



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA “ACCENTRATO” DI COSTITUZIONALITÀ

UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

IL GIUDIZIO D’INCOSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI IN CASO DI DOPPIO PARAMETRO
(INTERNO ED EUROPEO): IL CONFLITTO SULLE REGOLE D’INGAGGIO *

ILENIA MASSA PINTO**

SOMMARIO: 1. Premesse: il conflitto sulle regole d’ingaggio e la tutela del principio della sovranità popolare. – 2. L’introduzione del limite al sindacato diffuso di non applicazione della disciplina interna incompatibile con quella eurounitaria. – 3. Un ventaglio di ipotesi per il concorso di rimedi giurisdizionali nella tutela multilivello dei diritti. – 4. *Il favor* per la priorità del giudizio d’illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali. – 5. La legge politica tra giudici e Corti.

1. Premesse: il conflitto sulle regole d’ingaggio e la tutela del principio della sovranità popolare

Il saggio illustra la situazione normativa vigente a seguito della recente giurisprudenza della Corte costituzionale pronunciata nei giudizi d’incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (costituzionale ed eurounitario): l’ipotesi che ha guidato la descrizione delle diverse eventualità che si possono verificare in presenza di doppia pregiudizialità è che, nei limitati casi nei quali si faccia questione di diritti fondamentali, è opportuno, se non obbligatorio, per il giudice comune rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale. La posta in gioco è, in ultima analisi, la tutela del principio della sovranità popolare.

Il tema presenta dunque un profilo di carattere processuale d’immediata evidenza, ma coinvolge fondamentali questioni costituzionali sostanziali, che restano ancora aperte, come risulta anche dalle parole impiegate dal Presidente della Corte costituzionale nella sua Relazione annuale sull’attività svolta dalla Corte nel 2018, dove, rispetto proprio alla materia di cui si tratta, ha osser-

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l’Università di Torino.

vato che «un assetto stabile del sistema delle fonti, soggetto al governo di criteri certi per la risoluzione delle antinomie, è più un obiettivo da perseguire che un dato già acquisito». E ancora: «Non si tratta soltanto di prendere atto che il medesimo materiale giuridico può condurre Corti distinte a soluzioni non sempre convergenti, a causa della specificità di ciascun ordinamento. Vi è anche da riconoscere che ciascun attore, nel campo della tutela multilivello dei diritti, ha l'ambizione di dettare esso stesso le regole di ingaggio [per l'appunto], sicché possono divenire oggetto di disputa persino le linee guida alle quali l'operatore del diritto, e il giudice comune in particolare, deve attenersi per risolvere una questione giuridica che conosca la confluenza di fonti nazionali ed europee». E oltre: «Ci muoviamo in un cantiere con lavori perennemente in corso, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità. Nel rapporto con l'Unione europea, in particolare, l'attitudine del sindacato accentrato di legittimità costituzionale a garantire la più efficace delle tutele, con pronunce valedoli *erga omnes*, si deve conciliare con il primato del diritto europeo, che reclama l'immediato impiego, da parte del giudice comune, delle disposizioni direttamente applicabili. Ciò tuttavia 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». Ne deriva che «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. Un simile effetto, 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»¹.

In queste dichiarazioni sono già chiaramente evocati molti dei complessi profili che il tema implica².

2. L'introduzione del limite al sindacato diffuso di non applicazione della disciplina interna incompatibile con quella eurounitaria

Come noto, la questione riguarda l'introduzione di un limite al sindacato diffuso di non applicazione della disciplina interna incompatibile con quella eurounitaria, avvenuta a opera della giuri-

*Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università di Torino.

¹ Presidente della Corte costituzionale, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2018 (21 marzo 2019), in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf, 18-20.

² Un altro profilo che richiederebbe di essere approfondito, anche proprio con riferimento al tema della doppia pregiudizialità, è quello della “manutenzione” e/o della “automanutenzione” del processo costituzionale, tra legislatore e Corte: v. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta on line*, 2018, 160, il quale si chiede opportunamente «se non convenga piuttosto, una buona volta, anziché battere la via della manipolazione per via sotterranea e più o meno abilmente mascherata dei canoni processuali *ope juris prudentiae*, far luogo alla luce del sole e per la via piana della normazione legislativa ad una nuova disciplina che dia modo di discostarsi, sia pure per casi debitamente circoscritti, dall'incidentalità». Sul punto, del medesimo A., cfr., altresì, *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di ricostruzione*, in *Consulta on line*, 2019, spec. 496. È noto che in Francia, per esempio, nella materia di cui si tratta, è intervenuta una riforma costituzionale: in argomento cfr. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016.

sprudenza costituzionale a partire dal famigerato *obiter dictum* pronunciato nella sentenza n. 269 del 2017, e seguito dalle sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019, nonché dall'ordinanza n. 117 del medesimo anno.

La novità introdotta consiste nella necessità che *il giudice comune rilevi preliminarmente se si faccia questione di diritti fondamentali contemporaneamente tutelati dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in ambito di rilevanza comunitaria)*: in questa preliminare verifica sta la svolta della Consulta rispetto alla sua pregressa giurisprudenza³.

Ciò comporta che il giudice comune debba preliminarmente selezionare i casi nei quali:

- una medesima norma si ponga in un rapporto di dubbia compatibilità con parametri interni e con parametri europei distinti, nel senso che tutelano beni fondamentali diversi;
- una medesima norma si ponga in un rapporto di dubbia compatibilità con parametri interni e con parametri europei che evocano, così come possono fare per lo più i documenti costituzionali, con enunciazioni più o meno simili, la tutela di un medesimo bene fondamentale;
- una medesima norma si ponga in un rapporto di dubbia compatibilità con parametri interni e con parametri europei che impiegano identiche parole (per tutelare beni fondamentali), le quali rinviano però a significati diversi alla luce dell'interpretazione che di quelle parole si è consolidata nei rispettivi ordinamenti (e non solo in sede giurisprudenziale).

Ebbene è solo in questi limitati casi che si apre un ventaglio di ipotesi, che di seguito sono illustrate, in cui si dispiega il conflitto sulle regole d'ingaggio nel rapporto giudici-Corte costituzionale-Corte di giustizia, mentre negli altri casi risulta in tutto e per tutto confermato il modello Simmenthal/Granital, e cioè resta in capo al giudice l'obbligo di esaminare prioritariamente la questione di eurounarietà, eventualmente con l'aiuto della Corte UE, e di non applicare la norma interna incompatibile con la norma eurounitaria dotata di effetto diretto⁴.

Dunque è solo in parte vero che la novità della recente giurisprudenza costituzionale starebbe nel fatto che il discrimine tra non applicare e sollevare la questione alla Corte costituzionale non è più la verifica dell'effetto diretto, ma è il contenuto assiologico della norma invocata a parametro⁵: è vero, ma vi è da precisare, da un lato, che, al di fuori delle ipotesi nelle quali si faccia questione di diritti fondamentali, il discrimine resta sempre l'effetto diretto, e, dall'altro, che i due criteri potrebbero anche sovrapporsi se si presume che gli enunciati costituzionali in materia di diritti fondamentali, a ogni livello ordinamentale, non hanno mai, o hanno solo assai raramente, effetto diretto.

³ Tra i primi a ragionare in termini di "svolta" v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 2017.

⁴ Tra le molte cfr. Corte cost., sentt. 75/2012, 284/2007, 319/1996, 536/1995, 38/1995, 294/1994, 269/1991, 79/1991, 8/1991, 450/1990, 389/1990, 78/1990, 152/1987, 170/1984.

⁵ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019, 17-18: «In sostanza ... il riparto tra giudice comune e Corte costituzionale non viene più ad essere basato sulle caratteristiche strutturali della norma dell'Unione europea di volta in volta invocata. Se si trattava di norma direttamente efficace (*self executing*), infatti, questo elemento bastava di per sé ad escludere il ricorso alla Corte costituzionale, perché la relativa questione sarebbe divenuta inammissibile, in quanto non rilevante, dovendo la norma di diritto interno essere disapplicata dal giudice comune. Solo nel caso in cui la disposizione legislativa di diritto interno contrastasse con una norma UE non direttamente efficace, il giudice comune era tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Un'alternativa, come si vede, dipendente dai caratteri delle norme dell'Unione europea, per come definiti, in piena autonomia, da quell'ordinamento e, in particolare, dalla Corte di giustizia, la quale come è noto ha gradualmente esteso il concetto di efficacia diretta, lasciando in secondo piano i requisiti della chiarezza e della precisione e accontentandosi spesso, al fine di riconoscere tale efficacia, del solo carattere incondizionato della norma dell'Unione europea. Al contrario, secondo il nuovo orientamento assunto dalla Corte costituzionale, l'effetto diretto non rappresenta più il discrimine, ma occorre fare riferimento al contenuto assiologico della norma invocata a parametro».

Questo primo discrimine che il giudice comune è chiamato a operare – che circoscrive dunque il conflitto sulle regole d’ingaggio a un numero relativamente contenuto di casi e che, come detto, conferma per tutti gli altri il modello Simmenthal/Granital – mi sembra un dato incontrovertibile, oltre che imprescindibile per inquadrare il ventaglio delle diverse ipotesi che di seguito sono illustrate: la stessa sentenza n. 269 del 2017 era stata originata da due distinte ordinanze del giudice *a quo* di cui l’una era stata dichiarata inammissibile in quanto il giudice aveva dichiaratamente invertito l’ordine delle questioni proposte dal ricorrente e aveva espressamente dichiarato di ritenere prioritaria la questione d’illegittimità costituzionale rispetto alla questione d’incompatibilità con il diritto UE, mentre nell’altra il giudice aveva prima delibato in ordine alla compatibilità della norma oggetto rispetto al diritto UE e, solo dopo averne escluso il contrasto, aveva sollevato la questione di illegittimità costituzionale. Il famigerato *obiter dictum* enunciato dalla Corte è stato pronunciato in riferimento alla prima ordinanza, ed era un *obiter* proprio perché in quel caso *non* si faceva questione di un diritto fondamentale codificato nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, bensì della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all’interno dell’UE previste dagli artt. 49 e 56 del TFUE: con le parole della Corte, «non si versa[va], dunque, nei casi ... in cui la non applicazione trasmoda inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge. Pertanto il rimettente aveva l’onere di delibare la questione per valutare l’applicabilità della legge interna nel giudizio posto al suo esame»⁶. La Corte in questa pronuncia conferma dunque la sua giurisprudenza sul punto nella misura in cui la questione sollevata con la prima ordinanza viene dichiarata inammissibile sotto lo specifico profilo della assenza di motivazione in punto di rilevanza.

È evidente che, sotto questo primo profilo, il problema si sposta sulla selezione dei casi in cui, come dice la Corte, «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano ... i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana»⁷. E questa selezione è fortemente connessa al tema più generale della definizione dell’ambito di applicazione del diritto UE, dal momento che, secondo gli artt. 51 e 53 della Carta UE, la Carta stessa si dovrebbe applicare solo alle norme nazionali di attuazione in senso stretto del diritto UE, oltre che alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell’UE stessa. La giurisprudenza della Corte di giustizia, come noto, sembra però orientata ad allargare tale ambito di applicazione anche a qualsiasi norma nazionale che interferisca con l’applicazione della normativa europea o che ne pregiudichi in qualche modo l’effettività. Il tema quindi si sposta su una nozione

⁶ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.3. Si noti che in questo caso i parametri di riferimento della doppia pregiudizialità, costituzionali ed eurounitari, erano diversi nel senso che tutelavano beni diversi (principio di eguaglianza/ragionevolezza e capacità contributiva/progressività, i primi, libertà economiche dell’impresa, i secondi). Secondo 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*, 2018, 10-11, questa diversità di trattamento potrebbe essere giustificata «valorizzando la differenza categoriale che intercorre – dal punto di vista del diritto europeo – fra i diritti consacrati nella Carta e le libertà riconosciute e garantite nei Trattati. In effetti queste ultime sono principi di struttura, istituzionali, essenziali al mercato comune, per le quali è richiesto il massimo grado di uniformazione normativa. A questo fine il controllo diffuso di comunitarietà è imprescindibile, come è vitale che il primato si esprima in modo immediato, senza ostacoli frapposti da giudici o atti normativi nazionali. I diritti della persona consacrati nella CDFUE, invece, sono per lo più non riconducibili alla mera dimensione del mercato, e comunque non sono ad esso coesenziali. Al contrario, sono ammesse diversificate e più ampie tutele a livello nazionale, senza che ne risulti compromessa l’esigenza di uniformità regolativa funzionale allo sviluppo della concorrenza, per il carattere non mercantile delle libertà coinvolte».

⁷ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

poco esplorata in dottrina che è quella appunto dell'ambito di applicazione, certo di difficile definizione, ma che non può essere lasciata all'interpretazione della sola Corte di giustizia⁸.

Sul punto c'è da dire anche che nella successiva sentenza n. 20 del 2019 la Corte ha ritenuto ammissibile una questione sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione non solo a disposizioni della Carta, ma anche ad alcune disposizioni di diritto europeo derivato: la circostanza che tra le norme europee interposte sia stata indicata anche una direttiva, sostiene la Corte, «non induce a modificare l'orientamento ricordato», in quanto «i principi previsti dalla direttiva si presentano [in questo caso] ... in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE: non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito “modello” per quelle norme, e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura»⁹. Come noto, si trattava della direttiva in materia di tutela della riservatezza.

In questa stessa sentenza, che la Corte abbia voluto ribadire la novità del discrimine tra casi in cui si faccia questione di diritti fondamentali – a prescindere dalla ricorrenza degli effetti diretti – e casi nei quali non si faccia questione di diritti fondamentali – in cui rileva invece la ricorrenza degli effetti diretti – risulta anche dal fatto che il giudice *a quo* aveva ritenuto necessario sollevare la questione d'illegittimità costituzionale in quanto aveva rilevato la mancata sussistenza di una normativa europea *self-executing*: di sicuro non lo erano le disposizioni della Carta, ma anche quelle della direttiva erano state oggetto di un giudizio in sede di rinvio da parte della Corte di giustizia che, sebbene le avesse definite direttamente applicabili, aveva però sostenuto che la valutazione sul corretto bilanciamento tra il diritto alla tutela dei dati personali e quello all'accesso ai dati in possesso delle pubbliche amministrazioni dovesse essere rimesso al giudice del rinvio perché non compiuto in modo definitivo dalla direttiva stessa¹⁰. Ma la Corte – ecco il punto – anziché motivare in riferimento alla mancata ricorrenza dell'effetto diretto, dichiara ammissibile la questione richiamando l'orientamento della sentenza n. 269 del 2017: «Questo orientamento va confermato anche nel caso di specie, nel quale principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano...principi e

⁸ Cfr. Corte cost., sent. 63/2016, *Considerato in diritto*, punto 7: «A norma del suo art. 51 (nonché dell'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato sull'Unione europea e della Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona) e di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri solo quando questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: “[I]e disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione” (art. 51 della Carta). Come questa Corte ha già affermato, perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna “sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto” (sentenza n. 80 del 2011)». In argomento cfr. M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018; da ultimo cfr. M.E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quad. Cost.*, 2019, 459 ss. Cfr. altresì le aspre critiche sul punto di R. BIN, *Intervista*, in *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2019: «Che esistano “norme self executing della Carta di Nizza-Strasburgo” è fortemente contestabile; esistono semmai pretese delle relative Corti di accreditare una generale prevalenza e applicazione diretta delle norme dei loro rispettivi ordinamenti (norme in larga parte create da quelle stesse Corti, per di più); ma sono pretese indebite, vagamente imperialistiche, che la Corte costituzionale bene fa ad arginare e contrastare...La Carta dovrebbe valere come parametro di legittimità degli atti della UE (il che però è avvenuto in un numero di casi che si possono contare sulle dita di una mano monca), anche se la giurisprudenza della Corte di giustizia tende a ampliarne la funzione con la stessa progressione con cui estende l'ambito di applicazione del diritto dell'UE – ambito di applicazione che costituisce una delle nozioni cruciali e però meno definibili del diritto UE, lasciata nelle mani “espansionistiche” della Corte di giustizia».

⁹ Corte cost., sent. 20/2019, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

¹⁰ Corte di giustizia, sent. 20 maggio 2003, nella cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, *Österreichischer Rundfunk e altri*. La direttiva è la 95/46/CE.

diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione»¹¹, e i primi e i secondi «risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione –»¹². Avrebbe potuto evitarsi le critiche che ne sono seguite¹³ semplicemente dichiarando ammissibile la questione sulla base dell'argomentazione impiegata dal giudice *a quo* che si riferiva all'assenza degli effetti diretti¹⁴.

3. Un ventaglio di ipotesi per il concorso di rimedi giurisdizionali nella tutela multilivello dei diritti

Una volta delimitato il campo ai soli casi in cui si faccia questione di diritti fondamentali, nel senso indicato, e pur nella consapevolezza delle difficoltà a cui si è qui solo accennato, si apre un ventaglio di ipotesi che è necessario ora prendere in considerazione, e nel quale si ritiene debbano rientrare anche i casi in cui il giudice dovesse dubitare proprio in punto di definizione dell'ambito di applicazione del diritto eurounitario (essendo coinvolti anche parametri interni in materia di diritti fondamentali, come ipotizzato in premessa).

Dalla giurisprudenza costituzionale in commento, almeno in teoria, ma si dirà a breve in concreto che cosa può accadere, il giudice *a quo* che si trovi di fronte un caso di doppia pregiudizialità, nell'ambito di cui si è detto, non ha alcun obbligo di adire prioritariamente una Corte piuttosto che l'altra¹⁵. Già nella sentenza del 2017, l'*obiter*, dopo essere stato introdotto “in punta di piedi”, come una mera «precisazione», dice la Corte¹⁶, all'interno di un discorso più ampio volto a confermare la giurisprudenza pregressa in materia, viene poi circondato da plurime garanzie nel «quadro di una costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)»¹⁷.

E le garanzie enunciate sono ricavate direttamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸, secondo la quale i giudici comuni devono restare liberi:

¹¹ Corte cost., sent. 20/2019, *Considerato in diritto*, punto 2.1.

¹² Corte cost., sent. 20/2019, *Considerato in diritto*, punto 2.2.

¹³ A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta on line*, 2019, spec. 115.

¹⁴ Analogamente nella sentenza n. 112 del 2019 la Corte ribadisce la sua giurisprudenza precedente, ed è significativo che anche se non viene sollevata eccezione d'inammissibilità sul punto, la Corte conferma e sottolinea l'iniziativa del giudice: «Pur in assenza di una specifica eccezione sul punto, va ... affermata – in conformità ai principi espressi nelle sentenze n. 269 del 2017, n. 20 del 2019 e n. 63 del 2019 – l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: questioni che questa Corte ha il compito di vagliare, essendo stata a ciò sollecitata dal giudice *a quo*» (*Considerato in diritto*, punto 7). Sul punto cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, 14; ID., *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2019.

¹⁵ A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta on line*, 2019, 165, nel senso della libertà del giudice di disporre in ordine alla successione temporale delle due pregiudizialità. Su questo specifico punto cfr. R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po') in dialogo con il ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”*, in *Consulta on line*, 2019, 649-650.

¹⁶ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5. G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., parla di «studiato minimalismo».

¹⁷ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

¹⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sent. 11 settembre 2014, nella causa C-112/13, *A contro B e altri*; grande sezione, sent. 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*.

- di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria;

- di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione;

- di non applicare, 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.

In sintesi, la Corte così conclude: «In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»¹⁹.

Ora, al netto delle precisazioni che si possono ricavare dalle sentenze successive²⁰ – tra le quali è stata rilevata in particolare la scomparsa del riferimento agli «altri profili», rispetto alla quale si tornerà a breve –, che mi pare però non spostino di molto le questioni, si può procedere illustrando un ventaglio di ipotesi, al fine di mettere ordine nel «concorso di rimedi giurisprudenziali» nella tutela multilivello dei diritti, al quale fa ripetutamente riferimento la stessa Corte.

Dunque il giudice *può* (A) sollevare prioritariamente la questione d'incostituzionalità alla Corte costituzionale; (B) sollevare contemporaneamente la questione d'incostituzionalità alla Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; (C) sollevare prioritariamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

(A) Se il giudice solleva prioritariamente la questione alla Corte costituzionale, «la Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex* artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato»²¹.

(A.1.) Se la Corte decide di giudicare alla luce dei parametri interni, è ragionevole ritenere che se prende in esame *solo* i parametri interni è perché molto probabilmente non vuole confrontarsi con il parametro europeo, e ha interesse a dire (*per prima*) quali sono i significati che attribuisce ai parametri costituzionali interni²². In nome del dialogo tra Corti e dell'integrazione tra ordinamenti,

¹⁹ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

²⁰ Anche nella sentenza n. 20 del 2019 la Corte insiste sulla *facoltà* del giudice di intraprendere sia la strada del giudizio d'incostituzionalità sia quella del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ma ritiene che nel caso di specie la scelta del giudice *a quo* sia particolarmente gradita per il tono costituzionale della questione: «La “prima parola” che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco. Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione» (*Considerato in diritto*, punto 2.3.).

²¹ Corte cost., sent. 269/2017, *Considerato in diritto*, punto 5.2.

²² Questo accade spesso nei giudizi in via principale nei quali la Corte opta generalmente per il parametro interno se pronuncia una incostituzionalità, seguendo la regola della priorità dei vizi competenziali. Cfr. l'ampia ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in*

è invece molto probabile che il richiamo *anche* del parametro europeo possa essere utile, come argomento interpretativo, quando la Corte esclude qualsiasi conflitto tra i parametri stessi e il richiamo di entrambi è funzionale a evidenziare sintomi di integrazione, appunto, tra gli ordinamenti²³.

In ogni caso:

(A.1.1.) Se la Corte dichiara incostituzionale la norma interna (solo eventualmente ritenendo assorbiti i parametri europei), è ragionevole ritenere che il giudice *a quo* abbia raggiunto l'obiettivo: «nel concorso di rimedi giurisdizionali», il giudice del caso concreto ha trovato un modo per soddisfare la pretesa che evidentemente aveva ritenuta degna di riconoscimento giuridico²⁴. E quando trova la *prima* risposta utile è ragionevole ritenere che lì si fermi. Così è avvenuto del resto sinora, ma nell'ordine inverso. Con questo nuovo corso giurisprudenziale la Corte sembra riconoscere che aver ceduto la precedenza alla Corte di giustizia non le ha garantito il *diritto all'ultima parola* in materia di diritti fondamentali: i giudici comuni, una volta riferitisi alla Corte di giustizia, sembrano non aver necessità di adire la Corte costituzionale²⁵. Del resto, come a tutti noto, i giudici comuni, attraverso il rinvio pregiudiziale, pongono non tanto una semplice domanda di interpretazione del diritto UE, quanto «una questione di diretta valutazione della compatibilità o meno di norme interne rilevanti per il giudizio a quo rispetto a norme del diritto comunitario: cioè una questione *strutturalmente del tutto identica* a quella che il giudice italiano pone alla Corte costituzionale allorché solleva un dubbio di legittimità costituzionale di una norma di legge alla luce di disposizioni della Carta fondamentale»²⁶. E dopo aver ottenuto una risposta dalla Corte di giustizia lì si arresta: «l'affermazione del sindacato diffuso di conformità delle leggi al diritto comunitario sembrerebbe aver suggerito l'idea di un generalizzato “controllo” dei giudici sulle leggi in nome della suprema-

via principale, Torino, 2018, spec. 124. In argomento, da ultimo, D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. Cost.*, 2019, 131 ss.

²³ Come peraltro la Corte costituzionale fa da tempo: le sue sentenze che recano un esplicito riferimento alla Carta dei diritti, spesso a supporto di decisioni già assunte sulla base di parametri interni, ormai sono assai numerose (solo a titolo esemplificativo cfr. Corte cost., sentt. 236/2011, 168/2014, 239/2014, 236/2016, 17 e 76/2017). Nella sentenza 63/2019 la Corte espressamente fa valere l'incostituzionalità «in relazione a entrambi i parametri invocati dal rimettente» (*Considerato in diritto*, punto 6). Così come nella sentenza 112/2019 la norma è dichiarata incostituzionale rispetto a tutti i parametri invocati.

Nella sentenza 20/2019, in particolare, rispetto all'*ordine dei parametri* da prendere in considerazione, la Corte si riserva di nuovo di decidere di volta in volta, ma esprime una preferenza per la priorità dei parametri interni, funzionale alla determinazione delle tradizioni costituzionali comuni in armonia alle quali devono essere interpretati i diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo: «Questa Corte deve ... esprimere la propria valutazione, alla luce innanzitutto dei parametri costituzionali interni, su disposizioni che, come quelle ora in esame, pur soggette alla disciplina del diritto europeo, incidono su principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana e riconosciuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Ciò anche allo scopo di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ..., che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (*Considerato in diritto*, punto 2.3.).

²⁴ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 23: «Se si guarda ... a questi fenomeni anche “dal basso”, in nome cioè della garanzia delle posizioni giuridiche soggettive, e non solo “dall'alto”, in termini cioè di rapporti tra le fonti e tra le Corti, è in qualche misura inevitabile che chi invoca la tutela dei propri diritti bussì un po' a tutte le porte, per definizione numerose in un sistema multilivello, per poi provare a percorrere quelle che gli vengono aperte».

²⁵ Come osservato in dottrina da molti e in particolare da D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 623.

²⁶ V. ONIDA, *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»*: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015, 45.

zia dell'ordinamento comunitario, che potrebbe finire per rendere inutile o solo facoltativo il ricorso alla Corte costituzionale attraverso la proposizione di questioni incidentali»²⁷.

(A.1.2.) Se invece la Corte dichiara infondata la questione, poiché l'assorbimento della questione stessa alla luce di un diverso parametro si può avere solo se la Corte ha pronunciato una incostituzionalità, in questa ipotesi significa che la Corte ha preso in esame *anche* i parametri europei, e non ha ravvisato antinomie nei confronti dei parametri interni né nei confronti di quelli europei, e non ha ritenuto di dover sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte UE. In questo caso il giudice può rivolgersi alla Corte di giustizia, anche per i medesimi profili²⁸: ed è assai probabile che lo faccia, non avendo raggiunto l'obiettivo utile attraverso la pronuncia della Corte costituzionale²⁹. Se la Corte UE non tiene conto della *prima* parola pronunciata in materia dalla Corte costituzionale, e ritiene la norma in contrasto con la Carta UE, si apre uno scenario che potrebbe coinvolgere, in ultima analisi, un conflitto tra parametri, o, meglio, tra diverse interpretazioni fornite dalle Corti dei parametri interni e sovranazionali, così come sopra specificato: in tale ipotesi il giudice dovrà sollevare *di nuovo* la questione alla Corte – *questa volta rispetto alla legge di esecuzione dei trattati* – affinché la Corte verifichi che non siano coinvolti i controlimiti. Il giudice ha infatti di fronte una legge che determina enunciati costituzionali in materia di diritti fondamentali, rispetto alla quale la Corte si è già pronunciata nel senso della non fondatezza della questione alla luce di parametri interni ed europei. Per impiegare categorie note alla giurisprudenza costituzionale: una legge costituzionalmente necessaria? Una legge che prevede il contenuto minimo essenziale di diritti costituzionali? Come che sia: solo se il giudice non ha alcun dubbio che la non applicazione di quella legge possa dare origine alla violazione di un controlimite potrà esimersi dal risolvere la questione alla Corte. D'altra parte, non osterebbe a ciò «l'effetto preclusivo discendente in capo al giudice *a quo* dalle decisioni di rigetto»³⁰, perché qui ci sarebbe *ius superveniens*, una nuova situazione normativa determinata dalla pronuncia della Corte di giustizia. È evidente che in questa occasione la Corte potrebbe ancora chiedere un ulteriore chiarimento alla Corte di giustizia, così come potrebbe invece far valere direttamente i controlimiti³¹.

Mi rendo conto che la soluzione proposta fa affidamento su un giudice “garante del sistema”, il quale, dopo aver trovato una soluzione utile al suo scopo, si deve fare carico di risolvere la questione alla Corte. In fondo il giudice è nemico della legge. Mi pare, più in generale, che il linguaggio impiegato dalla Corte in queste sue ultime sentenze sia sintomo di questa consapevolezza: se i giudici non sollevano incidente alla Corte, non esistono strumenti per sanzionarli. È dunque proba-

²⁷ V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario, Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, 68.

²⁸ ...essendo scomparso, come detto, l'inciso «per altri profili» che compariva nella sent. 269/2017.

²⁹ Il caso si è verificato: il Consiglio di Stato aveva sollevato questione alla Corte costituzionale che si era pronunciata nel senso della infondatezza alla luce di parametri interni (sent. 56 del 2015). Il Consiglio di Stato resta insoddisfatto e solleva rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sotto due profili: il primo, procedurale, riguarda la questione se il giudice nazionale di ultimo grado deve sollevare rinvio pregiudiziale anche dopo una sentenza della Corte costituzionale; l'altro, di merito, se alcune disposizioni della Carta UE fossero state violate dalla normativa interna. La Corte di giustizia risponde positivamente alla prima questione e negativamente alla seconda (sentenza *Global Starnet*, in causa C-322/16, del 20 dicembre 2017).

³⁰ A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, cit., 170; ID., *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitariedad”*, in *Consulta on line*, 2019, 475; ID., *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di ricostruzione*, cit., 504.

³¹ ...scontato è il riferimento alla nota vicenda Taricco.

bile che la Corte, abbandonando un linguaggio prescrittivo, voglia persuadere i giudici che è conveniente rivolgersi prima a lei, e che se la Corte pronuncia la «prima» parola è perché il giudice gliel'ha chiesta.

Così si può anche spiegare la scomparsa dell'espressione «per altri profili» nella sentenza n. 63 rispetto agli altri due precedenti, laddove la Corte afferma che «occorre in questa sede ribadire – sulla scorta dei principi già affermati nelle sentenze n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019 – che a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni ... sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti; e ciò fermo restando il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – *ricorrendone i presupposti*³² – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»³³. E' evidente che il caso si riferisce all'ipotesi in cui la Corte abbia pronunciato una sentenza di non fondatezza che ha lasciato il giudice insoddisfatto, il quale si è rivolto alla Corte di giustizia, la quale ha poi pronunciato una sentenza di antiunitarietà: «ricorrendone i presupposti» per la non applicazione della norma nazionale significa che il giudice *a quo* deve essere certo che non siano coinvolti i controlimiti, altrimenti dovrà sollevare di nuovo la questione alla Corte, a prescindere dal fatto che il rinvio alla Corte di giustizia sia stato promosso sui medesimi profili o su altri profili esaminati dalla Corte costituzionale.

(A.2.) Se la Corte, adita per prima, decide invece di giudicare alla luce dei parametri europei, si possono prospettare le seguenti eventualità:

(A.2.1.) Se la Corte dichiara incostituzionale la norma interna (per esempio perché c'è una chiara e consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, e la Corte non ravvisa alcun conflitto con i parametri interni, che, anzi, avrà interesse a richiamare per manifestare in modo esplicito i profili di integrazione tra gli ordinamenti), il giudice *a quo* ha raggiunto l'obiettivo e non avrà alcun interesse a bussare ad altre porte.

(A.2.2.) Se invece la Corte dichiara infondata la questione, poiché l'assorbimento della questione alla luce di un diverso parametro si può avere solo se la Corte ha pronunciato una incostituzionalità, in questa ipotesi significa che la Corte ha preso in esame anche i parametri interni, e non ha ravvisato alcuna antinomia rispetto ai parametri interni né rispetto a quelli europei. In questo caso il giudice può rivolgersi, e ragionevolmente si rivolgerà, alla Corte di giustizia. Se quest'ultima ritiene la norma in contrasto con la Carta UE, come nell'ipotesi precedente, il giudice dovrà sollevare di nuovo la questione alla Corte perché verifichi che non siano coinvolti i controlimiti.

(A.2.3.) Se la Corte esercita il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sulla base della motivazione che, assegnando un certo significato al parametro europeo della cui interpretazione si dubita la norma interna ne sarebbe in contrasto, la Corte potrebbe o dichiarare l'incostituzionalità della norma interna *ex artt. 11 e 117.1 Cost.* o “proteggere” la norma interna attivando i controlimiti. L'opzione del rinvio pregiudiziale è sicuramente lo strumento da preferire perché consente alla Cor-

³² Corsivo mio.

³³ Corte cost., sent. 63/2019, *Considerato in diritto*, punto 4.3.

te costituzionale di “avvisare” la Corte di giustizia in via preventiva che i controlimiti sono dietro l’angolo (come mi sembra abbia fatto con l’ordinanza n. 117 del 2019)³⁴.

Forse non è azzardato sostenere che la vera novità nel lungo percorso giurisprudenziale della Corte in questa materia è stato infatti il riconoscimento del potere di rinvio alla Corte di giustizia da parte della Corte stessa³⁵: la vera svolta si è verificata, come è stato notato, rispetto all’ord. 536 del 1995 (con cui la Corte, nel restituire gli atti al giudice *a quo*, aveva negato espressamente di essere sottoposta all’obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale), e non rispetto alla sent. 170 del 1984, i cui termini restano sostanzialmente immutati³⁶.

Nella giurisprudenza del 2019 la Corte sembra dire ai giudici comuni che in futuro vorrà fare ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia frequentemente, come strumento ordinario, invitando implicitamente i giudici a sollevare a lei le questioni di tono costituzionale³⁷. Come è stato ancora detto, diversamente dal passato, «la Corte costituzionale dimostra piena consapevolezza del significato istituzionale dell’esercizio del “potere di rinvio”, che si è dimostrato per il nostro giudice non un fattore di debolezza, ma di forza nei rapporti con la Corte di Giustizia. Il “caso Taricco” ha dimostrato, in particolare, che attraverso il potere di rinvio è la Corte costituzionale che decide se e quando attivare il dialogo tra le Corti e a conservare l’ultima parola sulla vicenda processuale»³⁸.

Anche il Presidente della Corte, nella sua Relazione annuale sulla giurisprudenza del 2018, sembra mostrare una preferenza rispetto al rinvio pregiudiziale azionato dalla Corte stessa: «...al giudice comune è consentito, senza violare il primato del diritto dell’Unione, di esperire in via prioritaria l’incidente di legittimità costituzionale..., e nel giudizio incidentale di costituzionalità, se necessario, si potrà effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativo alla normativa dell’Unione. La Corte costituzionale è ben consapevole dell’utilità del rinvio pregiudiziale per un proficuo rapporto con la Corte di giustizia, tanto che si sente tenuta a motivare ampiamente nei casi in cui reputa di non dovervi ricorrere...»³⁹.

³⁴ Che il rinvio pregiudiziale sia da preferire in qualunque ipotesi di evocazione dei controlimiti è sostenuto da A. TIZZANO, *Corte e Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 2006, V, 351 ss.; U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in AA. VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, vol. II, 1319 e ID., *Il ruolo della Corte costituzionale nel dialogo con la Corte di giustizia*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, vol. II, 1326.

³⁵ Il che è avvenuto prima con riferimento ai giudizi in via principale (ord. n. 103 del 2008) e poi a quelli incidentali (ord. n. 207 del 2013).

³⁶ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, 9-10. Cfr. altresì C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.

³⁷ Cfr. ancora N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 12.

³⁸ F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi.it*, 2018, 10. Analogamente v. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 7: «E’ stato in occasione di questa vicenda [“saga Taricco”], probabilmente, che la Corte costituzionale ha toccato con mano il peso che essa è in grado di esercitare nel “dialogo” con le Corti in Europa, e in specie nell’interlocuzione diretta con la Corte di giustizia. Al tempo stesso, ha compreso quanto necessario e prezioso sia il suo ruolo di garante e interprete della Costituzione italiana, specie allorché è in condizioni di giocare tale ruolo nello spazio giuridico europeo in chiave dialogica e cooperativa, e ha toccato con mano come non sempre un ruolo analogo possa essere adeguatamente svolto dai soli giudici comuni». Da ultimo anche G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2019, spec. 6.

³⁹ Presidente della Corte costituzionale, Relazione annuale sull’attività svolta nel 2018, cit., 20-21, dove viene ripercorsa la vicenda Taricco in termini molto trasparenti: «Nel 2018 il rinvio pregiudiziale è stato determinante al fine di riaffermare l’intangibilità dei principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato e di ottenerne dalla Corte di giustizia un riconoscimento quale elemento vitale dello stesso edificio europeo. Così la sentenza n. 115 del 2018 ha concluso una vicenda che diversamente sarebbe potuta deflagrare in un grave conflitto tra ordinamenti. Infatti, secondo una diffusa

Secondo alcuni, del resto, lo stesso *obiter* del 2017 sarebbe stato una conseguenza dell'andamento della vicenda Taricco: come dire, per evitare un'altra Taricco!⁴⁰

(B) Se il giudice solleva contemporaneamente la questione d'illegittimità costituzionale alla Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁴¹, come nell'ipotesi precedente, quando il giudice ottiene una dichiarazione d'incostituzionalità, ha raggiunto l'obiettivo e un'eventuale pronuncia di antiunitarietà della Corte di giustizia non potrebbe che rafforzare l'esito della vicenda nel senso auspicato dal giudice *a quo*; quando invece quest'ultimo ottiene dalla Corte costituzionale una sentenza di non fondatezza e dalla Corte di giustizia una pronuncia di antiunitarietà deve risolvere la questione alla Corte, «ricorrendone i presupposti» (cfr. A.1.2.).

(C) Se il giudice solleva prioritariamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, quando ottiene una pronuncia di antiunitarietà deve sollevare poi la questione alla Corte costituzionale («ricorrendone i presupposti»: cfr. A.1.2.). La novità sta in questo rispetto a quanto accaduto sinora: che il giudice non può fermarsi alla pronuncia di antiunitarietà della Corte di giustizia, quando si faccia questione di diritti fondamentali, come specificato in premessa. L'ipotesi – che occorre ribadire – è infatti che anche la Costituzione abbia qualcosa da dire sul caso in questione che riguarda un diritto fondamentale: e per verificare che la pronuncia della Corte UE non si ponga contro i principi supremi il giudice *deve* rivolgersi anche alla Corte costituzionale⁴². La diversa tesi, secondo la quale «la circostanza per cui il rinvio stesso [alla Corte UE] può aversi *anche* prima della rimessione degli atti al giudice costituzionale spiana la via ... alla disapplicazione immediata della norma nazionale, ove quest'esito sia sollecitato dalla risposta del giudice eurounitario»⁴³, non tiene conto della premessa: se si fa questione di diritti fondamentali, come non pensare a un possibile

lettura, la Corte di giustizia, con la sentenza Taricco dell'8 settembre 2011, avrebbe obbligato l'Italia a non applicare un particolare regime della prescrizione a certi reati, in presenza di condizioni della disapplicazione non sufficientemente determinate, e ciò avrebbe determinato una inammissibile violazione del principio di legalità in materia penale. Solo in seguito al rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte del Lussemburgo è stata posta in condizioni di chiarire che l'obbligo di disapplicazione non era destinato a operare nei casi in cui ciò avrebbe comportato la violazione della legalità penale dello Stato aderente, ovvero di un principio costituzionale che la sentenza n. 115 ha definito supremo».

⁴⁰ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 8.

⁴¹ Ipotesi da non preferire alla luce del principio di leale collaborazione, per evitare di causare conflitti e cortocircuiti tra le Corti: v. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 22. Cfr. Corte cost., ord. n. 85 del 2002, su cui v. F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giur. Cost.*, 2002, 781 ss. Con l'ord. n. 165 del 2004, di fronte a un caso in cui, contemporaneamente, un quesito analogo era stato sollevato da un giudice tramite una questione d'incostituzionalità e da un altro attraverso il rinvio, la Corte aveva scelto di rinviare a nuovo ruolo la trattazione, proprio in attesa che la Corte di giustizia potesse rendere la sua decisione. Sulla possibilità di adire contestualmente le due Corti cfr. R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2019; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019.

⁴² G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., p. 5: sul punto ritiene che sinora così non è stato, perché «è ragionevole supporre che la pregiudiziale comunitaria, anziché essere prodromica a quella costituzionale, finisca talvolta per riasorbirla e renderla vana; che, cioè, i giudici rinuncino talora a sollevare una questione di costituzionalità, una volta riassunto il giudizio all'esito di un rinvio pregiudiziale. Non disponiamo, sul punto, di dati certificabili e oggettivi. Fa riflettere, però, che mentre gli atti di promovimento di questioni costituzionali declinano, cresce invece il ricorso dei giudici italiani al rinvio pregiudiziale, tanto che l'Italia figura al secondo posto – dopo la Germania – per numero di domande presentate; e pare meritevole di interesse il fatto che nei primi sei posti di questa classifica, nell'anno 2016 ... non compare la Francia, ove vige la regola della priorità della questione costituzionale sul rinvio pregiudiziale».

⁴³ A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, cit., 170.

coinvolgimento dei principi supremi, in presenza dei quali non opererebbe la limitazione di sovranità *ex art. 11 Cost.*, e dunque il principio dell'effetto diretto (sempre che quest'ultimo trovi copertura costituzionale generale)? Su questo punto essenziale si tornerà tra breve.

Nella diversa ipotesi in cui invece il giudice ottenga una pronuncia di non antiunitarietà dalla Corte di giustizia, e non si ritenga soddisfatto, a maggior ragione potrà sollevare dopo questione d'incostituzionalità alla Corte costituzionale sulla base di parametri interni.

4. Il favor per la priorità del giudizio d'illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali

Come è evidente dal quadro analitico illustrato, *tutte* le ipotesi prese in esame portano a una medesima conclusione: il *favor* che dovrebbe essere riconosciuto *alla priorità del giudizio d'illegittimità costituzionale quando si faccia questione di diritti fondamentali*. Anche se la Corte, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e in nome del principio di leale collaborazione, afferma che il giudice a quo *può* in qualsiasi momento rivolgersi alla Corte di giustizia, il punto decisivo è che siccome in tutte le questioni di doppia pregiudizialità che coinvolgono diritti fondamentali, il parametro interno potrebbe ragionevolmente coinvolgere i controlimiti, inutile sarebbe una pronuncia diversa della Corte di giustizia (...e forse sarebbe anche dannosa, poiché potrebbe innescare un conflitto tra le Corti). Finanche per economica processuale il giudice *a quo*, in questi casi, e solo in questi casi, dovrebbe rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale⁴⁴.

E soprattutto – e questo è il punto decisivo – se la Corte si pronuncia *prima* sulla base dei parametri interni, avvisando, per così dire, la Corte di giustizia, potrebbe evitare di opporre, *dopo*, i controlimiti: mossa che certo non agevolerebbe la leale cooperazione, ma che la Corte sarebbe costretta comunque a mettere in atto qualora la Corte di giustizia si pronunciasse in modo difforme, non tenendo conto dell'avviso della Corte costituzionale⁴⁵. La prioritaria pronuncia della Corte costituzionale funzionerebbe da “sistema di allarme” per la Corte di giustizia.

⁴⁴ G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 1: «Il mutamento di indirizzo risiede nel rovesciamento dell'ordine di trattazione di questioni attinenti al contrasto di una norma interna con la Costituzione e, contemporaneamente, con il diritto eurounitario (e precisamente con la Carta dei diritti dell'Unione europea); nell'inversione dell'ordine logico e cronologico della “doppia pregiudizialità”. La Corte afferma, infatti, di volersi disporre in futuro a giudicare “alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei secondo l'ordine di volta in volta appropriato”, ma lascia subito intendere che la questione di legittimità costituzionale sarà *ordinariamente* trattata per prima, lasciando la pregiudiziale comunitaria in posizione successiva e comunque eventuale».

⁴⁵ G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 2: «Appare in effetti evidente che l'esigenza di armonizzare l'interpretazione dei diritti di conio europeo con gli omologhi diritti radicati nella Costituzione sarà garantita in modo più efficace e immediato se i giudici istituzionalmente chiamati a custodire la tradizione costituzionale interna si pronunceranno per primi sul diritto in questione piuttosto che intervenire – come finora è stato – in via successiva con il rimedio estremo e ruvido dei controlimiti. A ben vedere, dunque, nel fine che la Consulta dichiara di perseguire è leggibile, in filigrana, il verso ascendente (dall'ambito interno a quello europeo) della duplice pregiudizialità e il conseguente carattere prioritario che sarà accordato alla questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia». E ancora, 8-9: «Mutare l'ordine delle pregiudiziali significa ... invertire il verso discendente del primato, calato dall'alto come un postulato *a priori* sulle realtà nazionali, e propiziare un movimento ascendente di elaborazione giurisprudenziale dei diritti e del diritto, che si compie a partire dai materiali forniti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Così attivando una dinamica normativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale non rappresenta il confine esterno ed estremo della discrezionalità interpretativa dei giudici di Lussemburgo, ma un'essenziale coordinata ermeneutica delle norme europee. Alla logica avversariale sottesa all'apposizione dei controlimiti – che sono con una venatura di ipocrisia era possibile definire dialogante – l'ambiziosa sentenza in esame mira dunque a sostituire la logica

In conclusione: è preferibile riconoscere alla Corte il diritto alla *prima* parola; riconoscerle il diritto all'*ultima* parola vorrebbe dire ammettere il dispiegarsi del conflitto, che nel primo caso si potrebbe forse evitare⁴⁶.

5. La legge politica tra giudici e Corti

L'obiezione principale che viene mossa a queste conclusioni è che il principio dell'effetto diretto impedirebbe *a priori* al giudice di sollevare la questione d'illegittimità costituzionale: la violazione del principio dell'effetto diretto sarebbe un illecito sovranazionale, in quanto il principio discende dai Trattati, e, al medesimo tempo, attraverso l'art. 11 Cost., un illecito costituzionale⁴⁷.

Ora, ammesso che il principio dell'effetto diretto possa trovare generale copertura costituzionale, il che è fortemente discutibile e discusso, potendosi semmai ricavare dall'art. 11 Cost. il principio di prevalenza del diritto UE, e sempre che esso resti nei confini delle attribuzioni conferite alle sue istituzioni⁴⁸, *nei casi di cui si sta discorrendo, la questione, in ultima analisi, è proprio se l'art. 11 Cost. possa permettere la limitazione di sovranità ivi prevista (consentendo eventualmente il dispiegarsi degli effetti giuridici del diritto UE) o se ricorrano invece i controlimiti (e dunque tale limitazione debba essere preclusa)*⁴⁹.

orizzontale e paritaria dell'*early warning* (...una logica che – sia lecito dirlo “con il senno di poi” – avrebbe forse prevenuto lo scontro andato in scena sul caso Taricco)».

⁴⁶ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 24: «L'idea che, in un sistema “a rete”, la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta perciò progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito sulle priorità nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò: la Corte costituzionale, rispetto a tenersi il diritto ad esercitare, in teoria, un'ultima parola che non è mai stata chiamata ad esprimere, ha preferito ora invocare il diritto ad intervenire tempestivamente in sede di garanzia dei diritti fondamentali, anche ove previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprendendo quanto importante sia formulare direttamente la domanda alla Corte di giustizia. Non è probabilmente un caso che l'espressione “prima parola” sia stata esplicitata nella motivazione della sentenza n. 20 del 2019». Analogamente v. D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 616: «lo scopo perseguito dalla Corte italiana [è] stato quello ... di riacquistare il diritto alla *prima parola* in tema di garanzia dei diritti nell'ambito del giudizio in via incidentale». A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2019, 11, sottolinea che resta irrisolta il problema principale, ossia quello delle conseguenze della mancata accettazione della proposta di collaborazione da parte della Corte di giustizia: «sarebbe risolutiva l'applicazione dei “contro limiti” da parte della Corte costituzionale” La risposta resta sospesa».

⁴⁷ A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounarietà”*, cit., 478; ID., *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di ricostruzione*, cit., spec. 499.

⁴⁸ Interessanti osservazioni sull'evoluzione della *ratio* del principio dell'effetto diretto si trovano in G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivistaaic.it*, 2019, spec. 2-3.

⁴⁹ Da ultimo cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivistaaic.it*, 2017, spec. 10: «la legittimazione all'intervento o del Giudice comune o della Corte va sempre trovata nella Costituzione italiana, nell'art. 11 della stessa (fino a quando almeno non si avrà una costituzione europea che “unifichi” i due ordinamenti, oggi “distinti ma coordinati”)». Ma v. già M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*. Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 79: «La prospettiva costituzionale richiede di essere recuperata anche là dove, di fatto, al di là del formale ossequio alla dottrina dei controlimiti, la si è sterilizzata: nella prospettiva della interazione sovranazionale. Non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell'art. 11 della Costituzione, il cui significato essenziale è che il posto dell'Italia in Europa (e comunque in tutte le istituzioni create da accordi internazionali) deve deciderlo l'Italia, perché, quale che sia la prospettiva che si assume, è nella Costituzione (nelle singole costituzioni degli Stati membri) che giace la legittimazione delle istituzioni sovranazionali, non viceversa. Da tempo questo dato appare trascurato da una parte significativa della nostra dottrina, che ha tradotto l'entusiasmo europeista (sul quale, in sé, non vi sarebbe nulla da dire) in sovrapposizione della logica comunitaria a quella costituzionale. La storia e il tenore

E con ciò arriviamo alla questione politico-costituzionale che sta al centro del dibattito che si è scatenato intorno alla giurisprudenza costituzionale in commento. Le ragioni politico-costituzionali che hanno spinto la Corte a precisare nei termini di cui sopra la questione della doppia pregiudizialità sono riconosciute da tutti e hanno a che vedere con la progressiva marginalità della Corte stessa nella tutela dei diritti fondamentali e nel corrispondente aumento del protagonismo dei giudici comuni e della Corte di giustizia⁵⁰. Dei giudici comuni, soprattutto, che hanno enfatizzato il loro ruolo di giudici dei diritti attraverso l'applicazione diretta di documenti costituzionali, nazionali e sovranazionali, e attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme a questi ultimi⁵¹.

La giurisprudenza costituzionale in commento, che pare aver inaugurato un'inversione di rotta rispetto a tale tendenza, è stata tacciata, nella migliore delle ipotesi, di essere espressione di un atteggiamento qualificabile alla stregua di un non meglio definito sovranismo costituzionale. Taluni si

testuale delle disposizioni di riferimento dicono, invece, che deve essere il contrario». Del resto lo stesso A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 509, riconosce che «l'art. 11 è stato fatto oggetto di un sovraccarico di valenze. Altro è infatti ... la previsione, innegabile, per tabulas, della assoggettabilità della sovranità a limitazioni ed altra cosa il modo con cui l'assoggettamento avrebbe potuto (e potrebbe) in concreto aversi. E, invero, la Carta nulla dice circa il modo o i modi con cui siffatte limitazioni possono prendere forma e fino a che punto è consentito loro di spingersi, fermandosi alla mera loro previsione».

⁵⁰ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. Cost.*, 2019, spec. 487. Cfr. altresì G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 4: «Le ragioni di politica costituzionale che hanno ispirato la sentenza in esame poggiano su dati di significato inequivoco, che attestano un prosciugamento dei giudizi in via incidentale e una conseguente, progressiva estraneazione della Corte costituzionale dai processi di più attiva tutela dei diritti fondamentali». Sullo specifico ruolo della CDFUE nel processo di marginalizzazione della Corte costituzionale nella tutela dei diritti cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 134. In argomento cfr. altresì N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 4, il quale condivide «la volontà della Corte costituzionale di attivare forme di accesso alla giustizia costituzionale più ricche e variegata rispetto a quelle attualmente esistenti», «nella convinzione ... che vi sia un'esigenza dell'ordinamento a porre in essere meccanismi in grado di assicurare un più penetrante e tempestivo controllo di costituzionalità di atti e poteri». Cfr. anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 619: commentando la pregressa giurisprudenza costituzionale in materia ritiene che «l'estraniamento della Corte rispetto al diritto comunitario ... incrocia e, persino, rafforza, fenomeni giuridici che, pur essendo eterogenei, hanno come effetto comune quello di: emarginare la Corte costituzionale dal *judicial review* delle leggi riconosciute dalla stessa Costituzione; rendere permeabile la tutela dei diritti alle fonti esterne; far strabordare il ruolo dei giudici comuni». S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudiziale alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 2019, 646, sottolinea l'obiettivo della più recente giurisprudenza costituzionale di contenere «prassi giudiziarie contrassegnate da una certa disinvoltura nell'uso di ... materiale normativo [sovranazionale]». In senso favorevole a un ritorno all'accentramento cfr. R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro It.*, 2018, 2226 ss.; B. CARAVITA, *Roma locuta, causa finita? Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2018; A. ANZON, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

⁵¹ Tra gli altri, lo ha fatto notare A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., spec. 4 (dove parla di «fascino esercitato dalla Carta» e della «possibilità che si apre al Giudice di disapplicare la norma nazionale contrastante con la Carta di Nizza anziché sollevare una questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale per violazione di norme della Costituzione italiana»). Cfr. altresì G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, cit., 4-5: «Il declino dell'incidentalità, che sarebbe azzardato ricondurre a una più ridotta "domanda di tutela costituzionale" e addirittura temerario connettere alla qualità redazionale delle leggi (*more solito* scadente), appare piuttosto il riflesso naturale di una generale tendenza dei giudici comuni a dilatare al massimo le tutela soggettive attraverso l'interpretazione e applicazione diretta di norme che ampliano la sfera di protezione dei diritti. Questa tendenza ha propiziato, da un lato, il ricorso talvolta forzato all'interpretazione conforme, di cui la dottrina più avvertita ha incessantemente segnalato le insidie; dall'altro, l'applicazione diretta di norme convenzionali ed europee pur provviste di tale diretta efficacia. In entrambi i casi sottraendo la risoluzione di questioni di tono costituzionale al loro "giudice naturale"». Enfatizza invece il ruolo del giudice comune G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, 15.

sono spinti a qualificare tale atteggiamento con l'espressione «suprematismo giudiziario»⁵². Altri hanno sostenuto che il giudice delle leggi, con questa nuova giurisprudenza, si farebbe «portatore di un *animus* pervaso da un nazionalismo costituzionale ad oltranza, espressivo di un'idea mitica o sacrale di Costituzione»⁵³.

Il dibattito resta tuttora aperto, e certamente il più generale contesto geo-politico, nazionale e sovranazionale, di cui questa giurisprudenza costituisce solo un frammento, non aiuta a fare chiarezza: sarebbe opportuno sbarazzarsi in ogni caso dell'ambigua espressione “sovranoismo”, perché la sovranità – se ben intesa, alla luce degli artt. 1 e 11 della Costituzione italiana, i quali escludono ogni riferimento ad ambigui e foschi miti, a realtà extrasociali e ad assolutismi nazionalistici – è cosa buona e imprescindibile.

Quel che è certo è che il dibattito sul recente corso giurisprudenziale in questa materia non ha tenuto nella dovuta considerazione il fatto che la vera vittima del sindacato diffuso di eurounarietà, nelle forme che ha assunto nel corso dei decenni, e con tutti i suoi corollari e protagonisti, non è stata, in ultima analisi, la Corte costituzionale, che viene oggi accusata di voler riappropriarsi del ruolo di custode dei diritti fondamentali come elementi essenziali dell'identità costituzionale (e come del resto essa stessa afferma di voler fare nelle sue ultime sentenze). Se scaviamo un po' sotto la superficie è facile riconoscere che *la vera vittima del sindacato diffuso di eurounarietà, si ripete, con tutti i suoi corollari e con tutti i suoi protagonisti, è stata la legge, e dunque sono stati il principio democratico e il principio della sovranità popolare, di cui la legge è espressione*. Altrimenti detto: il massiccio ricorso dei giudici comuni alla Corte di giustizia, di cui si è registrata una continua crescita, ha consentito ai giudici medesimi di «raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe [stato] loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge»⁵⁴.

Il grande assente di tutta questa vicenda è infatti il legislatore politico. La restituzione alla Corte della *prima* parola, nei termini e nei casi di cui si è detto, deve essere compresa alla luce del diritto costituzionale positivo che tutela la legge politica, e, dunque, il principio della sovranità popolare: il monopolio della Corte nel giudizio accentrato sulle leggi deriva – e a maggior ragione quando queste leggi si risolvono nella determinazione di enunciati costituzionali che riguardano beni fondamentali, ossia nell'esercizio della funzione rappresentativa in senso proprio – in primo luogo dall'art. 101 Cost., e al «sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento

⁵² Così A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, spec. 258 ss.

⁵³ A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, cit., 2019, 516. Di «volontà di accentramento» da parte della Corte discorre anche D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivistaaic.it*, 2019, 221.

Peraltro il profilo della doppia pregiudizialità in commento sarebbe solo uno dei sintomi del rinnovato attivismo della Corte costituzionale in materia di tutela dei diritti: a questo profilo si devono aggiungere, secondo M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 11, almeno: le posizioni assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, come interpretato dalla Corte dell'Aja, nonché nei confronti della CEDU e della stessa interpretazione della Carta dei diritti fondamentali offerta dalla Corte di giustizia (cfr. sent. 238/2014; sentt. 264/2012 e 49/2015, ord. 24/2017 e sent. 115/2018); il parziale allentamento dell'onere di interpretazione conforme e la tendenza dei relativi interrogativi a spostarsi dall'ammissibilità al merito (cfr. sent. 221/2015 e sent. 42/2017); le novità in tema di incidentalità (cfr. sent. 1/2014 e sent. 35/2017) e in tema di effetti nel tempo delle decisioni (cfr. sent. 10/2015, sent. 178/2015 e ord. 207/2018); una maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità, per es., di questioni su norme regolamentari (sent. 180/2018 e 200/2018); una rimediazione della dottrina delle rime obbligate (sent. 236/2016, 222/2018, 112/2019).

⁵⁴ R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivistaaic.it*, 2018, 624-625. Del medesimo A. v. anche *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 69 ss.; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. Cost.*, 2019, 11 ss. Rileva che la questione aperta sia il rapporto tra giurisdizioni e sedi della decisione politica anche S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019.

dell'architettura costituzionale» fa significativamente riferimento non a caso la Corte costituzionale stessa nella sent. 269⁵⁵.

L'art. 101 Cost. delimita infatti i confini costituzionali del ruolo del giudice, il quale amministra la giustizia «in nome del popolo», e non certo in Rappresentanza di esso (nel senso più profondo e autentico del concetto), ed è soggetto «soltanto alla legge», cioè alle regole poste da chi il popolo Rappresenta (di nuovo nel senso più profondo e autentico del concetto)⁵⁶. La legge è la determinazione reversibile di enunciati costituzionali indeterminati, ossia è la definizione provvisoria di un conflitto politico secondo un determinato compromesso: se il giudice ritiene che non stia dentro il quadro dei principi costituzionali, *deve* ricorrere alla Corte costituzionale. Questo prevede il nostro ordinamento costituzionale, anche in riferimento alle sue aperture internazionali e sovranazionali: sia la UE sia la CEDU sono ordinamenti non sovrani né superiori, ma derivati dall'autorità degli Stati e istituiti grazie ad atti di diritto internazionale, recepiti e protetti ora dall'art. 117, comma 1, Cost. In nessun modo il ricorso a tali ordinamenti può servire il fine di liberarsi dai vincoli interni, ai quali i giudici sono soggetti, *secondo le diverse forme previste dall'ordinamento interno stesso*. I tentativi di molti giudici di liberarsi dai vincoli interni attingendo a questa o a quella carta dei diritti, a questa o a quella corte dei diritti, non stanno dentro il nostro quadro costituzionale⁵⁷. L'idea che spetti ai giudici, come è stato detto, «alimentare incessantemente i contenuti dei rispettivi documenti in un gioco al rialzo rivolto al perseguimento della miglior tutela possibile dei diritti fondamentali»⁵⁸, è un'idea a dir poco irenica: un gioco, appunto, che non si avvede che tra diritti vi è semmai un drammatico conflitto e che il c.d. *maximum standard* è una formula vuota perché ogni riconoscimento di un diritto non avviene mai a costo zero, e il costo non è evidentemente solo di natura economica (in un contesto pluralista e conflittuale appunto)⁵⁹.

⁵⁵ ...da cui discende una pluralità di corollari, come, per esempio, la garanzia della certezza del diritto. Tra gli altri, insiste su tale profilo F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019. Cfr. altresì M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 18: «Non si tratta solo di valorizzare l'effetto *erga omnes* delle pronunce di accoglimento, con il suo specifico carattere di certezza. Si tratta anche di fare in modo che, nelle discussioni sui diritti fondamentali, non sia emarginato, e venga anzi immediatamente coinvolto un organo che si caratterizza sia per la sua particolare prospettiva di sistema, sia per il ruolo di massimo custode della tradizione costituzionale nazionale, che lo abilita (a fare valere i controllimiti e quindi) a rivolgersi con speciale autorevolezza ai colleghi europei (come ben ha dimostrato il caso *Taricco*)».

⁵⁶ Ovviamente la letteratura sul punto è sterminata. Sia consentito solo il riferimento a I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*. Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli, 2017, 329 ss. (e in *Rivistaaic.it*, 2017).

⁵⁷ R. BIN, *Intervista*, cit., 8.

⁵⁸ R. G. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, 2017, 99.

⁵⁹ Sulla tutela multilivello che deriva dalla sovrapposizione di diversi documenti normativi, riconosce M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cortecostituzionale.it*, 2017, che «la complessità del sistema di tutela dei diritti fondamentali nello spazio costituzionale europeo, un tempo oggetto soltanto di riflessioni accademiche e dottrinali, è divenuta una realtà pressante ad elevato tasso di problematicità per il concreto agire delle giurisdizioni chiamate a garantire i diritti della persona. Costituzioni nazionali, Carta dei diritti dell'Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo concorrono indubbiamente al rafforzamento del sistema delle garanzie. E tuttavia i loro reciproci rapporti sono tutt'altro che lineari e immediati. Anzitutto, perché l'elenco dei diritti inclusi in ciascuno di questi documenti non è perfettamente sovrapponibile a quello degli altri. In secondo luogo, per le inevitabili divergenze interpretative che si riscontrano nella giurisprudenza e nelle prassi applicative di ciascuno di essi: il bilanciamento tra diritti e interessi contrapposti che si rende necessario di fronte alle esigenze della singola controversia, può aprire a percorsi ermeneutici divergenti anche a fronte di testi formulati in termini apparentemente analoghi. Infine, perché ciascun sistema di tutela dei diritti risponde a una ratio e a una finalità diverse: altro è una Costituzione nazionale, fondamento e apice dell'intero ordinamento giuridico statale; altro è la Convenzione europea, volta ad assicurare uno standard minimo comune agli Stati aderenti e operante solo in via sussidiaria rispetto alle garanzie nazionali; altro ancora è la Carta dei diritti dell'Unione che opera sì in settori delimitati, ma in quegli ambiti tende a porre uno standard comune e uniforme di tutela tra tutti gli Stati membri». E ancora:

La concretizzazione/determinazione delle disposizioni costituzionali in materia di diritti, e dunque, in fondo, la stessa determinazione dell'identità costituzionale, spetta in primo luogo al legislatore politico – al Rappresentante (si ripete: nel senso più profondo e autentico del concetto) – e non ai singoli giudici, su sollecitazione dei privati: il principio degli effetti diretti non è nient'altro che un principio giurisprudenziale «escogitato per affidare ai privati il controllo sull'efficacia delle norme europee che fondino diritti individuali (si parla infatti di *private enforcement* del diritto UE)»⁶⁰.

Se dunque il nuovo corso giurisprudenziale è funzionale alla tutela, in ultima analisi, del principio della sovranità popolare, questo non avviene «per un malinteso nazionalismo costituzionale» per il quale «può assumersi essere *in ogni caso* maggiormente attrezzata culturalmente e positivamente la Costituzione rispetto alle altre Carte al fine di poter rendere un servizio adeguato ai beni della vita dei quali si reclama di volta in volta tutela»⁶¹: la nostra Costituzione non è certo la più attrezzata, ma è la nostra. È la tutela del principio della sovranità popolare che richiede una vera e propria Corte costituzionale quale custode dell'identità costituzionale. E la Corte di giustizia *non* è una corte costituzionale e la Carta dei diritti *non* è una costituzione.

Dunque la Corte come custode dell'identità costituzionale significa, in ultima analisi, che è custode del principio della sovranità popolare. Per tali ragioni non si possono non condividere le osservazioni secondo le quali «se è nella contingenza storica degli ultimi anni che si possono trovare i motivi dell'attuale fortuna dei controllimiti e se la loro funzione più immediata è quella di essere un usbergo della statualità, le ragioni profonde di questo istituto stanno altrove. E stanno, molto semplicemente, nel principio democratico». È la stessa Costituzione del resto che presuppone il legame tra identità costituzionale e principio democratico: «si noti che l'art. 11 stabilisce che è l'Italia, non lo Stato, che “*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*”. Poiché l'art. 1 riserva la sovranità al *popolo*, consentire allo Stato di disporne le limitazioni avrebbe significato contraddire lo stesso *incipit* della Costituzione. Non bisogna equivocare: se è l'Italia (e quindi l'Italia in quanto Repubblica, come recita sempre l'art. 1) e non il popolo che può acconsentire a limitazioni di sovranità lo si deve semplicemente al fatto che questo non ha soggettività internazionale, ma ciò che

««i criteri di tipo quantitativo, incentrati sulla misurazione del minimo e del massimo standard di protezione, sono intrinsecamente inadeguati a risolvere i conflitti tra diritti, per la struttura relazionale che li connota. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana conosce un principio che per alcuni aspetti è assimilabile a quello del massimo standard, ma che è altresì dotato di caratteristiche significativamente diverse. Si tratta del criterio della «massima espansione delle garanzie» (sent. n. 85 del 2013): essa richiede il più ampio livello di tutela riferito, però, non già al singolo diritto, interesse o principio costituzionale singolarmente individuato, bensì all'insieme delle garanzie, derivante da una lettura sistematica, non frammentata di tutti i beni costituzionalmente rilevanti. La massima espansione delle garanzie guida il bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, imponendo a ciascuno di essi un sacrificio nella misura strettamente necessaria per assicurare la massima contestuale garanzia di tutti, al fine di evitare che la piena affermazione “tirannica” di uno dei valori determini l'annientamento degli altri. Ci si potrebbe interrogare se una tale forma di bilanciamento dei diritti, tesa alla massima affermazione di tutti, ma entro i “limiti del possibile”, possa trovare applicazione anche nei rapporti intersistemici e possa offrire uno strumento di qualche utilità per la soluzione di quei delicatissimi casi in cui gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento europeo proteggano il medesimo diritto secondo accezioni e ampiezze diverse».

⁶⁰ R. BIN, *Intervista*, cit., 31. Cfr. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham UK, 2015. Cfr. altresì A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., spec. 6-7, assai critico nei confronti di quella dottrina che «tende a teorizzare la progressiva nascita di una “trans-costituzione” o “inter-costituzione”, una sorta di “puzzle” giuridico che mette insieme varie Carte, nazionali, europee e internazionali: si parte da un bisogno o da una aspirazione ritenuti meritevoli di tutela – spesso individuati ricorrendo a criteri metagiuridici – e si vanno poi a spigolare, raccogliendoli qua e là nelle varie Carte, più o meno consistenti frammenti normativi».

⁶¹ A. RUGGERI, *Intervista*, in *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, cit., 16.

conta è che quel che si sta limitando è sempre la sua sovranità». Ne deriva che «i controlimiti ... non sono altro che la salvaguardia della sovranità popolare. Essa, dunque: a) può essere limitata, ma non ceduta; b) poiché deve essere esercitata “*nelle forme e nei limiti della Costituzione*” (art. 1), sempre e solo in quelle forme e in quei limiti può essere – logicamente – limitata. Se, dunque, la stessa Costituzione stabilisce limiti alla propria rivedibilità, quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. “apertura internazionalistica” della Repubblica. Di qui il consenso che deve essere manifestato nei confronti della sent. Corte cost. n. 238 del 2014 nella parte in cui, ponendo fine ad alcune incertezze alimentate dalla dottrina, chiarisce che i principi supremi della Costituzione che fungono da limiti alla revisione non sono diversi da quelli che restano invalicabili per le fonti sovranazionali e per quelle internazionali». Nel quadro delineato dalla Costituzione allora «la questione dei controlimiti si presenta nella sua luce corretta: non una (per taluno odiosa e retriva) resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma la rigorosa affermazione della sovranità popolare, perché nei sistemi democratici i cittadini hanno questo, di caratteristico: che vorrebbero contare qualcosa nelle decisioni che toccano l’intera comunità politica»⁶².

Il tema dunque è e resta quello del *deficit* democratico: formula che da decenni andiamo stancamente ripetendo, ma che continua a essere di estrema attualità, proprio nell’epoca presente nella quale è emerso in tutta la sua evidenza che un’aggregazione di titolari di (una ormai assai vasta gamma di) diritti civili e di libertà economiche non è una comunità politica, e che mercato unico, Carte e Corti dei diritti, avendo realizzato le arene di dimensione europea per l’esercizio delle libertà economiche e civili da parte dei loro soggetti titolari, non hanno affatto posto in tal modo le basi oggettive per la loro successiva Rappresentanza politica (come qualcuno aveva invano sperato).

⁶² M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 2016, 6-7. Cfr. altresì ID., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2017. In senso opposto R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 2017; A. RUGGERI, *I rapporti tra corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo*, cit.