiglio d'Europa ha caratteristiche prevalentemente improntate al diritto internazionale, in cui difettano organi propriamente politici sotto il profilo della composizione e delle funzioni. Questa distinzione è stata affermata con forza dalla Corte costituzionale contestualmente alla qualificazione della CEDU come parametro interposto, per distinguerla dal diritto europeo. Nella sent. n. 349/2007 si argomentava che i diritti fondamentali non costituiscono una "materia" rispetto alla quale sia ipotizzabile una cessione di sovranità. Nella sent. n. 348/2007 si ragionava della assenza, nel sistema convenzionale, di organi di produzione di norme giuridiche direttamente applicabili negli Stati contraenti, a differenza dell'ordinamento europeo, che comprende *organi deliberativi* da cui promanano norme vincolanti per tutte le autorità nazionali⁶. La "politicalità" era intesa, dunque, nel senso essenzialmente

⁶ In sent. n. 348/2007, p. 3.3 *Cons. dir.*: «L'art. 117, primo comma, Cost., ... distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, *cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo*, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma *non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri*» (corsivo nostro). Nella sent. n. 349/2007, invece, l'art. 11 Cost. non è ritenuto applicabile al sistema convenzionale perché i diritti fondamentali non configurano una materia rispetto alla quale sia ipotizzabile una cessione di sovranità e perché «nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente» (p. 6.1 *Cons. dir.*). La dottrina internazionalistica ha valorizzato l'argomento della sent. n. 349/2007 relativo al contatto tra ordinamento internazionale e singolo e, a partire dalla sent. n. 238/2014, ha fatto dipendere la copertura dell'art. 11, richiamando Santi Romano, «dal

kelseniano di capacità di produrre norme giuridiche, cosicché vi è trasferimento di sovranità quando vi è cessione di poteri normativi. Questo accade per l'ordinamento europeo e non può accadere per il sistema convenzionale. La presenza di poteri normativi, d'altra parte, si attaglia a giustificare anche i caratteri tipici delle norme prodotte, quali l'effetto diretto, mentre non contribuisce a delineare la natura delle norme convenzionali, né delle sentenze del loro giudice, la Corte di Strasburgo.

Oggi alcuni tratti tipici delle norme europee, in particolare l'effetto diretto, sono in via di ridefinizione (GALLO 2019). Tuttavia, la distinzione tra sistema convenzionale e ordinamento europeo fondata sull'esercizio di poteri legislativi conserva, a mio avviso, fondamento. Questo anche nel momento in cui incompatibilità convenzionale e incompatibilità europea sono almeno in parte accomunate nel sindacato accentrato. La diversa consistenza ordinamentale dei sistemi di tutela, infatti, ha puntuali riflessi pratici sia in termini verticali, nel rapporto tra ordinamenti europeo e interno, sia in termini orizzontali, nel rapporto tra discrezionalità politica e funzione giurisdizionale. In termini verticali, l'art. 11 Cost. conserva significato come radice della costruzione europea nell'ordinamento interno per esprimere il fatto che il diritto europeo ruota ancora oggi intorno al principio di attribuzione, principio che ne determina l'estensione e i limiti; che, inoltre, il diritto europeo contempla nella cessione di sovranità vari gradi di armonizzazione, cui corrispondono diverse modalità di attuazione. È lo stesso art. 11 Cost., infine, che legittima una costruzione europea plurale fondata sulla garanzia dei diritti che tragga linfa dalle tradizioni costituzionali comuni, valorizzando il contributo dell'esperienza nazionale nella formazione di un patrimonio comune europeo (CARTABIA 2007, 64-65).

Sul piano orizzontale inoltre, nel rapporto tra legislatore e funzione giurisdizionale, le norme europee derivate sono il frutto di un compromesso politico tra istituzioni europee in cui si riflette, ogniquale volta è coinvolto il Consiglio, un compromesso tra Stati, o meglio tra governi. Il giudice che si confronti con l'interpretazione di quelle norme incontra il limite della discrezionalità politica. Lo si è visto bene nel caso *Melloni*, sul mandato di arresto europeo, rispetto al quale condivido le posizioni di coloro che hanno valorizzato il fatto che quella disciplina fosse il frutto di un compromesso negoziato a livello europeo che non era possibile rompere invocando la più alta tutela offerta da uno Stato membro (SARMIENTO 2013). Successive sentenze della Corte di giustizia, sempre in tema di mandato di arresto europeo, sono state più aperte ad ammettere rimedi nazionali adottati in virtù del diritto costituzionale interno che intervenissero su profili non toccati dalla

modo in cui una determinata realtà "ordinatoria" auspicata dall'art. 11 si storicizzi in un'organizzazione internazionale coerente per le sue finalità con i parametri indicati dalla Costituzione» (Salerno 2018).

decisione quadro, dunque su cui un compromesso tra Stati non vi era stato (BARTOLONI 2019). L'ordinamento europeo, come sistema politico/normativo, continua perciò a differenziarsi dal sistema convenzionale. Questa diversa consistenza ordinamentale, sommariamente descritta, giustifica l'esistenza di specifici strumenti politici, e non solo giurisdizionali, di collegamento tra i sistemi di tutela. In conclusione, se si guardasse innanzitutto alle sue finalità, si potrebbe estendere l'art. 11 Cost. al diritto convenzionale. Tuttavia, allo stato attuale, la differenza tra parametri di riferimento – art. 117, comma 1, per il diritto convenzionale; artt. 11 e 117, comma 1, per il diritto europeo – può ancora trovare una ragion d'essere se con essa si intende mettere in luce una diversa consistenza ordinamentale dei sistemi di tutela.

4.3 I parametri come espressione del limite all'ingresso di norme esterne: inadeguatezza per eccesso e per difetto

Occorre, ora, analizzare l'ultimo aspetto relativo ai parametri, ossia la tenuta del diverso limite costituzionale cui sono esposte le norme convenzionali e le norme europee. Allo stato attuale il parametro convenzionale, come norma interposta, incontra formalmente il limite di tutte le disposizioni costituzionali, mentre il parametro europeo, con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., incontra il limite dei soli principi supremi dell'ordinamento. L'attuale giurisprudenza costituzionale mi pare metta in discussione questa secca bipartizione, che pecca da un lato per eccesso e dall'altro per difetto.

Pecca per eccesso nei confronti del diritto convenzionale, in quanto l'analisi della giurisprudenza costituzionale mostra come, di fatto, le norme costituzionali "respirino" alla luce del diritto convenzionale, siano intese come porose e aperte a quel diritto, che finisce per integrare il parametro interno. La resistenza delle norme costituzionali rispetto al parametro convenzionale non si è sistematicamente impuntata su singoli profili di dettaglio e rari sono i casi in cui i principi costituzionali ne hanno rappresentato un limite. Si trae, dunque, dalla giurisprudenza costituzionale un'impressione complessiva di ampia integrazione tra sistemi di tutela, o almeno di intenso coordinamento.

Sul versante del diritto europeo, già prima di *Granital* (sent. n. 183/1983) la Corte costituzionale aveva esteso al diritto europeo il limite dei principi supremi dell'ordinamento come unico limite all'ingresso di norme europee, che per il resto sono in grado di derogare alle stesse norme costituzionali. Ma il nuovo cammino europeo della Corte costituzionale rivela che questa impostazione pecca per difetto. Nel precedente indirizzo, l'occasione in cui le norme europee entravano in contatto con norme costituzionali nei giudizi in via incidentale era limitata alle norme prive di efficacia diretta e ai rari casi in cui il giudice rimettente dubitava della violazione di un principio supremo. Con il nuovo cammino, le norme europee

primarie attivate in funzione di parametro interposto “toccano” molto più di frequente le norme costituzionali, le conformano e sono destinate ad essere, almeno in parte, conformate da esse attraverso l’interpretazione, allo scopo di contribuire a definirne il contenuto a livello europeo attraverso le tradizioni costituzionali comuni. Le sentenze commentate, dunque, introducono una nuova dialettica tra parametro costituzionale interno e parametro europeo. I singoli diritti e interessi sostanziali di volta in volta in gioco comunicano, si confrontano nel significato, si distanziano oppure si integrano (v. per es. sent. n. 20/2019, p. 3.1, in cui la Corte applica l’art. 3 Cost. «come integrato dai principi di derivazione europea»). Questo “parlarsi” non chiama in causa soltanto i principi supremi, ma tutte le norme costituzionali. In questo rinnovato contesto, pertanto, i controlimiti non paiono costituire l’unico caso in cui la Corte costituzionale sia tenuta ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, come è avvenuto nella vicenda Taricco⁷. Il rinvio può essere utile per l’interpretazione o la validità del diritto europeo in fattispecie correlate a qualsivoglia principio costituzionale. Anche in fattispecie in cui, quindi, non viene in gioco il nucleo duro della Costituzione, le norme europee sono chiamate a interagire con norme costituzionali. È quanto già avvenuto, in realtà – a conferma della verosimiglianza di questo scenario – nel rinvio pregiudiziale in materia di precari della scuola, ord. n. 207/2013, in cui la fattispecie chiamava in causa principi costituzionali relativi al diritto all’istruzione, all’organizzazione del sistema scolastico e al concorso pubblico⁸. In definitiva, il mutare della sede processuale di confronto tra diritto

⁷ Anche l’ord. n. 117/2019, in un inciso, definisce il diritto al silenzio dell’imputato come corollario implicito essenziale del diritto di difesa, appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana «che caratterizzano l’identità costituzionale italiana», correlando la fattispecie a principi supremi (p. 7.1 *Cons. dir.*); insiste sul punto SCACCIA 2019.

⁸ In sede di commento all’ord. n. 207/2013 si disse: «è legittimo allora chiedersi se sia ragionevole che questo strumento di interazione (n.d.r. il rinvio pregiudiziale) resti confinato al solo caso in cui vengano in discussione norme prive di efficacia diretta e non debba operare anche in quei casi, che sembrerebbero restare esclusi dalla ordinanza in questione, dove si verte intorno a norme comunitarie dotate di effetto diretto. E se ciò si dovesse ritenere inevitabile in base alla stessa impossibilità, in casi del genere, di instaurare il giudizio davanti alla Corte (in osservanza ai dettami posti con la sent. n. 170 del 1984), non può non osservarsi come il presupposto su cui quell’indirizzo si fonda – cioè l’autonomia del circuito giudici nazionali-Corte di giustizia rispetto alla Corte costituzionale – troverebbe una ulteriore, significativa, smentita proprio in questa ordinanza, che ha dimostrato come il coinvolgimento di principi costituzionali rappresenta una ragione sufficiente per far rientrare la Corte costituzionale in quel circuito (senza, per questo, arrivare all’ipotesi estrema e sempre più depotenziata dei controlimiti)» (REPETTO 2013).

interno e diritto sovranazionale porta le norme costituzionali a confrontarsi con il diritto europeo e a “tenere”, ciascuna nel suo significato, come delineato dalla Corte costituzionale, ben al di là dei principi supremi. Anche sotto questo profilo, pertanto, la giurisprudenza sul diritto convenzionale e la giurisprudenza sul diritto europeo finiscono per assomigliarsi: il modificarsi delle sedi di risoluzione delle antinomie, entrambe riportate al sindacato accentrato, finisce per avvicinare anche i limiti all’ingresso delle norme sovranazionali. In conclusione, la rigida identificazione del limite consistente in tutte le disposizioni costituzionali per la CEDU e soltanto nei principi supremi per il diritto europeo, a mio avviso, non tiene più. Guardando alla prassi, si afferma probabilmente un meno definito e più morbido limite, in cui le norme costituzionali si confrontano una per una, nella loro sostanza, sia con il parametro convenzionale che con il parametro europeo.

Volendo trarre le file delle considerazioni svolte, può dirsi che, per effetto del parziale ritorno del giudizio di compatibilità europea al sindacato accentrato:

1. la struttura dell’argomentazione in fattispecie in cui entrino in gioco il parametro convenzionale e il parametro europeo si è fatta simile;
2. trova ancora giustificazione una distinzione tra i parametri di riferimento, art. 117, comma 1, Cost. per il diritto convenzionale; artt. 11 e 117, comma 1, Cost. per il diritto europeo, se essa si ritiene fondata sul carattere politico/normativo dell’ordinamento europeo, poiché comporta riflessi sul rapporto verticale tra ordinamenti e sul rapporto orizzontale tra funzione giurisdizionale e discrezionalità politica;
3. non è più nitida, invece, la distinzione tra i limiti che le norme costituzionali oppongono alle norme convenzionali e i limiti che frappongono al diritto europeo; il diritto europeo primario, per effetto delle occasioni di maggiore “contatto” con il parametro costituzionale, finirà per influenzare ed essere influenzato da questo al di là delle sole occasioni relative ai controlimiti.

Per completare il confronto con il cammino convenzionale, mancano alcune considerazioni sulle condizioni in presenza delle quali il giudice comune è tenuto ad aprire l’incidente di costituzionalità.

5. Sul potere/dovere del giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale: cenni ai criteri enunciati dalla Corte

Si è osservato che, alla luce del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale, convivono fattispecie di sindacato *assorbente ed esclusivo* del giudice comune e fattispecie di sindacato *complementare*: nelle prime, il giudice comune deve risolvere da solo l’incompatibilità tra norma interna e norma europea attraverso la non applicazione; nelle seconde, il giudice conserva il potere di non applicare la

norma interna, ma può sospendere il giudizio per aprire l'incidente di costituzionalità.

La dottrina si è interrogata in questo senso sull'esistenza di un potere o di un dovere del giudice rimettente. La doverosità è sembrata il corollario più naturale della ritrovata centralità del giudizio costituzionale ed è stata intesa da alcuni in senso temperato, nella consapevolezza che la Corte non possiede strumenti giuridici per imporre ai giudici la rimessione di questioni (MASSA 2019). Personalmente, ritengo preferibile ragionare in termini di potere del giudice comune. Non tanto perché la Corte costituzionale, nella giurisprudenza qui esaminata, utilizzi il verbo «potere», né – elemento da non sottovalutare – perché la libertà del giudice nella scelta dell'ordine delle pregiudiziali è condizione per la tollerabilità del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale rispetto ai requisiti richiesti dalla Corte di giustizia nei casi *Melki* e *A. c. B.* (MARTINICO in questo volume; MARTINICO, REPETTO 2019), ma per ragioni che attengono ai caratteri tipici del modello italiano di giustizia costituzionale. La libertà nella scelta dell'ordine delle pregiudiziali - riconosciuta dalla Corte costituzionale al giudice per far salva la possibilità, pretesa dalla Corte di giustizia, di sollevare rinvio pregiudiziale in ogni momento - è anche, in realtà, un attributo generalmente riconosciuto dalla Corte costituzionale al giudice comune in punto di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Anche a prescindere dal diritto europeo, la Corte ha tradizionalmente affidato alla responsabilità del giudice rimettente la scelta dell'ordine logico delle questioni da risolvere per la soluzione del caso e, dunque, l'individuazione del “tempo logico” della rilevanza (ONIDA 1978, 1004 ss., in merito a questioni prive di effetti sul giudizio *a quo*, in cui la rilevanza atteneva alla scelta delle norme in base alle quali il processo doveva essere deciso; PIZZETTI, ZAGREBELSKY 1972, 21). Se mai, la Corte si è riservata in epoche diverse un sindacato più o meno intenso, interno o esterno, sulla motivazione del giudice rimettente, a pena di inammissibilità della questione di costituzionalità (REPETTO 2017a)⁹.

Il punto, tuttavia, non è tanto qualificare in termini astratti la condotta del giudice comune, quanto definire *criteri sostanziali* che indirizzino nei casi concreti

⁹ Si dice questo nella consapevolezza che nel precedente assetto *Granital* l'inammissibilità per irrilevanza era associata alla priorità logica della questione relativa all'applicazione del diritto europeo. Questa ricostruzione, pur messa in discussione dalla dottrina, era strumentale al funzionamento dello schema introdotto con la sent. n. 170 del 1984. Tuttavia, proprio la sua archiviazione con la sent. n. 269/2017 ne dimostra la stretta correlazione rispetto ai presupposti di *Granital*. Forse troppo velocemente questo bagaglio di costrutti logico-giuridici, rimasti a lungo operativi, è stato messo da parte dal nuovo cammino europeo della Corte, di cui pure si condivide l'esito, senza essere sostituito da un altrettanto dettagliato apparato logico-giuridico.

la sua discrezionalità nella scelta dell'ordine logico delle questioni. A mio avviso, la maggiore critica al nuovo corso europeo della Corte costituzionale attiene proprio a questo aspetto, al non aver chiarito i criteri sostanziali in presenza dei quali il giudice comune è tenuto a sollevare questione di costituzionalità. L'intensità di questa incertezza emerge, ancora una volta, da un confronto con il percorso convenzionale. Anche il cantiere convenzionale si è caratterizzato per affinamenti progressivi, ma essi hanno interessato soprattutto il grado di autonomia rivendicato dalla Corte costituzionale rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo, mentre il "modulo" del rapporto tra giudice rimettente e Corte costituzionale è stato definito da subito ed è rimasto invariato nel tempo. Ancora di recente, proprio in relazione al rapporto tra cantiere convenzionale e cantiere europeo, si è osservato che «le sentenze gemelle tracciano un preciso riparto di competenze tra giudici comuni e costituzionali, rispetto al compito di assicurare la garanzia dei diritti convenzionali nell'ordinamento italiano» (VIGANÒ 2019).

Nel nuovo cammino europeo, invece, questo riparto di competenze non è stato delineato: non è dato comprendere quando il giudice debba, sotto la sua responsabilità, adire la Corte costituzionale e quando debba porre rimedio direttamente all'incompatibilità europea. Questa incertezza è grave perché incide sulla certezza del diritto e sul principio di eguaglianza.

Dalle sentenze esaminate, per vero, in particolare dalla n. 20/2019, fanno timidamente capolino due criteri sostanziali che dovrebbero orientare i giudici rimettenti, il criterio del rango costituzionale della questione e il criterio della singolare connessione. L'ord. n. 117/2019 pare aver aggiunto un ulteriore criterio, anch'esso solo sussurrato, relativo al carattere vincolato o meno del diritto europeo derivato. A questi criteri è dedicata l'ultima parte del presente contributo.

5.1 Il rango costituzionale della questione e la singolare connessione

Il criterio del rango costituzionale della questione, già presente nella sentenza n. 269/2017, attiene al rapporto tra norma interna oggetto del giudizio di costituzionalità e norme parametro, in particolare norme costituzionali e norme della Carta che esprimono beni affini. Il criterio della singolare connessione riguarda invece, a mio avviso, un aspetto tutto interno al diritto europeo, ossia il rapporto tra norma primaria europea e diritto derivato. Entrambi hanno la funzione di delimitare le competenze del giudice comune e della Corte.

Più specificamente, il rango costituzionale della questione – attraverso un'espressione che evoca in qualche modo il "tono costituzionale" dei conflitti di attribuzione – richiede al giudice rimettente di leggere il conflitto tra norma interna e norma europea, anche di diritto derivato, alla luce dei beni costituzionali che vi si riflettono, dunque di far emergere, dietro l'incompatibilità tra norma interna e norma europea, i diritti e interessi costituzionali coinvolti, a loro volta affini a diritti

e interessi protetti dalla Carta europea. Nel caso della sentenza n. 20/2019, per esempio, è stato il TAR Lazio a impostare il rapporto tra norma interna e direttiva europea in termini di conflitto tra due contrapposte «esigenze costituzionali» presenti anche nel parametro europeo primario, l'esigenza di protezione dei dati personali, che rinvia alla intangibilità della sfera privata, e l'esigenza di pubblicità e trasparenza, corollario del buon andamento dell'amministrazione e dello stesso principio democratico, ex art. 1 Cost.

Il criterio della singolare connessione, invece, governa il rapporto interno al diritto europeo tra norma derivata e norma primaria della Carta, entrambe in funzione di parametro interposto. Con la sentenza n. 269/2017, era rimasto incerto se, ai fini del sindacato accentrato, l'incompatibilità europea dovesse riguardare solo norme della Carta o anche norme di diritto derivato dotate di effetto diretto (RUGGERI 2017, 2019; sia consentito COZZI 2018b; MEDICO 2019¹⁰). Il criterio della singolare connessione pare rispondere a questo dubbio. Sempre nella sentenza n. 20/2019, la norma europea era costituita da una direttiva ritenuta dalla Corte di giustizia direttamente applicabile, ma la cui interpretazione nel caso concreto era stata affidata al giudice rimettente attraverso una delega di bilanciamento. Il criterio della singolare connessione serve alla Corte costituzionale per descrivere il rapporto tra direttiva e Carta, osservando che, da un lato, le disposizioni di diritto derivato specificano e danno attuazione alle norme primarie della Carta, dall'altro ne rappresentano la stessa fonte di ispirazione, tanto che «partecipano all'evidenza della loro stessa natura»¹¹. Questa giurisprudenza pare

¹⁰ In un precedente contributo ho usato una diversa distinzione tra *criterio formale* e *criterio sostanziale*, non per delineare il rapporto tra Carta e diritto derivato (sul punto MEDICO 2019), ma in relazione al solo parametro Carta: si intendeva dire che non è richiesto al giudice rimettete qualificare la norma della Carta che tutela un bene o interesse come diritto o principio (criterio sostanziale), ossia chiedersi se la norma della Carta abbia o meno effetto diretto, poiché questo profilo non è più rilevante nel nuovo cammino europeo e vi è sindacato accentrato ogniqualvolta vi sia un diritto, bene o interesse protetto dalla Carta (criterio formale).

¹¹ Un criterio simile alla singolare connessione era stato enunciato anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon, rimaste, a quanto noto, senza seguito, nella sentenza AMS e volte a chiarire cosa sia un diritto e cosa un principio ai sensi dell'art. 52, par. 5, Carta. Il criterio era servito all'Avvocato Generale per sostenere che i principi, definiti come norme che contenevano un mandato al legislatore, diventavano applicabili ai casi di specie quando accompagnati da norme di attuazione di diritto derivato che ne definivano il contenuto essenziale. L'obiettivo dell'Avvocato Generale era evidentemente quello di evitare che norme di principio della Carta rimanessero inefficaci fino ad una successiva ed incerta attuazione normativa e potessero, invece, fungere da subito non solo da parametro di

indicare che, laddove il conflitto si instauri tra una norma interna e una norma derivata dotata di effetto diretto, si apre l'incidente di costituzionalità quando quella norma derivata è in «singolare connessione», ossia riflette, esprime, traduce, attua una norma primaria della Carta affine a una norma costituzionale. In questo senso, il criterio della singolare connessione diventa a ben guardare una specificazione, sul versante del parametro europeo, del primo criterio del rango costituzionale della questione, perché esige che vengano in gioco norme primarie della Carta. Se la norma derivata dotata di effetto diretto è in speciale contatto con la Carta, si apre la via dell'incidente di costituzionalità. Se, invece, la norma derivata dotata di effetto diretto non esprime diritti o interessi di rango primario, la soluzione dell'incompatibilità europea resta nelle mani del giudice comune attraverso la non applicazione. Questa soluzione parrebbe riecheggiare un'ipotesi già formulata dalla dottrina, che proponeva una coesistenza tra sindacato diffuso e sindacato accentrato, il primo in caso di conflitto tra legge e diritto europeo derivato e limitato alla non applicazione, il secondo in caso di conflitto tra legge e Carta europea, con diverse varianti sul potere/dovere dei giudici comuni o di ultima istanza di sollevare questione di legittimità costituzionale (ROMBOLI 2014, 30-31, definita ipotesi provocatoria e ripresa per cenni in ROMBOLI 2019¹²).

Il criterio della sostanziale connessione, se quanto descritto è corretto, si configurerebbe certamente come un criterio elastico. La storia del giudizio di costituzionalità in Italia ha mostrato come, per esempio attraverso il parametro della ragionevolezza, le più minute e insignificanti questioni possano svelare un contrasto tra beni costituzionali. Si tratterà, perciò, di comprendere nel tempo chi è il “padrone” del criterio, ossia a chi spetta definire l'esistenza o meno della

invalidità e di interpretazione, come l'art. 52, par. 5, Carta consente, ma anche da fonte della regola per il caso, per lo meno in presenza di una precisa normativa di attuazione.

¹² Per reinserire la Corte costituzionale nel circuito dei diritti, l'A. proponeva: «con riguardo al rapporto tra diritto nazionale e diritto eurounitario, si dovrebbe distinguere due casi, a seconda che: a) il contrasto tra le due fonti si ponga a livello di fonti primarie (legge *versus* diritto eurounitario derivato) oppure b) a livello costituzionale (legge *versus* Carta dei diritti fondamentali). Mentre nel caso sub a) il giudice svolgerebbe il controllo a livello diffuso, con possibile rinvio pregiudiziale e disapplicazione della legge nazionale, in quello sub b) dovrebbe necessariamente sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale, ogni volta che si pone quindi un problema non di legalità europea, ma di incostituzionalità europea». Nel secondo caso, la reintroduzione del giudizio accentrato avrebbe trovato giustificazione dell'art. 134 Cost., in quanto carattere costituzionale strutturale dell'ordinamento, richiamando CARDONE 2012, 54 ss., 89 ss., secondo cui l'art. 134 Cost. costituisce un controlimite. Nella sent. n. 269/2017, p. 5.2 *Cons. dir.*, in effetti, la svolta è motivata anche «in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)».

singolare connessione: se al solo giudice rimettente, riservandosi la Corte costituzionale un mero controllo esterno sull'esistenza di una motivazione, o alla Corte stessa. Se si guarda all'attuale stagione di riaccentramento della giustizia costituzionale (REPETTO 2017a), è probabile che la Corte intenda il criterio in senso ampio, a maglie larghe, al fine di accogliere più questioni possibili, accontentandosi di svolgere un mero controllo esterno alla motivazione del giudice *a quo*¹³.

5.2 Il criterio del grado di armonizzazione

Un ultimo criterio sembra emergere dall'ordinanza n. 117/2019 e attiene al carattere vincolato o meno della norma interna rispetto al diritto europeo secondario. Nelle parti conclusive dell'ordinanza, con cui si motiva il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la Corte introduce il concetto di «armonizzazione normativa» e valorizza gli incisi della normazione derivata rilevante nella fattispecie che fanno rinvio all'ordinamento o al diritto nazionale, «incisi che parrebbero far salva in ogni caso la necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell'ipotesi in cui essi fossero più elevati di quelli riconosciuti a livello del diritto dell'Unione» (p. 10.1 *Cons. dir.*). Se, osserva la Corte formulando un primo quesito, questi incisi consentissero ad uno Stato di non sanzionare penalmente o in via amministrativa un soggetto che non renda dichiarazioni a lui sfavorevoli in materia di abusi di mercato, potrebbe essere pronunciata l'incostituzionalità della normativa interna senza pregiudicare il diritto europeo. In caso contrario – secondo quesito – la Corte interroga la Corte di giustizia sulla validità delle norme secondarie invocate rispetto agli artt. 47 e 48 Carta, interpretati anche alla luce dell'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁴.

¹³ Nella sent. n. 44/2020, in materia di requisiti di residenza per l'edilizia residenziale pubblica, la Corte non si è pronunciata sulle motivazioni addotte dal giudice *a quo* per ritenere le norme di una direttiva non direttamente applicabili; nel silenzio della Corte, la dottrina ha ragionato sulla possibile applicazione dei criteri del rango costituzionale e della connessione tra diritto derivato e principi della Carta europea (PADULA 2020).

¹⁴ In tal modo, la Corte finisce per interrogarsi sulla conformità al diritto europeo dello stesso *risultato di una eventuale incostituzionalità*. Se le norme di diritto europeo derivato riconoscessero un margine discrezionale agli Stati, osserva la Corte, «la dichiarazione di illegittimità incostituzionale [della norma interna impugnata] ... non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione». (corsivo nostro). Una verifica preventiva di compatibilità europea pare applicarsi, in questo modo, alla normativa “di risulta”. Si tratta di un passaggio che andrebbe approfondito, ma che testimonia certamente la preoccupazione della Corte costituzionale di garantire il più possibile il rispetto del diritto europeo, fino al punto di chiedere alla Corte di giustizia se la normativa europea possa tollerare o meno un'incostituzionalità.

Il riferimento all'esistenza di una discrezionalità statale lascia intuire che la Corte abbia inteso far proprio il criterio del carattere vincolato o meno dell'atto interno di attuazione del diritto europeo, criterio suggerito dalla dottrina ancora una volta per tentare di definire il confine tra sindacato accentrato e sindacato diffuso di incompatibilità europea (REPETTO 2017b). Secondo questo orientamento, sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca, il sindacato accentrato troverebbe spazio ove vi è un margine di discrezionalità in capo agli Stati nell'attuazione del diritto europeo, mentre tale sindacato dovrebbe arrestarsi di fronte ad atti vincolati, in quanto il giudizio sulla norma interna finirebbe per tradursi in un giudizio diretto sulla norma europea di cui la norma interna costituisce puntuale attuazione. Anche in questo caso, tuttavia, il criterio è solo accennato dalla Corte costituzionale e non viene indicato come parte del protocollo di cui il giudice comune dovrebbe tenere conto per decidere se aprire o meno l'incidente di costituzionalità. Si tratta, a ben vedere, di un criterio per un verso ancorato ad un dato formale oggettivo, che ne rende agevole l'utilizzo – i rinvii presenti nella legislazione europea derivata al diritto nazionale –, ma in realtà di difficile interpretazione, perché richiede un'analisi del grado di armonizzazione raggiunto in un determinato settore materiale e l'identificazione di eventuali spazi rimessi agli Stati membri. È un criterio che chiama in causa con maggiore intensità l'esegesi della Corte di giustizia, giudice posto a più stretto contatto con il legislatore europeo e le sue dinamiche. A fronte di questi dati, il criterio ha, a mio avviso, il pregio di valorizzare la complementarità dei sistemi di tutela e dei giudizi delle rispettive Corti, facendo coincidere il terreno del sindacato accentrato con lo spazio già affidato agli Stati membri dalla legislazione derivata. Esso rende coerente, dunque, l'innestarsi nella medesima vicenda sostanziale del giudizio delle diverse Corti in corrispondenza di una ripartizione degli ambiti occupati dal diritto europeo o lasciati agli ordinamenti nazionali. Proprio per il fatto di fare perno su un margine di discrezionalità normativamente previsto, il criterio può consentire di aumentare la tollerabilità di giudizi resi dalle Corti costituzionali nazionali su quel margine, tenendo basso il livello di competizione e potenziale conflittualità con la Corte di giustizia. In effetti, nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia la dottrina ha rinvenuto maggiore apertura verso soluzioni nazionali autonome in ambiti materiali non pienamente armonizzati (BARTOLONI 2019, che classifica la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali sulla base del grado di armonizzazione e dimostra che l'ambito di applicazione della Carta non coincide con l'ambito di applicazione del diritto europeo)¹⁵. Certamente, anche un criterio così complesso meriterebbe di essere specificato dalla futura giurisprudenza costituzionale.

¹⁵ Si dice questo nella consapevolezza che non può esistere di fatto una netta e precisa separazione tra normazione europea e normazione interna.

In conclusione, riprendendo il filo rosso iniziale, può dirsi che, a differenza di quanto era accaduto per il diritto convenzionale, la Corte ha per ora rinunciato a definire un protocollo che delinei il riparto di competenze tra sé e il giudice comune. Si ribadisce che questa incertezza costituisce il tratto più debole del nuovo cantiere europeo, perché i giudici hanno bisogno, per poter guidare l'ordine delle pregiudiziali che emerge caso per caso, di conoscere le condizioni in presenza delle quali è chiesto loro di sollevare questione di legittimità. Come è stato detto, ogni giudice nazionale è garante al tempo stesso della Costituzione, della CEDU e del diritto europeo, compresa la Carta (VIGANÒ 2019, 494). Proprio per questo, occorre chiarire le rispettive responsabilità nell'interpretare e applicare i diversi cataloghi, per evitare che, attraverso una tutela a scacchi, a macchia di leopardo, risulti in definitiva sacrificato il principio di eguaglianza (SILVESTRI 2018, 6, ripensando alle sentenze gemelle).

Bibliografia

BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/SIVIGLIA_BARBERA.pdf, in "Rivista AIC" n. 4, 2017, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, e in "Quaderni costituzionali", n. 1, 2018, pp. 149 ss.

BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004.

BARTOLONI M.E., *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in "Il Diritto dell'Unione europea", n. 1, 2019, pp. 55-85.

BIN R., *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, pp. 363-383.

CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in Cartabia M., (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 13-66.

COZZI A.O., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in "Diritti comparati", n. 1, 2018, pp. 171-208, in <https://www.diritticomparati.it/>

COZZI A.O., *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in “Forum costituzionale”, 1 febbraio 2018, in <http://www.forumcostituzionale.it/>

GALLO D., *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi*, in “Osservatorio sulle fonti”, n. 3, 2019, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>

LAMARQUE E., *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in BERNARDI A., (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Jovene editore, Napoli 2015, 91-108.

MARTINICO G., *La Corte costituzionale e il diritto dell’UE. Ultimi sviluppi*, in questo volume

MARTINICO G., REPETTO G., *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in “European Constitutional Law Review”, n. 4, 2019, pp. 731-751.

MASSA M., *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in “Osservatorio sulle fonti”, n. 2, 2019, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>

MEDICO F., *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in “Il Diritto dell’Unione europea”, n. 1, 2019, pp. 87-108.

ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1978, spec. pp. 1004 ss.

PADULA C., *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in “Forum costituzionale”, 11 aprile 2020, in <http://www.forumcostituzionale.it/>

PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in “Giurisprudenza costituzionale”, n. 5, 2007, pp. 3518 ss.

PIZZETTI F., ZAGREBELSKY G., “*Non manifesta infondatezza*” e “*rilevanza*” nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Giuffrè, Milano 1972.

REPETTO G., *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in “Giurisprudenza costituzionale”, n. 6, 2017, pp. 2955-2965.

REPETTO G., *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in “Diritti comparati”, 28 ottobre 2013, in <https://www.diritticomparati.it/>

ROMBOLI R., *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, in “Consulta online”, n. 3, 2019, pp. 644-656, in <http://www.giurcost.org/studi/romboli5.pdf>, e in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

ROMBOLI R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in “Rivista AIC”, n. 3, 2014, in <https://www.rivistaaic.it/>, e in CIANCIO A., (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma 2014, pp. 431-471.

RUGGERI A., *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in “Consulta online”, Studi, n. 1, 2019, pp. 113-119, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri88.pdf>

RUGGERI A., *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 “Diritti comparati”, n. 3, 2017, in <https://www.diritticomparati.it/>

SALERNO F., *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in "Osservatorio sulle fonti", n. 1, 2018, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>

SARMIENTO D., *Who's afraid of the charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in "Common Market Law Review", n. 5, 2013, pp. 1267-1304.

SCACCIA G., *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in "Osservatorio costituzionale", n. 6, 2019, pp. 166-178, in <https://www.osservatorioaic.it/>

SILVESTRI G., *Considerazioni conclusive*, in "Osservatorio sulle fonti" n. 1, 2019, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>

SORRENTINO F., *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Giuffrè, Milano 1999, pp. 1635 ss.

TEGA D., *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in "Quaderni costituzionali", n. 3, 2019, pp. 615-643.

VIGANÒ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudizi nazionali*, in "Quaderni costituzionali", n. 2, 2019, pp. 481-499.