



2 NOVEMBRE 2022

Il controllo della legittimità
costituzionale del diritto dell'Unione
europea

di Gino Scaccia

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Teramo



Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*

di Gino Scaccia

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Teramo

Abstract [It]: Il saggio indaga le forme del controllo di legittimità costituzionale sul diritto euro-unitario, innanzitutto ripercorrendone le basi teoriche; quindi argomentando la tesi che il riconoscimento del valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea abbia segnato un vero cambio di paradigma. La Carta si pone infatti in diretta concorrenza con le Costituzioni nazionali in riferimento alla tutela di diritti anche estranei alla tradizionale sfera del mercato e perciò si colloca inevitabilmente in un rapporto di tensione con il sindacato accentrato di legittimità costituzionale. Questa tensione immanente, secondo l'Autore, contribuisce a spiegare perché, ovunque in Europa, il controllo costituzionale sul diritto europeo si sia irrigidito nell'ultimo quindicennio; e, per quanto si attiene all'Italia, aiuta a comprendere la ratio delle raffinate strategie processuali elaborate negli ultimi anni, che hanno ridefinito le modalità di relazione fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea.

Title: The review of the constitutionality of European Union law

Abstract [En]: After analyzing the theoretical grounds of the judicial review of EU Law developed by the Constitutional Court of the Member States, the Author argues that empowering the Charter of fundamental rights with the same value as the Treaties has been a complete game-changer. Since the Charter protects human rights at large, indeed, it overlaps the core content of the national Constitutions, thus competing with it and potentially enfeebling the judicial review of legislation by the Constitutional Court, insofar as the Charter is provided with horizontal direct effect. The Authors's view is that the relationship of tension between Constitutional Courts and the Charter helps explaining why the judicial review of EU Law has become more strict in the last fifteen years and why the Italian Constitutional Court has been changing its processual strategies so to foster an ever more fruitful dialogue with the European Court of Justice.

Parole chiave: controllo di legittimità costituzionale; diritto dell'Unione europea; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; Corte costituzionale; Corte di giustizia dell'Unione europea

Keywords: Judicial review of legislation; EU Law; Charter of fundamental rights of the European Union; Constitutional Court; Court of Justice of the European Union

Sommario: Prologo. **1.** Le basi teoriche del controllo di legittimità costituzionale sul diritto UE. Il rapporto tra fonti interne ed euro-unitaria in chiave dogmatica. **2.** Le forme del controllo: la Carta dei diritti come cambio di paradigma e il problema della concorrenza di tutele. **3.** Le due svolte della Corte costituzionale: accesso al rinvio interpretativo e priorità della questione costituzionale nei casi di doppia pregiudizialità. **4.** La tendenza delle Corti costituzionali a intensificare il controllo di costituzionalità sul diritto europeo: sovranismo costituzionale e difesa della dimensione storico-politica dei diritti fondamentali.

Prologo

Dalla data di pubblicazione del volume su cui oggi si appunta la nostra comune riflessione il controllo di legittimità costituzionale del diritto euro-unitario ha conosciuto, non solo in Italia, sviluppi rimarchevoli.

* Articolo sottoposto a referaggio. Relazione tenuta all'incontro di studi *Diritto europeo e legalità costituzionale a trent'anni dal volume di Pietro Perlingieri*, Università Politecnica delle Marche, 9 settembre 2022.

Le basi teoriche di tale controllo – a cui dedicherò la prima parte della mia riflessione – non sono state scosse dal riferimento esplicito nell’art. 117, primo comma, Costituzione ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario come limite generale della potestà legislativa statale e regionale.

La dottrina dei controlimiti, con gli affinamenti che nel tempo l’hanno connotata, è rimasta pienamente valida, nonostante non sia mancato chi ne preconizzava l’imminente scomparsa.

Il vero cambio di paradigma è stato segnato dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la quale si pone in diretta concorrenza con le Costituzioni nazionali in riferimento alla tutela di diritti anche estranei alla tradizionale sfera del mercato e perciò si colloca inevitabilmente in un rapporto di tensione con il sindacato accentrato di legittimità costituzionale. Questa tensione immanente contribuisce a spiegare perché il controllo costituzionale sul diritto europeo si è irrigidito nell’ultimo quindicennio; e, per quanto si attiene all’Italia, perché sono state elaborate nuove, raffinate strategie processuali che hanno ridefinito le modalità di relazione fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell’Unione europea.

1. Le basi teoriche del controllo di legittimità costituzionale sul diritto UE. Il rapporto tra fonti interne ed eurounitarie in chiave dogmatica

La base teorica del controllo di legittimità costituzionale del diritto eurounitario è rimasta sostanzialmente invariata, ed è in tutto in linea con quella che il prof. Perlingieri individua nel capitolo terzo del volume che funge da centro gravitazionale della nostra comune riflessione.

Conserva integra la sua forza persuasiva, segnatamente, un passaggio che mi permetterete di citare *in extenso*: “l’autolimitazione della sovranità statale, quale peraltro massima espressione di sovranità, ha una finalità limitata; la legge statale esecutiva di tale autolimitazione non può giungere a disconoscere la sovranità (originaria) legittimante annullandola con modalità e procedimenti diversi da quelli eventualmente previsti per la sua soppressione”¹.

Da questa premessa è agevole trarre la conseguenza che nel caso gli organi comunitari straripino dai loro poteri violando i principi supremi della Costituzione dello Stato, i loro atti non possano considerarsi vincolanti per l’ordinamento nazionale e che l’organo competente a giudicare questa violazione non possa che essere la Corte costituzionale.

Con queste dense note si anticipava quello che nella giurisprudenza costituzionale tedesca e in particolare nella sentenza *Maastricht* assumerà la denominazione di controllo *ultra vires*, su cui in seguito avrò modo di indugiare.

¹ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992, p. 102.

La linea di ragionamento sviluppata da Perlingieri si inquadra armonicamente nella ricostruzione dogmatica del rapporto tra fonti nazionali ed eurounitarie. Occorre muovere a tale riguardo dall'insegnamento consolidato, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984 (cosiddetta *Granital*), in cui si statuisce che il sistema statale "si apre" alla normazione europea «lasciando che le regole in cui essa si concreta vengano nel territorio italiano, quali sono scaturite dagli organi competenti a produrle»²; e, nelle materie di competenza dei Trattati, si ritrae anche con il suo livello normativo costituzionale, salvi i principi supremi e i diritti inalienabili della persona umana. Questa ritrazione può essere giustificata assumendo che la norma euro-unitaria ritaglia dalla norma nazionale fattispecie, oggetti, rapporti di vita per attrarli nel perimetro regolativo della disciplina europea. In un sistema dualista, che postula la separazione fra ordinamento nazionale ed europeo, pur nel loro reciproco coordinamento, le fonti di produzione rispettive non sono ordinabili dunque secondo gerarchia, ma secondo competenza³. E tuttavia non può mai costituirsi, in favore del diritto dell'Unione, una *riserva astratta* di materia, la quale presupporrebbe l'assoluta, incondizionata e irreversibile rinuncia da parte dello Stato italiano all'esercizio, in quella materia, della propria potestà legislativa. Ciò implicherebbe difatti, inammissibilmente, il carattere parziale della sovranità della Costituzione e l'abdicazione definitiva e irretrattabile della funzione legislativa parlamentare, che è rispecchiamento e forma eletta di manifestazione del principio di sovranità popolare. Va invece ribadito, che il trasferimento agli organi dell'Unione del potere di emanare norme giuridiche in relazione a determinate materie non comporta la «radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria»⁴. Lo schema che governa le relazioni fra diritto interno e comunitario non è, difatti, quello della separazione-esclusione, vale a dire della riserva esclusiva e astratta di competenza (da cui discenderebbe un effetto preclusivo assoluto a carico della fonte interna, inabilitata a porre qualsivoglia disciplina nell'ambito riservato alla fonte competente), ma piuttosto quello della preferenza per la fonte comunitaria, da valutare caso per caso, in concreto, rispetto al contenuto dell'atto. Può dirsi in sintesi che l'incompetenza della disciplina nazionale non è raffigurabile come rapporto di incompatibilità tra *fonti*, ma tra *norme*. Si comprende allora agevolmente perché la *primauté* del diritto dell'Unione rispetto al diritto nazionale non si esprima in una prevalenza gerarchica o di validità (*Geltungsvorrang*), ma solo in una priorità nell'applicazione

² Corte cost., sentenza n. 170/1984, punto 4 *Cons. dir.*

³ Se ne trae conferma anche dalla collocazione topografica dell'unico articolo della Costituzione espressamente dedicato al rispetto dei vincoli europei. L'art. 117, infatti, è la norma che ripartisce le competenze legislative fra Stato e Regioni e individua i limiti generali della potestà legislativa statale e regionali.

⁴ Così, Corte cost., sentenza n. 232/1975, punto 6 *Cons. dir.*

(*Anwendungsvorrang*)⁵, con la rilevante conseguenza che il diritto europeo dotato di effetto diretto non provoca alcun effetto estintivo o modificativo sul diritto nazionale⁶, il quale conserva integra la sua validità ed efficacia «fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria»⁷ e torna a riespandersi agli ambiti ad essa sottratti quando la normativa dell'Unione sia eventualmente rimossa, modificata, o dichiarata inefficace per la sua contrarietà rispetto a quello che Perlingieri definisce l'ordine pubblico costituzionale.

La separazione dualista degli ordinamenti italiano ed europeo si ricompona nel momento applicativo. Né propriamente distinti, né integralmente fusi – come presuppone il monismo senza sfumature della Corte di giustizia dell'Unione Europea⁸ –, ordinamento nazionale ed europeo si coordinano e integrano ricomponendosi in unità nella fase ermeneutica applicativa.

Consegue da questa ricostruzione dei rapporti tra fonti interne ed eurounitarie la possibilità per il giudice nazionale: da un lato, di interpellare la Corte di giustizia in ordine alla compatibilità del prevalente diritto euro-unitario con le norme che ad esso danno fondamento nel sistema ordinamentale dell'Unione; dall'altro, di vagliare la conformità del diritto UE, pur prevalente in linea generale su quello interno, ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana che nella Costituzione italiana trovano riconoscimento. Ciò al fine specifico di verificare se la ritrazione che quel diritto impone all'ordinamento nazionale sia giustificata dal punto di vista del diritto interno.

⁵ Così H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tuebingen, 1972, p. 288. La nozione di *Anwendungsvorrang* come evidenza C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano, 2008 è stata assunta come cifra ricostruttiva del rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale tedesche (p. 133, nt. 25), nonché da ulteriori Paesi europei (pp. 134-140 e ivi ampi riferimenti bibliografici). C. GAUTRON, *La communauté doctrinale*, in F. PICOD (a cura di), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant, p. 21 e pp. 26-27 esprime l'avviso che, in base alla dottrina della *primauté interne* la scelta dei modi in cui si esprime la primazia del diritto dell'Unione non sia espressione delle prerogative sovrane degli Stati membri, «*mais seulement de leur autonomie procédurale dans l'application et l'exécution des normes communautaires*».

⁶ Corte cost., sentenza n. 389/1989, nonché n. 168/1991. «Tanto ciò è vero» – come osserva F. MODUGNO, *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee? (Variazioni critiche e ricostruttive)*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 924. – «*che, fino a concreta emanazione delle norme comunitarie, la competenza nazionale rimane intatta e piena e, successivamente, viene, pro parte, a cadere o ad essere circoscritta in misura corrispondente allo 'spazio' normativo occupato dalla norma comunitaria*».

⁷ In questi termini, Corte cost., sentenza n. 170/1984, in *Cons. dir.*, p. 5.

⁸ La Corte di giustizia è rimasta graniticamente ferma sulla posizione limpidamente espressa nella sentenza 9.3.1978, C-106/77, *Simmmenthal*, punto 17: «*in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie*». Che impedire la valida formazione di un atto interno non equivalga a riconoscerne la nullità-inesistenza è precisato dalla stessa Corte di giustizia nella sent. 22.10.1998, C-10-22/97, *Ministero delle Finanze c. Incoge*, punto 18 ss.

Un controllo di costituzionalità così strutturato non è in opposizione rispetto al «dato assiomatico»⁹ del primato del diritto UE, ma ne rappresenta per così dire il corollario.

Come osserva Perlingieri, il primato, associato all'efficacia diretta automatica e continua della normativa eurounitaria «arricchisce costantemente l'ordinamento nazionale, lo integra, lo modifica, lo sconvolge»¹⁰ e dunque richiede, ineluttabilmente, un controllo di legittimità costituzionale di questa normativa, sia pure limitato ai principi supremi.

Dottrina dei controlimiti e dottrina del primato diritto dell'Unione Europea possono e devono dunque convivere.

Il sindacato accentrato di costituzionalità di cui all'art. 134 Cost. non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo, ma con esso confluisce nella costruzione di tutele comuni.

Anche su questo punto la sintesi che troviamo nel volume di Perlingieri è tanto limpida quanto profonda, anzi profonda proprio perché limpida e apparentemente semplice, come è proprio delle dottrine dei Maestri: «il primato, ragiona Perlingieri, non è in relazione oppositiva con il principio di legalità costituzionale, ma ne è anzi un aspetto essenziale»; e ancora: «Il principio del primato, più che una specifica rinuncia alla sovranità, rappresenta quindi una specificazione del principio di legalità costituzionale, dal quale trae legittimazione e sul quale è destinato ad incidere secondo la gerarchia interna degli atti aventi forza di legge»¹¹.

Si potrebbe aggiungere a questi rilievi in tutto da sottoscrivere, mutuando il lessico della Corte tedesca, nelle decisioni sul Trattato di Lisbona (2009) e Gauweiler/OMT del 2016 che i tribunali costituzionali sono istituzionalmente tenuti a contestare atti del diritto UE che violino l'identità costituzionale o risultino *ultra vires* proprio in quanto responsabili ultimi, nell'ordinamento nazionale, della coerenza del processo di integrazione con i limiti costituzionalmente posti alle cessioni di sovranità. Il *Bundesverfassungsgericht* parla al riguardo di *Europafreundlichkeit*¹², ma aggiungerei che viene in gioco in questo caso anche una *Europarecht-Verantwortlichkeit*.

Che i controlimiti rappresentino il naturale completamento della dottrina della primauté (come sostiene convincentemente ancora Perlingieri) mi pare dimostrato anche dal fatto storico che la teorica dei controlimiti si sia sviluppata in stretta sequenza temporale rispetto alla sentenza della Corte di giustizia *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970, cioè ad una sentenza che proclamava la dottrina della primazia con toni perentori e privi di ogni gradualismo, considerando del tutto irrilevante ai fini della validità e

⁹ Come lo definisce C. BLUMANN, *Querelles internes*, in E. PICOD (a cura di), *Doctrine*, cit., pp. 93-112.

¹⁰ P. PERLINGIERI, *op.cit.*, p. 110.

¹¹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 151.

¹² Riprendiamo qui l'espressione impiegata proprio dal *Bundesverfassungsgericht* nelle sentenze rese nei casi *Mangold/Honeywell*, 2 BvR 2661/06, 6 Luglio 2010, e *OMT/Gauweiler*, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

dell'efficacia degli atti di diritto UE il fatto che fossero menomati i diritti fondamentali e i principi sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro¹³.

Non mi sfugge che *post hoc ergo propter hoc* non sempre è un valido criterio di indagine scientifica. E tuttavia in questo caso mi pare non accidentale che la Corte costituzionale italiana, per prima fra le Corti occidentali, declini la teorica dei controlimiti appena tre anni dopo la sentenza *Internationale*, con la decisione numero 183 del 1973 (cd. Frontini); e che nel 1974 il tribunale costituzionale federale tedesco emetta la celebre sentenza Solange I, nella quale rivendica la competenza a verificare se il diritto UE sia compatibile con i diritti fondamentali protetti dal *Grundgesetz* e precisa che eserciterà un simile tipo di controllo “Solange”, vale a dire “finché” il diritto europeo non conterrà un catalogo di diritti fondamentali equivalente nella sua essenza a quello apprestato dalla Costituzione tedesca.

L'impianto così ricostruito non è stato alterato in modo apprezzabile dall'entrata in vigore, nel 2001, dell'art. 117, primo comma, che pone i “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario” quali limiti generali della potestà legislativa statale e regionale.

In dottrina e nella giurisprudenza costituzionale è risultata infatti prevalente l'opinione che la norma, tanto più se comparata con i ben più impegnativi *Europa-Artikeln* contenuti in altre costituzioni europee¹⁴, si limiti a fornire una base costituzionale a vincoli già risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, senza essere fonte di nuove limitazioni di sovranità¹⁵.

¹³ Questa la citazione completa: «il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato». In termini sostanzialmente analoghi, fra le molte, v. sentenze 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 59-60; 4 febbraio 2016, C-336/14, *Sebat Ince*, punto 53; 8 settembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, punto 69; 19 giugno 1990, C-213/89, *The Queen e Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd e a.*, punto 18; 24 gennaio 2013, C-186/11 e C-209/11, *Stanleybet International e a.*, punto 38; sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, ove la CGUE ha ribadito che è «precluso agli Stati membri condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione, nei settori oggetto di integrale armonizzazione, al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali, laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività” del diritto sovranazionale».

¹⁴ Si vedano, ad esempio, l'articolo 23 della legge fondamentale tedesca, l'articolo 55 della costituzione francese e l'articolo 96 della costituzione spagnola.

¹⁵ Nella sentenza n. 129 del 2006 la Corte costituzionale ha riconfermato che l'operatività dell'articolo 117 primo comma presuppone il rispetto dei controlimiti elaborati dalla giurisprudenza formatasi sull'articolo 11 della Costituzione. In dottrina, F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2002, p. 1355 ss. e p. 1358, ove si afferma: «il richiamo dell'ordinamento comunitario, se dunque vale a confermare la legittimità del processo di integrazione in corso, non è, a mio avviso, fonte di nuove limitazioni di sovranità né autorizza conclusioni monistiche ulteriori rispetto a quelle che si sono sin qui prodotte»; v. in senso analogo A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2001, p. 916 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 194 ss.; B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002 V, p. 229 ss., che seccamente afferma: «la nuova norma non ha grande importanza»; P. CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle regioni*, in *Stato, Regioni ed enti locali*, Torino, 2003, 57 ss., disponibile online anche in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-volumi-osservatorio/osservatorio-2002/458-02-paolo->

A quel tempo era stata, in verità, elaborata una diversa ipotesi ricostruttiva secondo la quale la costituzionalizzazione del vincolo comunitario avrebbe comportato il definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti¹⁶. La Corte costituzionale, in questa prospettiva, più che su “operazioni di delimitazione di confini e di aree riservate e intangibili, come presuppone la teorizzazione dei ‘controlimiti’ ”, avrebbe dovuto concentrarsi “sul bilanciamento fra principi diversi e non gerarchicamente ordinati, ma posti sullo stesso piano e iscritti all’interno di un ordinamento nel suo complesso unitario”¹⁷.

Sembrava ormai che l’integrazione fra ordinamenti e il rafforzamento in ambito europeo della tutela dei diritti fossero tali da rendere evenienza praticamente impossibile la presenza di conflitti; e d’altro canto l’applicazione del criterio del *plus di tutela*¹⁸ offriva ogni rassicurazione sul fatto che l’integrazione dei sistemi di salvaguardia dei diritti sarebbe avvenuta comunque con un saldo positivo per le libertà.

Questo fiducioso irenismo costituzionale esercitò per qualche tempo una certa influenza culturale, se è vero che la stessa Corte di cassazione, in diverse pronunce degli anni 2010-2012, si era spinta ad affermare esplicitamente (forse troppo) che la teoria dei controlimiti: “che pure trovava ragionevoli giustificazioni negli anni 70-80 del secolo scorso, quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali, *sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso* di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia - che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali - e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, avente valore

caretti/file; di segno riduttivo anche la lettura di A. RUGGERI, *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 287 ss., secondo il quale l’articolo 11 della Costituzione continua ad essere necessario per giustificare la capacità delle norme comunitarie di derogare non solo a norme legislative interne ma anche alle norme costituzionali non qualificabili come principi supremi. Per l’argomentazione della tesi per cui l’art. 117, primo comma, ricognitivo della giurisprudenza costituzionale e comunitaria quanto ai rapporti fra ordinamenti, sia invece innovativa riguardo alla qualificazione in termini teorici della incompatibilità dispositiva fra norma nazionale e norma comunitaria, si consenta il rinvio a G. SCACCIA, *L’incompatibilità fra norma interna e norma comunitaria come ipotesi di incompetenza alla luce dell’art. 117, primo comma, della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 3321 ss.

¹⁶ D.U. GALETTA, *La previsione di cui all’art. 3, comma 1, cpv 1, della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 293 ss.; v. anche M. P. CHITI, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l’influenza della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1401 ss., ove si sostiene che «il rinvio al sistema giuridico dell’unione europea operato dall’articolo 117 va ben oltre le tradizionali forme di rinvio Ratchet tizio o formale, superando i presupposti stessi della tesi della separazione tra i due ordinamenti».

¹⁷ Così L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* (6), 1203 ss., 1207; in senso analogo D.U. GALETTA, *op.cit.*, p. 295.

¹⁸ Il criterio del plus di tutela ha trovato solido ancoraggio nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, già con la sentenza n. 317/2009, *Cons. dir.* 7., ha statuito, dapprima con riguardo al sistema CEDU, che «il risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali». Nella ordinanza n. 31 del 2011 l’operatività del criterio del plus di tutela viene prospettata anche con riguardo all’ordinamento europeo.

vincolante anche nei confronti delle istituzioni europee, al punto che *il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra più concepibile* in uno spazio giuridico veramente integrato”¹⁹.

La dottrina dei controlimiti, che del resto viveva in uno stato di quiescenza da molti anni, tanto da non essere mai in concreto azionata dalla Corte costituzionale²⁰, sembrava ormai destinata all’obsolescenza. Anche in questo caso la fine della storia, come nella più famosa delle profezie sbagliate²¹, sembrava vicina²². Che l’effettività sia andata in direzione opposta è evidente a tutti.

Si sono moltiplicate le eccezioni all’applicazione del trattato di Schengen (Francia, Germania, Austria, Croazia, Repubblica Ceca, Svezia, Slovenia); nuovi muri sono stati eretti – *Historia non docet* – in Ungheria, Bulgaria, Estonia, Lettonia, Lituania, a Calais, Ceuta e Melilla; Brexit ha mostrato come sia possibile ciò che appariva impossibile, vale a dire la recessione in Europa. E venire più specificamente a temi giuridici, le Corti costituzionali tedesca, spagnola, danese, ceca, ungherese, portoghese, austriaca, polacca, oltre ovviamente a quella italiana nell’ultimo quindicennio hanno alzato il livello del confronto e talora dello scontro con la Corte di Lussemburgo.

Perché? Cosa è accaduto?

Anche sotto questo riguardo, l’analisi svolta da Perlingieri trent’anni fa assume con gli occhi della contemporaneità valore quasi profetico. A ben vedere, in effetti, il ragionamento che in quel libro fondava il controllo di legittimità sui principi supremi si chiudeva con una presa di beneficio. Questa: ‘mancano leggi costituzionali che trasferiscano alla sede comunitaria il *Bill of Rights* oggi contenuto in costituzione’²³. E ancora alle pagine 105 e 106 si affermava: ‘altro è la tutela del produttore o del consumatore, altro è la tutela del cittadino o dell’uomo; la prima è presente nella logica del mercato comunitario, la seconda, anche se da questa condizionata, ad esso è concettualmente estranea’.

Ebbene, sviluppando in via anagogica-induttiva il ragionamento racchiuso in questa premessa si potrebbe dire che la tenuta e la giustificazione teorica del controllo di legittimità costituzionale del diritto

¹⁹ L’affermazione riportata nel testo ricorre identica in almeno otto pronunce della Corte di cassazione, sezione tributaria: le sentenze 19-11-2010 n. 23418; 29-12-2010, n. 26826; 16-5-2012 nn. 7659,7660,7661,7663; 23-5-2012, n. 8108; 1-6-2012, nn. 8817 e 8818. In senso critico, se si vuole, G. SCACCIA, “*Rottamare*” la teoria dei controlimiti?, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2013, p. 141 ss. È forte l’assonanza tra le richiamate statuizioni del giudice di legittimità e le formulazioni usate da G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 1/2009, pp. 24-25, che peraltro offre uno spunto ben più sfumato nello sviluppo argomentativo e nelle conclusioni.

²⁰ L’unica esplicita applicazione della dottrina dei controlimiti era, prima del caso Taricco, quella rinvenibile in Cons. St., sez. V, sentenza n. 4207/2005.

²¹ Si allude evidentemente al vaticinio di F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York, 1992.

²² Muovono in questo senso le riflessioni di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.2/2016, p. 5 ss. Per l’A. «fermo restando che una krisis nella vicenda storica dello Stato e della sovranità si è manifestata, negli ultimi decenni, in modo innegabile, il de profundis per l’uno e per l’altra suona alquanto prematuro» (...); e ancora «sono gli stessi Stati (meglio: i loro Governi) che hanno interesse ad alimentare la credenza nella fine della loro sovranità, per scaricare altrove la responsabilità politica delle scelte che compiono».

²³ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 103.

comunitario riposavano interamente sull'esclusività in capo alle Corti nazionali della tutela dei diritti fondamentali; per meglio dire sull'assenza, in ambito europeo, di un catalogo di diritti della persona e del cittadino e nella conseguente limitazione della costellazione dei diritti fondamentali europei alle sole libertà funzionali al mercato.

Questa separazione di ambiti, nel rendere meno probabile il concorso e l'intreccio fra tutela costituzionale e tutela euro-unitaria dei diritti, avrebbe giustificato anche un diverso ruolo, non sovrapponibile, fra le due Corti europea e nazionale: la prima custode delle libertà economiche, la seconda dei diritti dell'uomo. Si aggiunga che la limitazione della competenza della Corte di giustizia alle libertà economiche rendeva meno contrastata, per non dire quasi automatica, l'applicazione del principio del plus di tutela, per il carattere normalmente più avanzato della protezione comunitaria della concorrenza rispetto a livello nazionale di salvaguardia del mercato e delle libertà mercantili.

Ecco il punto: si può ancora dire che l'Unione Europea e le sue istituzioni sono concettualmente estranee alla tutela del cittadino e dell'uomo, una volta che il *Bill of Rights* europeo ha trovato forma nella Carta di Nizza?

Può ancora dirsi che il controllo conformativo del diritto nazionale al diritto euro-unitario, che è funzione istituzionale della Corte di giustizia, non possa assumere i caratteri di un controllo generale e a tutto campo sovrapponendosi al controllo di costituzionalità e interferendo con la *Grundrechtsgerichtsbarkeit* affidata alle Corti costituzionali e vera *ratio essendi* del sindacato sulle leggi, nei sistemi di controllo accentrato?

La tesi che mi avvio a sostenere è che il progredire dell'integrazione europea verso gli ambiti più gelosamente custoditi della sovranità nazionale, segnatamente il diritto penale (con il mandato di arresto europeo) e i diritti fondamentali, ovunque in Europa ha reso più stringente e attivo il controllo costituzionale sul diritto UE. In particolare, con la Carta di Nizza-Strasburgo il diritto UE ha varcato le colonne d'Ercole del mercato e si è spinto nell'oceano della "materia costituzionale", cioè nel campo dei diritti fondamentali, dei diritti riconosciuti all'uomo in quanto tale e non necessariamente connessi a libertà economiche²⁴. Questo dato, che alimenta una tensione immanente con il sindacato accentrato di costituzionalità, consente anche di spiegare l'evoluzione – registratasi nell'ultimo quindicennio – delle tecniche attraverso le quali vengono in rilievo le ipotesi di conflitto o di concorrenza fra disciplina interna e disciplina eurounitaria.

²⁴ Nella misura in cui, come recita l'art. 16 della Declaration, «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*».

2. Le forme del controllo. La Carta dei diritti come cambio di paradigma e il problema della concorrenza di tutele

Ho già in precedenza evidenziato come i presupposti teorici del controllo di costituzionalità del diritto UE siano rimasti nella loro sostanza invariati. Sono cambiate invece, e in misura sensibile, le forme del controllo. La sindacabilità delle norme euro-unitarie per il tramite della legge esecutiva dei trattati, nella parte in cui consente l'immissione nell'ordinamento di una disciplina in tesi incompatibile con i principi supremi, è stata affermata a tutte lettere fin dalla sentenza numero 170 del 1984 e ribadita nella sentenza 232 del 1989. Quale che sia la natura della legge esecutiva dei trattati: se di rango ordinario, se di rango intermedio tra legge ordinaria e costituzionale o addirittura costituzionale (come secondo taluni dovrebbe ormai essere, dopo la revisione dell'art. 117, primo comma, Cost.), la possibilità di sottoporre per proprio tramite qualsivoglia atto dell'ordinamento europeo al controllo di legittimità costituzionale è fuori discussione. Sotto tale profilo, resta vero quanto osservava Perlingieri, e cioè che il controllo di legittimità costituzionale non si differenzia in base alla natura direttamente o non direttamente efficace della disciplina europea. Questa differenza può rilevare ai fini del meccanismo di non applicazione della disciplina nazionale 'anticomunitaria'; ma ai fini e per gli effetti del controllo di costituzionalità non vi è differenza tra un trattato, un regolamento, una direttiva, ordinaria o *self executing*. Tutti gli atti dell'Unione europea, senza esclusioni, sono infatti egualmente soggetti al parametro costituzionale dei principi supremi.

Quanto alle forme del controllo costituzionale sul diritto europeo, grazie soprattutto al contributo del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, la dottrina italiana dei controlimiti ha fornito la base teorica per tre consimili tipologie di controllo: il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali, articolato soprattutto nelle sentenze Solange I del 1974 e Solange II del 1986; il controllo *ultra vires* elaborato dogmaticamente nella sentenza Maastricht del 1993 e poi perfezionato in Honeywell del 2010 e OMT *Gauweiler* del 2020; infine il controllo di identità definito nei suoi tratti essenziali nella Lissabon Urteil del 2009.

Tratto comune a questi tipi di controllo è che l'eccesso dell'atto europeo è denunciabile solo nella misura in cui l'erosione dagli argini del principio di attribuzione (e quindi dall'alveo dei Trattati) si risolve in una violazione dell'ordine costituzionale interno e quindi attenti all'identità costituzionale.

Questa precisa formulazione si trova nella sentenza Maastricht²⁵; mentre nella sentenza Honeywell del 2010 si è ulteriormente precisato che la denuncia di un *ultra vires* deve essere sempre "altamente significativa nella struttura delle competenze fra gli Stati membri e l'Unione"²⁶.

²⁵ BVerfGE 89, 155, 187 e 188, 192, 199, ove il riferimento agli atti *ultra vires* dell'Unione è inseparabile dal riconoscimento della lesione e anzi dell'usurpazione di competenze costituzionalmente attribuite alla Germania.

²⁶ BVerfGE 126, 286, 302 e ss.

Venendo allo scenario italiano, il problema più rilevante e anzi decisivo è divenuto quello dell'integrazione del parametro di legittimità costituzionale con norme europee; non tanto per effetto dell'entrata in vigore, nel 2001, dell'art. 117, primo comma, su cui ho già sopra insistito e che – ribadisco – ha solo rinsaldato un vincolo già definito nei suoi contorni nella giurisprudenza costituzionale.

Il vero salto qualitativo lo ha fatto registrare la Carta dei diritti fondamentali, solennemente proclamata a Nizza nel 2000, ma dotata solo dal 2009 di valore giuridico analogo ai Trattati. Il problema della concorrenza nella tutela dei diritti fondamentali tra Costituzione e norme internazionali non è certo nuovo. Esso si pone infatti con «trattati internazionali sui diritti umani», che ai sensi dell'art. 117, primo comma, possono essere assunti come parametri interposti²⁷, e specificamente con la CEDU. Anche la CEDU, come la Carta di Nizza-Strasburgo, tutela diritti che sovente si sovrappongono parzialmente o integralmente a quelli enunciati in Costituzione, con il rischio di generare asimmetrie e dissonanze²⁸. Vi è però fra CEDU e Carta di Nizza un elemento differenziale assolutamente decisivo. Secondo i principi enunciati nelle celebri sentenze gemelle n. 348 e n. 349/2007, infatti, le ipotesi di violazione della CEDU non danno luogo a disapplicazione diretta della norma nazionale confliggente, ma confluiscono nel giudizio di costituzionalità quali ipotesi di illegittimità della legge, di tal che la questione di costituzionalità si pone come un «*possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU*»²⁹. Il filtro del giudizio incidentale, che è riflesso del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»³⁰, media il confronto fra i due parametri (nazionale e convenzionale)³¹, e scongiura la disapplicazione diretta della legge da parte dei giudici comuni, e quindi l'elusione del sistema di sindacato accentrato.

²⁷ (...) «Potendo altrimenti essere utilizzati soltanto quali strumenti interpretativi delle corrispondenti garanzie costituzionali», come si afferma in Corte cost., sentenza n. 62/2021; analoghe formulazioni si rintracciano nelle sentt. nn. 102/2020 e 120/2018.

²⁸ Come ben evidenziato, tra le altre, nella sentenza n. 264/2012, nella quale la Corte costituzionale pone l'accento sulle peculiarità del sindacato svolto dalla Corte EDU, la quale, operando al di fuori del circuito politico degli singoli Stati, è chiamata ad assicurare la tutela dei diritti di volta in volta in considerazione «*in modo parcellizzato*», contrariamente a quanto richiesto al giudice costituzionale, tenuto a garantire che «*la tutela dei diritti fondamentali [sia] sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*» (Considerato in diritto 4.1.).

²⁹ Così sentenza n. 25/2019, *Considerato in diritto*, punto 13, ove si osserva pure che l'adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU si compie in prima battuta nelle forme ed entro i limiti in cui lo consenta l'interpretazione conformativa.

³⁰ Sentenze nn. 49/2015 (*Considerato in diritto*, punto 4) e 25/2019. Osserva efficacemente R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 26 marzo 2015, p. 188, che, nella difficile operazione di bilanciamento cui sarà chiamato, il giudice comune dovrà tenere «sul suo scrittoio la Costituzione, la CEDU e le Carte che tutelano i diritti fondamentali, avendo come unica stella polare quella della maggiore e più intensa tutela dei diritti umani».

³¹ Significativa al riguardo è la sentenza da ultimo citata (Corte cost., sentenza n. 25/2019), nella quale si afferma che la Corte costituzionale è chiamata a verificare che il bilanciamento da svolgersi, in una prospettiva generale, tra i diversi principi costituzionali in rilievo non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente – rispetto a quella da compiersi in ordine all'accertamento della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU.

Questo schema è messo in crisi dal riconoscimento di efficacia diretta orizzontale a disposizioni della Carta dei diritti, che pure era stata dichiaratamente concepita come un documento sprovvisto di tale diretta efficacia applicativa, come ha ricordato, con valore testimoniale degno di ogni considerazione il Presidente Giuliano Amato, che ai lavori di redazione prese parte e non certo in posizione defilata o marginale³².

Voglio dire, articolando la tesi, che quando a un documento di sicuro valore costituzionale³³ come la Carta dei diritti si riconosce effetto orizzontale diretto³⁴, nell'ipotesi di contestuale violazione di diritti radicati in Costituzione e diritti aventi fondamento nella Carta, la disapplicazione diretta del diritto nazionale si presenta come un'opzione allettante, quasi irresistibile per il giudice comune perché garantisce effettività e immediatezza di tutela, e viene preferita alla proposizione di una questione di costituzionalità. Per questo il giudice comune, che da sempre è in prima linea nell'attuazione del diritto UE e che, dichiaratamente, subisce il «forte fascino»³⁵ del potere di disapplicazione della legge, potrebbe essere incline a riconoscere diretta efficacia alla Carta anche a prezzo di qualche forzatura interpretativa, e a riassorbire, strategicamente, vizi di legittimità costituzionale in altrettante ipotesi di incompatibilità con la CDFUE per evitare di far ricorso al controllo accentrato di costituzionalità, che peraltro presenta notevoli insidie processuali.

Anche la dottrina si interroga, specie dopo i casi *Cresco Investigation*³⁶, *Max Planck*, *Kreuziger e Bauer*³⁷ se non sia scoccata l'ora del “superamento definitivo delle ‘barriere’ all'applicazione della Carta nella prospettiva della certezza dei diritti e della giustizia sostanziale” ed auspica la *Drittwirkung* della Carta di Nizza³⁸.

Non è azzardato concluderne che il riconoscimento di effetto diretto orizzontale alla Carta di Nizza pone in discussione la centralità del sindacato accentrato di legittimità costituzionale e il ruolo di custode ultima dei diritti spettante alla Corte costituzionale. Non sorprende perciò che Jan Komarek abbia sostenuto che la Corte di giustizia stia consapevolmente dispiegando una strategia di spiazzamento delle Corti

³² Lo ha ricordato autorevolmente il Presidente Giuliano Amato nel Convegno “La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Seminario di studi a vent'anni dalla proclamazione della Carta di Nizza”, svoltosi presso l'Università statale di Milano l'11 dicembre 2020.

³³ Oltre alla Corte costituzionale, nella sentenza n. 269 del 2017 e nell'ordinanza n.182/2020, ha riconosciuto la natura costituzionale della Carta dei diritti fondamentali anche il Tribunale costituzionale austriaco (N 19632-2011 del 14 marzo 2012).

³⁴ È già accaduto in numerosi ambiti: per l'art. 21 in tema di non discriminazione, , all'art. 21 (judgg. *Mangold, Kucukdeveci e Dansk Industri*); di *ne bis in idem* all'art. 50 (judg. *Akerberg Fransson*); di diritti dei lavoratori con riferimento all'art. 27 (*Association de Mediation Sociale*).

³⁵ Lo ammette, con encomiabile onestà intellettuale, proprio un magistrato di alto lignaggio come R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019.

³⁶ CGUE; Grande Sezione, Sentenza 22 gennaio 2019, C-193/17, *Cresco Investigation*.

³⁷ Si fa riferimento alle sentenze, emesse tutte il 6 novembre 2018 dalla CGUE, Grande sez., C-684/16, *Max Planck c. Shimizu*, C-619/16 *Kreuziger*, e C-569/16, *Stadt Wuppertal c. Bauer*.

³⁸ In questo senso, v. A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, p. 191 ss., 193 ss., nonché A. RUGGERI, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 25 ottobre 2019, pp. 1-21.

costituzionali³⁹. Questa strategia di *displacement* mirerebbe a confinare la giurisdizione di costituzionalità nazionale nell'angusto spazio dei conflitti tra poteri e del controllo formale sulle condizioni procedurali della legislazione democratica e ad accentrare invece verso Lussemburgo la funzione di tutela dei diritti fondamentali.

Non spetta a me dire se Komarek abbia ragione o se non vi sia nella sua argomentazione un'accentuazione di *pathos*. Mi pare nondimeno plausibile sostenere che è proprio la presenza di questa insidia teorica e pratica per il controllo di legittimità costituzionale posto a tutela dei diritti fondamentali ad avere impresso un accentuato dinamismo alla giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri, contribuendo a rinnovare le forme del controllo sulla disciplina europea e affinando le strategie attraverso le quali si realizza il dialogo con la Corte di giustizia di Lussemburgo.

Quali sono queste strategie processuali? Almeno tre sono chiaramente visibili:

- a. il rifiuto di riconoscere effetto diretto al diritto UE e segnatamente alle norme della Carta dei diritti, anche contestandone l'ambito di applicazione.
 - b. l'affermazione della priorità del controllo costituzionale sulla questione pregiudiziale comunitaria nelle ipotesi di doppia pregiudizialità;
 - c. l'uso del rinvio pregiudiziale come sistema di allerta preventivo finalizzato a ventilare la minaccia di applicazione di un controlimito.
- a. la più radicale forma di reazione consiste nell'ostacolare o impedire l'effetto diretto orizzontale dei principi generali di diritto dell'UE, nonché delle norme della Carta contestando anche l'ambito di applicazione della Carta stessa: ciò è avvenuto in Danimarca e Germania.

Esempio paradigmatico di questa strategia argomentativa è la decisione della Corte suprema Danese nel caso *Dansk Industri/Ajos* (C-15/2014), relativo alla direttiva del consiglio 2000-78-EC, che definisce un *framework* generale per l'eguale trattamento nell'impiego nell'occupazione. La decisione costituisce una replica alla pronuncia della Corte di Giustizia 19 aprile 2016, nella quale la Corte di Lussemburgo aveva ribadito l'effetto orizzontale diretto del principio di non discriminazione sulla base dell'età⁴⁰ e invitato la Corte danese a interpretare la disciplina nazionale alla luce della direttiva in questione (pur negando che essa avesse effetto diretto) o comunque a disapplicare la contrastante normativa danese. La replica della Corte danese è stata durissima.

Anzitutto essa ha affermato che «*Nor is it possible, in Danish law, to apply directly 'the general EU law principle prohibiting discrimination on grounds of age' contrary to the clear state of the [danish] law*». Inoltre, secondo la Corte danese, le origini del principio di non discriminazione sono nebulose: «*In par. 35 the EU Court of Justice*

³⁹ J. KOMAREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 527 parla di *displacement* come consapevole strategia della Corte di Giustizia.

⁴⁰ Effetto già riconosciuto nelle decisioni *Mangold* e *Kucukdeveci*.

states that a national court has a duty to ensure the full effectiveness of that principle ‘within the limits of its jurisdiction’: It is not within the Danish courts’ jurisdiction to apply the principle prohibiting discrimination on grounds of age by disapplying a clear state of the law in Denmark between two individuals, on two principal grounds: there is no basis for doing so in the Danish Law on accession to the EU». Infine, e decisamente, i giudici danesi hanno negato che la Corte di giustizia abbia il potere di ordinare alle corti di disapplicare la legislazione nazionale, con effetto diretto per i privati e sulla base di principi giuridici non scritti.

Analogo la reazione della Corte tedesca alla sentenza Akeberg Fransson, nella quale gli ambiti applicativi della Carta sono stati dilatati, secondo diffusa opinione dottrinale, oltre i confini tracciati dal diritto UE. Il *Bundesverfassungsgericht*, tra i primi, ha colto questo rischio di tracimazione e nella sentenza sulla legge per la raccolta dei dati con finalità antiterroristiche, ha statuito che la decisione Fransson – nell’ottica di una relazione improntata alla leale collaborazione – deve essere interpretata in modo restrittivo, come riferita al solo ambito della legislazione in tema di IVA, senza esprimere un principio di ordine generale. In caso contrario, quella sentenza – secondo il giudice costituzionale tedesco – sarebbe un atto ultra vires e avrebbe «endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law’s constitutional order»⁴¹.

b. in Austria e in Francia oltre che in Italia, è stata per vie diverse affermata la priorità del giudizio incidentale di costituzionalità sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nelle ipotesi di cosiddetta doppia pregiudizialità.

In Francia la *priorité constitutionnelle* è disposta dagli articoli 61 e 62 della Costituzione come emendati nel 2008⁴².

In Austria al medesimo esito si è giunti in via giurisprudenziale per effetto di due pronunce del tribunale costituzionale federale del 2012⁴³. In queste decisioni il tribunale costituzionale federale austriaco ha dichiarato di essere la sola istanza competente a giudicare su violazioni di diritti prodotte da norme generali (leggi e regolamenti) e a rimuovere tali discipline generali; ha statuito che sarebbe incompatibile con la nozione e il senso proprio della giurisdizione centralizzata di costituzionalità privare la corte nazionale dell’autorità di giudicare su diritti largamente assimilabili a quelli contenuti nella CDFUE; e ha concluso che nei casi di duplice protezione dei diritti da parte della Costituzione e della Carta, cioè in casi

⁴¹ cfr. *Bundesverfassungsgericht*, Press Release N. 31/2013 of 24 April 2013, Judgment of 24 April 20131 BvR 1215/07. Una riflessione più generale sull’orientamento del tribunale costituzionale federale tedesco in ordine all’integrazione delle tutele fra *Grundgesetz* e Carta di Nizza può trovarsi in F. SAITTO, *Salvare Solange? Parallelismo dei cataloghi e tutela integrata dei diritti fondamentali in Europa dopo le sentenze sul diritto all’oblio del Bundesverfassungsgericht*, in C. CARUSO – F. MEDICO – A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna University Press, Bologna, 2020, p. 177 ss.

⁴² Il novellato art.61-1 così recita: «Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

⁴³ *Verfassungsgerichtshof*, judg. U 466/1-18; U 1836/11-13, 14 March 2012, qui citato nella versione in lingua inglese.

di doppia pregiudizialità, *«the Constitutional Court will ground its decision on the Austrian Constitution without there being a need for reference to CJEU for a preliminary ruling»*.

Quanto all'Italia, la svolta si è compiuta con la sentenza n. 269 del 2017, una sentenza molto importante su cui oltre tornerò.

La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi su questo meccanismo di priorità costituzionale ne ha dichiarato la compatibilità con l'articolo 267 del TFEU, che disciplina la procedura di rinvio pregiudiziale, a condizione che resti integro il potere del giudice comune di formulare in ogni grado del procedimento le questioni che ritenga necessarie e che gli sia comunque consentito adottare misure provvisoriale di tutela dei diritti sanciti nell'ordinamento giuridico europeo e eventualmente disapplicando le contrarie previsioni nazionali⁴⁴.

Proprio su queste premesse, qualche tensione si è registrata con l'Italia. Va però detto che la linea giurisprudenziale inaugurata dalla 269 è stata successivamente rifinita in modo tale da escludere ogni contrasto con la giurisprudenza comunitaria.

c. quanto infine all'impiego in modo inedito, non convenzionale, del rinvio pregiudiziale, questa strategia è stata applicata con il massimo della finezza giuridica nella decisione 24/2017 della corte costituzionale sul caso Taricco. La vicenda è troppo nota perché metta conto qui riportarla nel suo sviluppo giurisprudenziale. Basti a questo riguardo osservare come la Corte abbia proposto un rinvio pregiudiziale interpretativo che conteneva una sorta di anticipazione del controlimite, nel senso che, ove la Corte di giustizia non avesse modificato la regola Taricco, questo avrebbe violato principi supremi della Costituzione e ciò avrebbe posto la Corte costituzionale nella condizione di non potersi sottrarre all'obbligo di impedire l'applicazione del diritto europeo nell'ordinamento nazionale.

La Corte ha invertito la logica 'ordinaria' dello strumento del rinvio pregiudiziale: mentre questo è inteso fisiologicamente a vincolare il tribunale rinviante, la Corte costituzionale, ventilando il contrasto della disciplina UE con principi che attengono all'identità costituzionale italiana, restringe il margine di apprezzamento interpretativo dei giudici di Lussemburgo e lo pone dinanzi all'alternativa rigida: accogliere un'interpretazione della normativa europea armonizzata con la tradizione costituzionale

⁴⁴ Per il caso francese, si veda CGUE 16 April 2010, C-188/2010; C-189/2010 (*Melki e Abdeli*): Article 267 TFEU *«does not preclude the priority of constitutionality question, but under two conditions: That all other national courts or tribunals remain free: to refer to the Court of Justice for a preliminary ruling, at whatever stage of the proceedings they consider appropriate, any question which they consider necessary; to adopt any measure necessary to ensure provisional judicial protection of the rights conferred under the EU legal order, and even to disapply the national provision that they consider to be contrary to EU law»*. Per il caso austriaco CGUE, in C-234/17, XC, YB and ZA v. Austria (2018): *«the national courts called upon, within the exercise of their jurisdiction, to apply provisions of EU law, are under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of their own motion to apply any conflicting provision of national law, and it is not necessary for that court to request or to await the prior setting aside of that provision of national law by legislative or other constitutional means (see, to that effect, judgments of 9 March 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, paragraphs 21 and 24)»*. *«Fundamental rights, as recognised in particular by the Charter, must therefore be interpreted and applied within the European Union in accordance with that constitutional framework»*.

italiana; oppure esporsi alla preannunciata dichiarazione di inapplicabilità della disciplina europea pertinente nell'ordinamento italiano per contrasto con i principi supremi.

Il rinvio pregiudiziale è stato usato strategicamente come meccanismo di allerta preventiva⁴⁵ con l'obiettivo di offrire alla Corte di giustizia il proprio apporto ricostruttivo affinché i giudici del Kirchberg possano sviluppare le virtualità interpretative racchiuse nella disciplina europea in modo compatibile con la tradizione costituzionale italiana⁴⁶.

Se nella sentenza Taricco i toni potevano apparire più duri e quasi ultimativi, nelle successive ipotesi di rinvio pregiudiziale, e specificamente nelle ordinanze nn.117 del 2019⁴⁷; 182 del 2020 e da ultimo con n. 216⁴⁸ e n. 217⁴⁹ del 2021, è sembrato che la Corte abbia lanciato segnali distensivi perché ha rimesso alla Corte di giustizia la ricerca di un'interpretazione evolutiva della disciplina europea che consenta di superare la potenziale lesione dei diritti fondamentali in un quadro di “costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia”.

⁴⁵ Così I. MASSA PINTO, *Il giudizio di incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 25 ottobre 2019, p. 76: «L'opzione del rinvio pregiudiziale è sicuramente lo strumento da preferire perché consente alla Corte costituzionale di “avvisare” la Corte di giustizia in via preventiva che i controllimiti sono dietro l'angolo (come mi sembra abbia fatto con l'ordinanza n. 117 del 2019)».

⁴⁶ Anche qui la Corte italiana non è sola: già nel 2010, nel caso *Honeywell*, il BVerfG tedesco aveva ritenuto di completare e precisare i modi di esercizio del controllo *ultra vires* e del controllo di Identità elaborati nella sentenza Maastricht (1993) e Lissabon (2009) autoimponendosi, in funzione di leale collaborazione fra Corti, di proporre un rinvio pregiudiziale prima di dichiarare un atto di diritto UE come *ultra vires*; cioè, prima di far valere un controlimite.

⁴⁷ La vicenda riguardava il diritto al silenzio e la non sanzionabilità della persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob o alla Banca d'Italia risposte suscettibili di far emergere la sua responsabilità per un illecito amministrativo presidiato da sanzioni punitive ovvero per un reato, la Corte ha pronunciato sentenza di accoglimento all'esito di rinvio pregiudiziale (Corte cost., sentenza n. 84 del 2021).

⁴⁸ L'ordinanza n. 216 ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e sospeso il giudizio incidentale di costituzionalità degli artt. 18 e 18-bis della legge n. 69 del 2005, impugnati, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 111, secondo comma, Cost., nella parte in cui non prevedono, quale motivo di rifiuto della consegna all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione del mandato di arresto europeo, le ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile, comportanti il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta.

⁴⁹ In materia di mandato d'arresto europeo, materia ormai interamente armonizzata, la Corte costituzionale ha riconosciuto (ordinanza n. 217 del 2021) che «il livello di tutela dei diritti fondamentali suscettibili di porre limiti al dovere di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie di altri Stati membri, su cui si basa l'intero meccanismo disegnato dalla decisione quadro, non può che essere quello risultante dalla Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea». E proprio muovendo da una simile premessa, ha sollevato rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia di Lussemburgo, alla quale ha formalmente richiesto «se l'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, interpretato alla luce del precedente art. 1, par. 3, e dell'art. 7 CDFUE, osti a una normativa, come quella italiana, che – nel quadro di una procedura di mandato di arresto europeo finalizzato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza – precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo; e in caso di risposta affermativa, sulla base di quali criteri e presupposti tali legami debbano essere considerati tanto significativi da imporre all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna». Per un'analisi delle domande pregiudiziali in questione, si rinvia a A. CHIAPPETTA, *La Consulta torna a interrogare la Corte di Giustizia sul mandato di arresto europeo (ord. n. 217 del 2021)*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 6/2021, pp. 2476-2503.

3. Le due svolte della Corte costituzionale: accesso al rinvio interpretativo e priorità della questione costituzionale nei casi di doppia pregiudizialità

Ai mutamenti che hanno interessato il controllo di legittimità del diritto europeo non è rimasta estranea la Corte costituzionale italiana. Qui si è assistito a una duplice svolta.

La prima è avvenuta in tema di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ove è stato di slancio superato il precedente della ordinanza 536 del 1995 con la quale la Corte si era auto-preclusa la possibilità di esperire il rinvio; la seconda con la giurisprudenza in tema di questioni doppiamente pregiudiziali, ove cioè vengano contestualmente in questione violazioni della costituzione italiana e al contempo del diritto euro unitario.

A partire dalla sentenza 102 del 2008, con cui si è finalmente ritenuta legittimata a proporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, la Corte ha cominciato a interpellare i giudici di Lussemburgo nel decidere un conflitto di competenze tra Stato e regioni (ordinanza n. 103/2008) e, con l'ordinanza 207/2013, ha proposto rinvio pregiudiziale anche nell'ambito di un giudizio incidentale.

Questo passaggio non va sottovalutato: anche altre Corti costituzionali sono state molto riluttanti a proporre domande pregiudiziali. La Corte tedesca ha sollevato il suo primo rinvio solo nel 2016 nel caso OMT; e a tutt'oggi solo 9 Corti dei paesi d'Europa hanno proposto domande pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo.

Che significato ha quest'apertura?

A mio parere segna finalmente l'avvio di un dialogo non più basato su una reazione, ma su un'azione preventiva. Anziché restare ristretta nella secca e rigida alternativa fra adeguarsi *in toto* agli indirizzi maturati nella giurisprudenza comunitaria o attivare il rimedio dei controlimiti, in entrambi i casi senza gradualismo o sfumature intermedie, la Corte ingaggia un confronto in via preventiva per concorrere costruttivamente all'interpretazione del diritto e dei diritti comunitari.

Gli esiti di un tale cambiamento di strategia non hanno tardato ad arrivare con le celeberrime pronunce del 2017-2018 nel caso Taricco⁵⁰ e poi con i rinvii.

⁵⁰ Ord. 24/2017 e sent. 115/2018, con cui la Corte ha sancito l'incompatibilità della "regola Taricco" con il principio di legalità penale e, in particolare, con il canone di sufficiente determinatezza della disciplina.

La seconda svolta è quella della sentenza-madre 269/2017⁵¹ e delle sue figlie⁵². Con questa importantissima, complessa pronuncia che conta ormai oltre quaranta commenti di dottrina, la Corte costituzionale ha stabilito che nei casi di contestuale violazione di diritti radicati in costituzione e protetti anche dalla carta di Nizza (e dunque nelle ipotesi di doppia pregiudizialità costituzionale e comunitaria) sia opportuno per il giudice comune accordare priorità al giudizio incidentale rispetto al rinvio pregiudiziale.

Come è stato da più parti osservato, la Corte ha rivendicato il diritto alla prima parola⁵³ nella tutela dei diritti fondamentali, senza pregiudicare le prerogative della Corte di giustizia e senza porre in discussione il principio del primato e dell'effetto diretto (dunque confermando in pieno lo schema Granital), ma semmai sottoponendolo a una interpretazione autentica.

La Corte ha agito dunque su un duplice versante: se per un verso con la sentenza 269 si è rivolta principalmente ai giudici comuni chiedendo loro, nei casi di doppia pregiudizialità, di preferire il sindacato incidentale rispetto all'interpello alla Corte di giustizia (anche per reagire a un'obiettivo marginalizzazione)⁵⁴; nelle successive pronunce, affinando e correggendo la linea, ha rassicurato i giudici di Lussemburgo sul fatto che la via del rinvio pregiudiziale non sarebbe stata in alcun modo preclusa o interdetta ai giudici comuni⁵⁵ e inoltre si è dichiarata disponibile a percorrerla essa stessa con maggiore

⁵¹ Tra i numerosissimi commenti alla sent. n. 269/2017 si richiamano, a titolo esemplificativo, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrativo di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, p. 234 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, pp. 1-8; 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.it*, n. 3/2018, p. 2 ss.; M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio AIC*, n.1/2018, pp. 1-6; 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.

⁵² Corte cost. sentt. nn. 20, 63 e 112 del 2019; ord. n. 117/2019. Sulle incertezze della giurisprudenza del 2019, G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: dalla Carta dei diritti all'accentramento del controllo sul diritto dell'Unione self-executing?*, in C. CARUSO – F. MEDICO – A. MORRONE, *Granital, cit.*, p. 203 ss.

⁵³ Così A. GUAZZAROTTI, *Un atto interruttivo dell'usucapione delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, p. 2: «Potremmo dire che la Consulta, dopo essersi riservata il "diritto all'ultima parola" nell'ordinanza post-Taricco (n. 24/2017, conclusasi con la capitolazione della Corte di giustizia: sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S., M.B.), punti ora a conquistarsi il «diritto alla prima parola».

⁵⁴ In questa direzione le riflessioni di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia. Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017)*, p. 17, ora in www.cortecostituzionale.it. L'Autore evidenziava la necessità di ricondurre i diritti «nel circuito del diritto costituzionale al quale si stavano pericolosamente sottraendo». Alcuni dati quantitativi dai quali emerge chiaramente la "sottrazione" denunciata da Augusto Barbera possono trovarsi in G. SCACCIA, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, p. 12 ss.

⁵⁵ Come in effetti poteva apparire dalla lettura della sentenza n. 269 e in particolare dall'inciso «i giudici comuni restano liberi [...] di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione».

frequenza e regolarità per trarre dal diritto UE elementi utili allo sviluppo ermeneutico dei diritti fondamentali.

Il rinvio ha cominciato ad essere impiegato non solo dunque, come con il caso Taricco, per disattivare in via preventiva conflitti suscettibili di innescare il ricorso, comunque traumatico, all'arma dei controlimiti; ma anche per far concorrere la Corte europea all'evoluzione dei diritti fondamentali a doppia matrice – interna ed europea – che si pongono “in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione” con i diritti costituzionali⁵⁶.

Gli effetti di questo mutamento di indirizzo si sono subito fatti evidenti: l'accentramento nella Corte costituzionale delle questioni doppiamente pregiudiziali – come del resto avevamo facilmente vaticinato – non ha comportato affatto una riduzione delle ipotesi di rinvio pregiudiziale (salvo il caso in cui questo resti assorbito dall'accoglimento della *questio*)⁵⁷. Lo confermano i dati, nella loro oggettività. Fino alla svolta del 2017 la Corte aveva sollevato solo 2 rinvii pregiudiziali nei giudizi in via incidentale (ord. 207/2013 e 24/2017) e uno in giudizio in via di azione (ord. 102/2008). A meno di 5 anni da quella seminale pronuncia, i rinvii sono già 7, tra i quali – anche questo è degno di nota – il primo rinvio di validità (ord. 117/2019).

Quel che più in questa sede interessa evidenziare è che per effetto delle innovazioni registrate nella giurisprudenza costituzionale in tema di legittimazione a proporre rinvio pregiudiziale, da un lato; e di doppia pregiudizialità costituzionale e comunitaria, dall'altro, il tradizionale controllo dei controlimiti è stato ricollocato rispetto alla sua posizione originaria. In precedenza esso si appuntava sulla legge di esecuzione dei trattati nella parte in cui autorizzava l'immissione nell'ordinamento interno di una disciplina europea in tesi incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e per questo suo carattere non poteva che risultare un rimedio successivo, residuale, estremo, una sorta di deterrente atomico da tenere sempre quiescente senza mai azionarlo concretamente. Riservata la prima parola alla Corte di giustizia – stante l'anteriorità processuale del rinvio pregiudiziale rispetto al controllo di costituzionalità – la Corte si lasciava l'ultima, finendo però di fatto per non intervenire mai o per farlo quando il punto di vista nazionale non era più armonizzabile e componibile con quello eurounitario, ma poteva essere opposto soltanto attraverso il ruvido strumento della dichiarazione di inefficacia della disciplina europea nell'ordinamento nazionale.

Ora la logica si rovescia: la Corte rende manifesta alla CGUE, in via preventiva, la lettura ermeneutica della disciplina UE che meglio si conformi alla tradizione costituzionale italiana, muovendo dalla premessa

⁵⁶ V. ancora ord. n. 182 del 2020, in cui si legge che le garanzie sovranazionali «si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione».

⁵⁷ In queste ipotesi, quand'anche vi fosse la possibilità astratta di proporre rinvio pregiudiziale, la Corte bene fa a decidere nel merito, non essendovi ragione di ritardare la tutela quando essa può essere immediatamente apprestata dalla Corte costituzionale con una pronuncia di accoglimento.

che la Carta dei diritti (al pari dei principi generali del diritto UE) “aspira a sintetizzare le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell’intera Unione”⁵⁸. D’altro canto, la Corte riconosce che i principi e i diritti costituzionali sono “complementari e armonici” con quelli della Carta e questo impone alla Corte di “salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione”, anche interrogando la Corte di giustizia “sull’esatta interpretazione delle disposizioni rilevanti del diritto dell’Unione europea che incidono sul diritto nazionale”⁵⁹.

4. La tendenza delle Corti costituzionali a intensificare il controllo di costituzionalità sul diritto europeo: sovranismo costituzionale e difesa della dimensione storico-politica dei diritti fondamentali.

Negli ultimi quindici anni le Corti costituzionali italiana, austriaca, danese, portoghese, belga, ceca, ungherese, polacca, tedesca hanno dichiarato l’inefficacia di discipline euro-unitarie nei rispettivi ambiti nazionali. Hanno azionato controlimiti⁶⁰.

Si è parlato in dottrina di nazionalismo giudiziario e addirittura, nel dibattito di lingua inglese, si è affacciato il tema del populismo. Io stesso fui invitato dall’editore statunitense di un mio contributo sul tema a inserire nel titolo la locuzione *judicial populism*.

Ma è davvero così? È mia opinione che in questa fase storica del giudizio di costituzionalità, per una serie di motivi strutturali, che ho indagato in altra sede⁶¹ si stia manifestando una più generale tendenza nelle corti costituzionali nazionali a rivendicare un controllo più penetrante sul diritto dell’Unione Europea.

Mi sembra a tale riguardo particolarmente persuasiva l’opinione -autorevolmente sostenuta da Joseph Weiler e Doreen Lustig – secondo la quale ovunque nel mondo occidentale si stia sviluppando una “terza”

⁵⁸ Così la sentenza n. 102 del 2020, nella quale si ribadisce pure che la Carta può «essere utilizzata quale strumento interpretativo delle corrispondenti garanzie costituzionali».

⁵⁹ Così Corte cost., ordinanza n. 182 del 2020.

⁶⁰ Faccio riferimento, prima di tutto, ai noti casi di applicazione del contro limite sul mandato di arresto europeo da parte della corte tedesca polacca e ceca; al giudizi della medesima corte ceca sul trattato di Lisbona e-nel caso Sugar quota III sul sistema delle quote di produzione dello zucchero; alla decisione della corte portoghese numero 187-2013 sul taglio dei salari e pensioni; alla decisione del 28 aprile 2016 numero 62-2016 del *Cour d’arbitrage* belga sullo *Stability pact*; la decisione numero 26-2014 del tribunale costituzionale spagnolo sul caso Melloni; alla decisione del 30 novembre 2016 numero 22-2016 della Corte ungherese sulla politica di riallocazione dei rifugiati; al c.d. Caso Taricco nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (ord. n. 24 del 2017 e sent. n. 115 del 2018); da ultimo, ma solo in ordine cronologico, la decisione del tribunale costituzionale federale tedesco del 5 maggio 2020 sul Quantitative easing (sulla quale, se si vuole G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell’Unione europea: prime note alla sentenza del BV erfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*, in *DPCEonline*).

⁶¹ Cfr. G. SCACCIA, *The Lesson Learned from the Taricco Saga: Judicial Nationalism and the Constitutional Review of E.U. Law*, in *American University International Law Review*, Vol. 35, Iss. 4/2020, p. 821 ss. Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol35/iss4/4>.

fase del *judicial review*⁶². Dopo quella pionieristica del *judicial review of legislation*, che mirava a contenere gli squilibri del principio di maggioranza, e quella del controllo internazionale e comunitario sugli eccessi della sovranità nazionale; questa terza ondata è legata alla verifica delle condizioni di legittimità dei vincoli sempre più incisivi e penetranti che sono imposti dal diritto UE alla sovranità statale e al sistema delle fonti nazionale.

Quali le ragioni di questo risorgente nazionalismo giudiziario (se così vogliamo definirlo)?

Secondo visioni allarmistiche le Corti costituzionali starebbero attaccando i giudici del Kirchberg nel tentativo di “dirottare” il processo di integrazione europea⁶³, ponendo in discussione i due principi cardine del diritto unionale: primato ed effetto diretto. Altri ritengono che le Corti stiano cercando di ricomporre un nuovo bilanciamento tra sovranità e sovranazionalismo⁶⁴.

Innanzitutto occorre discernere. Non tutte le forme e le modalità di attivazione di controlimiti sono identiche o esprimono l’identica finalità. In un saggio pubblicato sull’*American University Law Journal* lo scorso anno ho argomentato la tesi che queste manifestazioni ricorrenti di “sovranoismo giudiziario” possono assumere due forme opposte: una forma destrutturante/suprematista e una forma costruttiva/costituzionale.

La prima, a cui sono ascrivibili alcune decisioni del tribunale costituzionale polacco e ungherese, muove dalla antistorica proclamazione di una sovranità costituzionale sciolta da ogni interdipendenza e si manifesta nella contestazione aperta e generale della supremazia del diritto europeo e delle attribuzioni della Corte di giustizia.

La seconda, che rinvegno ad esempio nelle decisioni della Corte costituzionale italiana esprime, al contrario, una forza dialettica, ma costruttiva perché orientata alla risoluzione dei problemi derivanti dall’ancora incompleto processo di costituzionalizzazione dell’Unione. Questa forma “costituzionale” di nazionalismo giudiziario non pone in discussione il primato del diritto UE o l’effetto vincolante delle decisioni della Corte di Lussemburgo, non contesta la giurisdizione della Corte europea, ma è piuttosto animata dalla ricerca di un confronto ispirato alla leale cooperazione istituzionale e al reciproco condizionamento, nella logica del concorso nella tutela dei diritti.

⁶² D. LUSTIG - J. H. H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective*, in *I.CON* (2018), Vol. 16 No. 2, p. 315 ss. Il tratto caratterizzante di questa terza ondata sarebbe la sottoposizione a scrutinio costituzionale del diritto internazionale ed europeo.

⁶³ È questa l’opinione di G. MARTINICO, *Chasing European Court of Justice: On Some (political) attempts to Hijack the European Integration Process*, in *14 Int’l Comm.L.REv.*, pp. 243-244 (2012). Sul punto si veda anche D. SARMIENTO, *The Silent Lamb and the Deaf Wolves: Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU law*, in M. AVBELJ – J. KOMAREK, *Constitutional pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012, pp. 285-318.

⁶⁴ D. GALLO, *Challenging EU Constitutional Law: the Italian Constitutional Court’s New Stance on Direct Effect and the Preliminary Reference Procedure*, 25 *Eur.L.J.* 434-435 (2019). Utili spunti anche in A. BOBIC, *Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, n. 6/2017, p. 1396 ss.

Ma il punto che più mi preme evidenziare, in conclusione, è un altro.

In effetti è innegabile che la tutela dei diritti fondamentali trovi oggi un presidio ancor più avanzato di quello costituzionale nella Carta di Nizza, non fosse altro che per il fatto che è stata elaborata oltre mezzo secolo dopo la nostra Costituzione e ha potuto perciò dare forma espressa ad aspettative di tutela e sensibilità culturali che sono maturate nel tempo, anche all'esito dello sviluppo tecnologico, che ha dato corpo a nuove temibili strumenti di minaccia dei diritti.

Resta allora da chiedersi laicamente e in modo disincantato: perché ostacolare la marcia trionfale del diritto eurounitario e in particolare della Carta dei diritti?

Perché non dire dei diritti ciò che Takis Tridimas notava nel 2006 riguardo ai principi generali del diritto UE, cioè che sono “*enfant terribles*”, nello specifico senso che sono “*children of national law but are brought up by the Court*” perché sono “*extended, narrowed, restated, and transformed by a creative and eclectic judicial process*”?

Perché opporsi al pieno riconoscimento di effetto orizzontale diretto alla Carta, che garantirebbe immediatezza di tutela, senza dover attendere i tempi non sempre brevissimi del giudizio costituzionale? Il sindacato diffuso, oltre tutto, scongiura il rischio della cattura politica delle Corti costituzionali – rischio che la recente vicenda polacca mostra di essere quanto mai attuale, disseminando la tutela dei diritti su soggetti meno facilmente assoggettabili a condizionamento politico. Insomma è lecito chiedersi quali le ragioni ancora invocabili a sostegno del controllo accentrato sul rispetto dei diritti fondamentali.

La prima e più concreta ragione è stata illustrata dal Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi nel corso della annuale Conferenza di presentazione della attività dispiegata dalla Corte. Il sindacato diffuso di disapplicazione, osserva Lattanzi, “può implicare che disposizioni di legge non più applicate dai vari giudici nelle loro decisioni rimangano in vita nell’ordinamento nazionale, con pregiudizio della certezza del diritto e dell’effettività dei diritti costituzionali eventualmente coinvolti». Ciò in quanto «la mancata applicazione della legge nazionale da parte dei giudici comuni, per incompatibilità con il diritto dell’Unione, potrebbe sottrarre alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongono in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo comma, anche con altre parti della Costituzione». E un simile effetto – conclude il Presidente – «specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, non appare pienamente conciliabile con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte»⁶⁵.

Ragioni di certezza del diritto, in breve, fanno preferire il sindacato accentrato alla disapplicazione diffusa. E tuttavia questa argomentazione rischia di provare troppo: la medesima esigenza di certezza che la Corte

⁶⁵Disponibile al seguente link:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, 18-20).

evidenzia dovrebbe infatti sussistere con riferimento a tutte le norme euro unitarie, non solo per quelle della Carta. Per non pregiudicare il modello Granital che è stato adottato fin dal 1984, la legittima e condivisibile esigenza di certezza alla quale la Consulta si richiama, dovrebbe dunque essere delimitata all'ipotesi di disapplicazione diretta di norme interne per contrasto con precetti della Carta di Nizza-Strasburgo. Inoltre alla certezza del diritto potrebbe contrapporsi e risultare prevalente l'obiettivo della certezza dei diritti indicato da Ruggeri⁶⁶.

C'è però una ulteriore, più radicale e profonda ragione teorica che giustifica la perdurante utilità del sindacato di costituzionalità accentrato, la non totale sua sovrapponibilità rispetto alla disapplicazione diretta e quindi al sindacato diffuso. Per comprenderlo formulo un'ipotesi estrema: ammettiamo che siano approvate in via di revisione costituzionale disposizioni in tutto analoghe a quelle della Carta dei diritti sicché fra Costituzione e Carta non sussistano più differenze di contenuto. Potremmo allora fare a meno della Costituzione? Verrebbe meno l'esigenza di conservare il controllo di costituzionalità e di confidare nella Corte costituzionale come custode ultimo dei diritti fondamentali?

Anche se le formulazioni testuali dei diritti costituzionali fossero identiche, diversa è e resta la cornice di riferimento, il contesto rispetto al testo, giacché la Corte è chiamata a difendere la "politicalità" dei diritti. Per intendere questa espressione è necessario premettere che i diritti fondamentali, in quanto positivizzati in Costituzione, sono sottratti alla totale disponibilità del principio di maggioranza, e quindi al legislatore, e tuttavia non tollerano neppure di essere interamente conformati in via giurisprudenziale, a dispetto del processo politico e del legislatore democratico, senza perdere il loro legame con una cultura e una identità costituzionale⁶⁷. I diritti non possono essere interamente nel dominio del legislatore (com'era in epoca di costituzione flessibile), senza rischiare una *Weimarisierung*, ma non possono neppure appartenere interamente al mondo della giurisdizione e dell'ermeneutica giuridica.

Devono vivere in costante equilibrio fra determinazione legislativa e conformazione giurisprudenziale, aspettative di tutela soggettiva e principi organizzativi (la riserva di legge, la soggezione del giudice alla legge) che sono espressione di vincoli di sistema. In questo equilibrio si esprime la "politicalità" dei diritti costituzionali, il loro essere radicati in una Costituzione che li foggia non come "libertà solipsistiche", riferibili a un agente a-storico, scisso dalla comunità di riferimento, ma come libertà "sitate", riferibili a una persona inserita in un contesto sociale e in sistema istituzionale di poteri.

⁶⁶ Si fa riferimento alle riflessioni di A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta online*, 26 marzo 2020, p. 161 ss. secondo cui la «certezza del diritto, nella sua più qualificante espressione, intesa cioè quale certezza del diritto costituzionale, non può andare disgiunta dalla giustizia sociale ed anzi non può essere vista quale bene-valore fondamentale da essa diverso; e la giustizia si ha unicamente laddove sono riconosciuti ed effettivamente garantiti i diritti fondamentali, tutti i diritti».

⁶⁷ La tesi è più diffusamente argomentata in G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n.3/2003, p. 532 ss.

Questo equilibrio fra dimensione individuale e dimensione comunitaria dei diritti, a mio avviso, è ciò che la Corte costituzionale sta preservando. La Costituzione, dunque, non disegna un sistema di protezione dei diritti purchessia, ma un sistema che ha nel controllo accentrato di costituzionalità un proprio ineliminabile tratto identificativo.

Quella in favore del sindacato accentrato è una scelta in favore di un giudice che entri in relazione con il processo politico e che assuma da questo le sintesi culturali necessarie a interpretare evolutivamente il quadro dei diritti costituzionali, armonizzandoli con i principi istituzionali di struttura del complessivo sistema ordinamentale e bilanciandoli con diritti e valori sociali presenti nello scenario pluralistico della Costituzione, affinché restino sempre ancorati alla loro dimensione storico-concreta e in tal senso ‘politica’⁶⁸.

È questo il senso pregnante della statuizione, ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, secondo la quale soltanto la Corte costituzionale appresta una tutela sistemica e integrata alle posizioni soggettive in giudizio⁶⁹. Non si tratta di un’affermazione vuotamente retorica. Si vuole con essa dire che, in ottica sistemica, l’interesse individual-soggettivo all’incremento di protezione giuridica deve essere bilanciato con principi istituzional-organizzativi e valori comunitari che possono opporsi a tale incremento di tutela. Ne deriva che la massimizzazione della tutela dei diritti – regola d’oro del *multilevel constitutionalism* – può non coincidere con la massimizzazione della tutela costituzionale. Posizioni soggettive che avrebbero meritato protezione alla luce della disciplina UE possono essere dunque (e sono state in concreto) sacrificate a esigenze ordinamentali egualmente meritevoli di considerazione. Si pensi, paradigmaticamente, alla ‘saga’ Taricco, a tutti nota, ma anche nel caso meno famoso, ma altrettanto significativo, deciso con la sentenza n. 230 del 2011.

Si assumeva dinanzi alla Consulta che dal principio *nulla poena sine lege* enunciato nell’art. 7 della CEDU potesse trarsi la conseguenza che un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponesse la rimozione del giudicato penale contrastante con il nuovo indirizzo. Nel caso di specie, l’*overruling* della Corte di Cassazione, che escludeva la rilevanza penale del fatto, avrebbe garantito un incremento di tutela rispetto alla corrispondente previsione dell’art. 25, secondo comma, Cost⁷⁰; l’accoglimento della

⁶⁸ Per maggiori svolgimenti sul tema, si consenta il rinvio a G. SCACCIA, *The Lesson*, cit.; ID., *Cortes Supranacionales de Justicia y Activismo Judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 44/2019, 177 ss.

⁶⁹ L’affermazione secondo la quale la Corte «*elabora una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata*» risale alla sentenza n. 264/2012, nel caso assai noto delle «*pensioni svizzere*»; il medesimo principio è stato ribadito in numerose successive pronunce, fra le quali, su tutte, si richiama la n. 174/2019 in cui si statuisce che i diritti sanciti dalla Costituzione «*non possono non interagire con quelli previsti dalle fonti sovranazionali e internazionali in un quadro di reciproca integrazione e quindi di bilanciamento*».

⁷⁰ Tanto più che il principio convenzionale – secondo la Consulta – dovrebbe «*operare non soltanto in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza che escludano la rilevanza penale del fatto (...) ma anche a quelli che si limitino a rendere più mite la risposta punitiva, negando, ad esempio, l’applicabilità di circostanze aggravanti o riconducendo il fatto ad un paradigma sanzionatorio meno grave*».

questione avrebbe infatti reso retroattivamente applicabile alla parte del giudizio *a quo* una pronuncia della Cassazione equivalente, negli effetti, ad una *abolitio criminis*.

Se avesse applicato meccanicamente la regola del *plus di tutela*, la Corte avrebbe dunque dovuto accogliere la censura e ampliare il perimetro applicativo dell'art. 25 Cost. adeguandolo a quello dell'art. 7 CEDU. Così non è stato. I giudici di Palazzo della Consulta hanno, infatti, respinto la premessa, dalla quale muoveva il rimettente, che «da consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione normativa» per la dirimente ragione che ad essa si oppone, ancor prima della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25 Cost. «il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge»⁷¹. La soluzione che assicurava al ricorrente la protezione più ampia è stata giustamente scartata per non pregiudicare il principio di legalità in materia penale, in virtù del quale nessuna *abolitio criminis* può essere disposta in via giurisprudenziale, imponendosi sempre, in forza del principio di stretta legalità operante in materia penale (art. 25 Cost.), una scelta riferibile al legislatore democratico.

L'esempio – davvero istruttivo – consente di comprendere pienamente il valore sistemico della giurisprudenza sulla doppia pregiudizialità su cui si è sopra indugiato.

Quando la Corte rivendica il diritto alla “prima parola”, cioè a parlare per prima quando si tratta di diritti dell'uomo non sta agendo soltanto a tutela del presidio processualmente previsto per garantire la legalità costituzionale (cioè il controllo accentrato), ma ha a cuore il “principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale”⁷².

Non si tratta di difendere una tecnica processuale di tutela dei diritti. In gioco c'è la sovranità popolare e la funzione primaria che va riconosciuta al legislatore democratico nella conformazione e delimitazione dei diritti⁷³. In gioco c'è l'equilibrio fra diritti e principi istituzionali

A chi accusa la Corte costituzionale di sovranismo o di suprematismo giudiziario pare possibile dunque replicare che la Corte sta preservando la tessitura “politica” dei diritti fondamentali, la loro dimensione istituzional-comunitaria, il loro legame inscindibile con il legislatore democratico e in definitiva con il principio di sovranità popolare scolpito nell'art.1 della Costituzione.

Mi rendo conto che questo può apparire non di moda, o ancorato a una tradizione costituzionale novecentesca che sarebbe ormai superata dalle magnifiche sorti e progressive di un diritto

⁷¹ Si legge ancora nella pronuncia citata: «*Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (eius est abrogare cuius est condere)*».

⁷² In questi termini, Corte cost., sent. 269/2017, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Come è stato ben evidenziato da I. MASSA PINTO, *Il giudizio di incostituzionalità*, cit., 77.



tendenzialmente cosmopolitico che si emancipa dai condizionamenti della politica e fa vivere i diritti nella dimensione pura della neutralizzazione giudiziaria.

Resto tuttavia convinto che la definitiva liquidazione dell'identità politica e culturale della Costituzione repubblicana non possa essere compiuta in via surrettizia, per il tramite di decisioni giurisdizionali che ampliano senza controllo gli ambiti di applicazione e di efficacia della Carta dei diritti, ma richieda passaggi democratici di natura costituzionale, se non addirittura costituente. Non mi sfugge che qualcuno potrà etichettare questa mia posizione come conservatrice, o tradizionalista. Nonostante la classificazione mi paia schematica, rudimentale e francamente ingenerosa, sono disposto anche ad accettarla, ma a una precisa condizione: che per “tradizione” si intenda, con il grande compositore Gustav Mahler, non già *l'adorazione della cenere*, ma la *custodia del fuoco*⁷⁴: il fuoco della Costituzione.

⁷⁴ La citazione completa suona: «*La tradizione è la custodia del fuoco, non l'adorazione della cenere*».