

1 AGOSTO 2018

Il “triangolo giurisdizionale” e la
difficile applicazione della sentenza
269/17 della Corte costituzionale
italiana

di Lucia Serena Rossi

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana *

di **Lucia Serena Rossi**

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario. 1. Il rapporto fra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale alla CGUE. 2. I “postumi” della sentenza costituzionale 269/2017 nella giurisprudenza della Cassazione italiana. 3. Quando è davvero utile l'intervento della Corte costituzionale in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?

1. Il rapporto fra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale alla CGUE

La sentenza 269 del 7 /11/2017 della Corte Costituzionale italiana –e soprattutto il suo famoso *obiter*¹ di difficile comprensione- ha gettato alcune ombre nel rapporto fra ordinamento italiano e ordinamento dell'Unione europea. Essa in particolare sembra configurare uno scomodo *ménage à trois*, in cui la Consulta sembra volersi intromettere in quel particolare, ma consolidato, rapporto di fiducia reciproca fra i giudici ordinari italiani e la Corte di Giustizia dell'Unione europea, che si instaura con il meccanismo del rinvio pregiudiziale, previsto dall'art. 267 TFUE. Si tratta forse di ombre soltanto passeggero, che potrebbero, auspicabilmente, essere fugate da nuove e più chiare prese di posizione da parte della Consulta. Sono fin troppo note le tappe del cammino di avvicinamento che la Corte Costituzionale, partendo, nel 1964, da iniziali posizioni di totale divergenza con la CGUE², aveva percorso per arrivare, a partire dalla sentenza *Granital*,³ a riconoscere, non solo il fondamento costituzionale del primato del diritto dell'Unione, ma anche il ruolo dei giudici ordinari come attori di primo piano nell'applicazione del diritto dell'Unione, cui è riconosciuta la possibilità che essi disapplicassero norme interne contrarie a tale diritto,

* Intervento al Convegno “Processi costituzionali in Europa. Questioni e prospettive”, Roma, 1 giugno 2018, organizzato in occasione dei 15 anni online di *federalismi.it*.

¹ Corte cost. n. 269 del 2017, punti 5.1. e 5.2. Per i molti commenti su di essa, si veda la lista pubblicata sul sito della Consulta <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

² Si cfr. le sentenze Corte cost. n. 14 del 1964 e Corte giust. del 15 luglio 1964, causa 6-64, *Costa v ENEL*, EU:C:1964:66.

³ Sentenze Corte cost. n. 170 del 1984, punto 5 e n. 389 del 1989, punto 4 e da ultimo l'Ordinanza Corte cost. n. 207 del 2013.

come aveva con forza richiesto la Corte di Giustizia nella sentenza *Simmenthal*⁴. Tale percorso era stato poi facilitato dalla riforma del Titolo V della Costituzione italiana, che aveva portato la Consulta, con le “sentenze gemelle”⁵ a riconoscere quel potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario come naturale conseguenza del fatto che il doppio ancoraggio costituzionale (artt. 11 e 117 Cost.) collocava appunto il diritto dell’Unione europea in una posizione costituzionale particolarmente rinforzata.

La Consulta pur essendo stata la prima fra le Corti europee ad enunciare la teoria dei “controlimiti”⁶, si è sempre astenuta da un ricorso effettivo agli stessi, limitandosi, di tanto in tanto, a ribadire l’esistenza e mai evocando, a differenza di altre corti, un effettivo sconfinamento della Corte di Giustizia dai propri poteri⁷. Anzi, essa si era poi addirittura spinta a declinare il proprio ruolo, in caso di doppia pregiudizialità⁸, indicando ai giudici ordinari la priorità logica della questione di compatibilità con il diritto dell’Unione e dunque la necessità di risolvere la stessa, effettuando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Quest’ultimo passaggio, si noti, non era affatto dovuto, ai sensi del diritto UE: se infatti la sentenza *Simmenthal* vietava di subordinare la disapplicazione e il rinvio alla CGUE all’esperienza un previo rinvio alle Corti costituzionali, ciò non significava che -proprio come era avvenuto nel caso *Costa Enel*- il giudice ordinario sistematicamente non potesse contestualmente rivolgersi alla CGUE e alla propria Corte Costituzionale.

E’ opportuno sinteticamente ricordare, sebbene essi siano assai noti, i principi che, secondo la Corte di Giustizia dell’Unione europea, regolano la materia. Innanzitutto, nelle sentenze *Melki e Abdeli*⁹ e poi nel caso *A*¹⁰, la Corte ha affermato che il controllo incidentale di costituzionalità non può impedire il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, e pur riconoscendo la possibilità di prevedere un coordinamento di tale rinvio con il controllo di costituzionalità nelle fattispecie che pongano problemi interpretativi ad entrambi i livelli, ha posto tre condizioni. L’obbligo per il giudice ordinario di sollevare preliminarmente un incidente di costituzionalità in una fattispecie coperta anche dal diritto dell’Unione non può privarlo delle facoltà di 1) procedere in qualsiasi momento ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia 2) adottare

⁴ Sentenza Corte giust., causa 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, punti 21 e 24.

⁵ Sentenze Corte cost. n. 348 del 2007, punto 3.3. e n. 349 del 2007, punto 6.1.

⁶ 1973 Frontini Sentenza Corte cost. n. 183 del 1973 (*Frontini*).

⁷ Si v. le sentenze della Corte costituzionale ceca nel caso delle *pensioni slovacche* (Uř stávní Soud, sentenza del 31 gennaio 2012, n. Pl. ÚS 5/12) e della Corte suprema danese nel caso *Ajos* (Højesteret, sentenza del 6 dicembre 2016, n. 15/2014); si v. inoltre l’ordinanza BVerfG del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, nella quale la Corte costituzionale tedesca ha esercitato per la prima volta la c.d. *identity review* rispetto ad un’ordinanza di estradizione adottata sulla base della decisione quadro n. 2002/548/GAI relativa al mandato d’arresto europeo, concludendo nel senso della compatibilità di quest’ultima (ma non dell’ordinanza) con l’identità costituzionale tedesca.

⁸ Sentenze Corte cost. n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010, n. 75 del 2012 e da ultimo ordinanza Corte cost. n. 48 del 2017.

⁹ Sentenza Corte giust. Cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, EU:C:2010:363, punto 45. 57.

¹⁰ Sentenza Corte giust. Causa C-112/13, *A*, EU:C:2014:2195, punti 38-39.

misure cautelari 3) disapplicare, se necessario, le norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione. Si tratta di considerazioni basate sulla stessa logica della sentenza *Simmenthal* e sui suoi corollari: da un lato, gli individui devono poter rivendicare l'applicazione dei diritti loro garantiti dall'ordinamento dell'Unione senza dover attendere i tempi (e i costi) di un giudizio costituzionale, e dall'altro il ruolo dei giudici – di tutti i giudici- ordinari è essenziale per garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione¹¹.

Si tratta di principi ribaditi anche recentemente dalla recentemente dalla CGUE: nella sentenza *Kernkraft Werke Lippe-Ems*¹², ha riaffermato che in caso di incidente di costituzionalità il giudice nazionale non può essere privato del potere –od essere esentato dal dovere se è giudice di ultima istanza- di effettuare il rinvio pregiudiziale, mentre nel caso *Global Starnet*¹³ ha dichiarato l'irrelevanza del contenuto di una pronuncia costituzionale in relazione al dovere di procedere al rinvio pregiudiziale.

2. I “postumi” della sentenza costituzionale 269/2017 nella giurisprudenza della Cassazione italiana

La sentenza 269, come rilevato da molti commentatori¹⁴, ha aperto una fase di incertezza. Non è infatti chiaro se con il suo *obiter* essa si limiti a revocare l'obbligo dei giudici a risolvere prima le questioni di diritto dell'Unione in caso di doppia pregiudizialità¹⁵, o se invece inauguri, proprio ora che la saga *Taricco* si era faticosamente ricomposta, un nuovo “bellicoso round” nei rapporti con la Corte di Giustizia

¹¹ Si v. Sentenza Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit., punto 57.

¹² Sentenza Corte giust. Causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, punti 34-36.

¹³ Sentenza Corte giust. Causa C-322/16, *Global Starnet*, EU:C:2017:985, punto 25.

¹⁴ Si v., tra gli altri, le osservazioni critiche e i commenti di C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?, ne Il Diritto dell'Unione europea – Osservatorio europeo*, 2017; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assaiologicamente 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*, 3/2017, pp. 234-247; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2017, 2948-2954; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2017, 2955-2965; A. RUGGERI, *Dopo la sent. N. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *consultaonline*, 1/2018, 155-164; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, pp. 197-201; A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, pp. 194-197 e C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza. Un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *consultaonline*, 2/2018, 377-391; in tema si v. anche A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, pp. 149-171.

¹⁵ Come ho auspicato in 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*, 3/2018 e come sembra auspicare anche A. BARBERA, *op. cit.*, p. 166; un'analogia lettura della sentenza è proposta da A. GUAZZAROTTI, *op. cit.*, p. 196, secondo il quale “la Consulta, dopo essersi riservata il diritto all'ultima parola nell'ordinanza *post-Taricco* [...] punti ora a conquistarsi il diritto alla prima parola.”

dell'Unione, mettendo in discussione i principi cardine della sentenza *Simmenthal* e lo stesso impianto dell'art 267 TFUE.

L'ambiguità della sentenza costituzionale deriva dal fatto che essa, da un lato cita espressamente la sentenza *Melki e Abdeli*¹⁶ ed il potere dei giudici ordinari di effettuare il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, ma dall'altro sembra imporre agli stessi un obbligo di precedenza del rinvio costituzionale rispetto a quello della CGUE nel caso la questione riguardi norme dell'Unione senza effetti diretti o, in generale, in ragione della sua apparenza costituzionale¹⁷, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ("CDFUE"). Sorge il dubbio che, in tali casi, la Consulta pensi di potersi arrogare un diritto prioritario, se non addirittura esclusivo¹⁸, di interpretare essa stessa il diritto dell'Unione, alla luce dei parametri propri dell'ordinamento giuridico di quest'ultima.

Non è dunque strano che, di fronte a queste ambiguità, i giudici ordinari italiani, innanzitutto a partire da quelli della Cassazione, si siano interrogati sulla portata della sentenza 269 e sul ruolo delle stesse Corti italiane, giungendo peraltro a risultati diversi fra loro. Sembra però di intravedere, nella discesa in campo dei giudici italiani, un intento comune di preservare il meccanismo del rinvio pregiudiziale ed il ruolo che quest'ultimo attribuisce loro.

Dapprima, alcune sezioni della Cassazione hanno perseguito due diverse strade antitetiche: eseguire pedissequamente ma mettendo la Corte Costituzionale di fronte alle sue contraddizioni (ordinanza *Bolognesi*¹⁹) o ignorare l'*obiter*... in quanto *obiter* (sentenza *Maturi*²⁰). Successivamente, in una terza ordinanza (*Casari*²¹), la sezione lavoro della suprema Corte sembra appoggiare con coraggio un'interpretazione del tortuoso *obiter* in linea con i principi fondamentali del diritto dell'Unione.

¹⁶ Sentenza Corte giust., *Melki e Abdeli*, cit.

¹⁷ Come rilevato da A. RUGGERI, op. cit., 2017, p. 6 si tratta di una valutazione basata su un criterio assiologico-sostanziale anziché su un criterio strutturale del carattere *self-executing* delle norme dell'Unione.

¹⁸ Sul punto si v. G. SCACCIA, op. cit., pp. 2952-2953 che esclude che la consulta abbia inteso autoattribuirsi "l'interpretazione in via ultimale delle disposizioni della CDFUE" e interpreta restrittivamente l'*obiter* nel senso che per i profili già esaminati dalla pronuncia costituzionale di rigetto il giudice comune non possa direttamente disapplicare la norma nazionale in contrasto senza previamente rinviare la questione alla Corte di giustizia.

¹⁹ Ordinanza Cass., sez. II civ., 16 febbraio 2018, n. 3831. Su di essa R. MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2018. <http://www.osservatoriosullefonti.it>; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in diritticomparati.it, 16 marzo 2018; A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in consultaonline.it, Rivista, Studi 2018/I, 82; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in questionegiustizia.it, 12 marzo 2018.

²⁰ Sentenza Cass., sez. L, 17 maggio 2018, n. 12108, punto 13.

²¹ Ordinanza Cass., sez. L, 30 maggio 2018, n. 13678.

Nel primo caso, relativo ad una norma italiana di attuazione dell'art 14 della direttiva 2003/6²², che prescrive in caso di *market abuse* l'adozione di sanzioni amministrative ed altre adeguate²³, la sezione civile della Cassazione rileva innanzitutto che la fattispecie rientra nel campo di applicazione della Carta ai sensi dell'art 51 della stessa e dunque che vengono in rilievo l'art 47 (equo processo) e, tramite l'art 52CDFUE, anche la giurisprudenza Corte EDU, da cui discende la natura penale della sanzione²⁴. Poiché la questione è se la trasposizione della direttiva viola la Carta dei diritti fondamentali, si pone la necessità di interpretare non solo la Carta, ma ovviamente anche la direttiva.

La Cassazione afferma che l'art. 47 della Carta è "direttamente applicabile" e rileva che il caso darebbe luogo ad una doppia pregiudizialità e che, mentre prima della sentenza 269 si sarebbe proceduto disapplicando norma interna e applicando direttamente l'art 47 della Carta, eventualmente consultando con rinvio pregiudiziale la CGUE, ora questo non sembra più possibile, in quanto la Corte Costituzionale ha affermato che è necessario che essa stessa valuti previamente la necessità di un intervento di rimozione *erga omnes* della norma contrastante con il diritto UE²⁵. Peraltro la suprema Corte ricorda esplicitamente quanto affermato dalla Corte di Lussemburgo in *AB* e in *Melki e Abdeli*, ovvero la libertà che i giudici di ogni grado devono avere di rinviare in qualsiasi momento alla CG e di disapplicare la norma nazionale che si ponga in contrasto con quella dell'Unione.

La Cassazione si rivolge dunque alla Consulta, chiedendo chiarimenti sulla sentenza 269 in ordine a tre gruppi di questioni.

In primo luogo chiede se, in caso la Corte costituzionale ritenga che la legge italiana non violi i diritti fondamentali anche sotto il profilo della Carta, il giudice nazionale possa (anche effettuando un rinvio a Lussemburgo) ritenere invece che la violazione della Carta sussiste, anche sotto gli stessi profili o solo (come affermato nella sentenza 269) sotto "altri" profili²⁶. Fa altresì presente che la limitazione ad altri profili sarebbe incompatibile con la sentenza *Global Starnet*, che esplicitamente afferma la libertà del giudice di effettuare rinvio alla CGUE anche se la Corte Costituzionale si è pronunciata sugli stessi aspetti. Si tratta quindi in un certo senso di una domanda retorica.

²² Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), GU L 96 del 12.4.2003, pp. 16–25.

²³ Ora disciplinate dall'art. 30, Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, GU L 173 del 12.6.2014, pp. 1–61.

²⁴ Ordinanza Cass., n. 3831/2018, cit., punto 11.3.6.1.

²⁵ Ibid., punto 11.3.6.7

²⁶ Ibid., punto 11.3.6.8.

In secondo luogo, l'ordinanza osserva che il dubbio interpretativo delle norme della direttiva riguarda la confisca "estesa" (e non solo dei proventi dell'illecito) perché dagli atti UE non emerge una definizione univoca, e se la sanzione si ponga pertanto in contrasto con artt. 17 (proprietà) e 49 (proporzionalità pene/reati²⁷) della Carta dell'Unione europea, che si affiancano all'art. 27 Cost., applicandosi anche alla confisca per equivalente²⁸. La Cassazione chiede anche se ai sensi dell'art. 52 CFDUE si debba tenere conto delle norme e dell'interpretazione della CEDU e se gli artt. 17 e 49 della Carta abbiano effetti diretti.²⁹

Si tratta di dubbi che, in verità, solo la CGUE avrebbe titolo di sciogliere. Con riferimento al ruolo dell'art. 52 CFDUE ad esempio quest'ultima ha affermato che la CEDU rimane fonte esterna all'ordinamento dell'UE³⁰ e dunque sono ammissibili limiti alla sua applicazione per tutelare l'interesse generale dell'Unione europea³¹, in una visione di coerenza che tuttavia preservi l'autonomia del diritto UE³². E la CGUE si è altresì a più riprese pronunciata sull'applicabilità e sulle limitazioni consentite, con riferimento sia all'art. 17 che all'art. 49 della Carta. Va anche rilevato che, se si ammettesse che un giudice diverso dalla CGUE potesse dichiarare un'incompatibilità di un atto dell'Unione con la Carta (o a maggior ragione con la CEDU), si violerebbe non solo la giurisprudenza della CGUE sopra citata, ma anche probabilmente il principio da essa enunciato nella sentenza *Foto-Frost*, relativa ai poteri dei giudici nazionali nei giudizi di validità delle norme dell'Unione³³.

Quanto infine alla necessità di interpretare la direttiva 2003/06, secondo cui gli Stati membri devono introdurre sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive alla luce della Carta dei diritti fondamentali, la Cassazione rileva che si tratta di dubbi che richiederebbero un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ma anziché procedervi essa stessa... invita la Consulta ad effettuarlo, precisando che comunque si

²⁷ Sentenza Corte giust. Causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, EU:C:2017:936.

²⁸ Ordinanza Cass., n. 3831/2018, cit., punto 13.3.4.1.

²⁹ *Ibid.*, punto 13.3.4.2.

³⁰ Sentenze Corte giust., Causa C-537/16, *Carlsson Real Estate e a.*, EU:C:2018:193, punti 24-26 e Corte giust., Causa C-524/15, *Menci*, EU:C:2018:197, punti 22-23.

³¹ V. Sentenze Corte Giust., Cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, EU:C:2018:192, punti 40-42 e Corte giust., *Menci*, cit., punti 39-41 e 44, che giustificano limitazioni al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CFDUE – che invece alla luce dell'art. 4, par. 3, protocollo n. 7 CEDU, avrebbe natura inderogabile – sul fondamento dell'art. 52, par. 1, CFDUE, in quanto finalizzate al perseguimento di obiettivi di interesse generale, quali la protezione dell'integrità dei mercati finanziari o la riscossione integrale dell'IVA dovuta.

³² In tal senso v. anche K. LENAERTS *The ECHR and the CJEU: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection* Solemn hearing for the opening of the Judicial Year 26 January 2018

³³ Come noto, la Sentenza Corte giust., Causa 314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, punti 14-16, ha affermato il principio secondo il quale i giudici nazionali "non hanno il potere di dichiarare invalidi gli atti delle istituzioni comunitarie" essendo tale competenza attribuita in via esclusiva alla Corte di Giustizia.

porrebbe il problema degli “stessi/altri profili”, sui poteri dei giudici ordinari di rinviare autonomamente a Lussemburgo³⁴.

Con questa ordinanza, la Cassazione mette la Corte Costituzionale con le spalle al muro, di fronte a domande precise che la costringeranno a chiarire la sentenza 269. Paradossalmente, tuttavia, non rinviando a Lussemburgo, di fatto, si pone essa stessa –giudice di ultima istanza, che si trova di fronte a un dubbio di interpretazione del diritto dell’Unione- in contrasto con i principi affermati dalla CGUE in *Simmenthal e Cilfit*³⁵.

Se l’ordinanza *Bolognesi* costituisce un atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza, alla Corte Costituzionale, la sentenza *Maturi*³⁶ segue invece una strada diversa, evitando dichiaratamente di applicare la sentenza 269. La fattispecie riguardava una norma che differenziava per uomini e donne il licenziamento per superato limite di età, configurando così un problema di discriminazione basata sul sesso. La Cassazione aveva dapprima sottoposto una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia³⁷, la quale, con ordinanza³⁸, aveva dichiarato la legge italiana incompatibile con la direttiva pari opportunità 2006/54³⁹, restando così alla Cassazione il compito di disapplicare tale legge (si noti che nel caso di specie non si poneva una questione di effetti diretti orizzontali, in quanto si trattava di enti lirici, che sono soggetti pubblici). La Suprema Corte, a seguito dell’ordinanza della Corte di Lussemburgo, ha dunque accolto il ricorso presentato dai lavoratori rinviando al giudice di appello per la disapplicazione della normativa interna in contrasto, sostenendo, da un lato, che quanto prescritto dalla sentenza 269 non viene in gioco, poiché si tratta di applicare non la Carta dei diritti fondamentali ma una direttiva, e dall’altro che comunque, secondo una prassi abituale, la Corte di Cassazione non segue gli *obiter* delle sentenze costituzionali⁴⁰.

Anche questa soluzione presenta un aspetto paradossale: per aggirare gli strali della Corte costituzionale, la Cassazione ha di fatto evitato ogni richiamo alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, che pure erano state richiamate dall’ordinanza della Corte di giustizia in quanto applicabili, e si è basata sulla sola direttiva. Una soluzione che riporta al periodo fra Nizza e Lisbona. Ed è paradossale ritenere che il richiamo alla Carta, che è diritto primario, possa in qualche modo indebolire i poteri del giudice nazionale

³⁴ Ordinanza Cass., n. 3831/2018, cit., punto 13.3.4.2.

³⁵ Sentenza Corte giust., Causa 283/81, *CILFIT*, EU:C:1982:335, punto

³⁶ Sentenza Cass, n. 12108/2018 cit.

³⁷ Ordinanza Cass., sez. L, 9 marzo 2017, n. 6101.

³⁸ Ordinanza Corte giust., Cause riunite C-142/17 e C-143/17, *Maturi*, EU:C:2018:68, punti 28-29 e 36-39

³⁹ Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, GU L 204 del 26.7.2006, pp. 23-36.

⁴⁰ Sentenza Cass, n. 12108/2018 cit., punti 12-14.

rispetto a quelli che esso gode con riferimento agli atti derivati, dunque norme secondarie, dell'Unione europea⁴¹.

Se con la sentenza *Maturi* rimaneva irrisolta, la questione dell'applicabilità dei principi della sentenza 269 in caso di un potenziale conflitto di una norma interna con la Carta dei diritti fondamentali, la Cassazione ha risolto detta questione nella più recente causa *Cafaro*⁴², in cui veniva in gioco il principio di non discriminazione sulla base dell'età. La fattispecie riguardava un pilota dei servizi segreti che era stato licenziato età a 60 anni per superamento limiti di età, quando il Regolamento UE applicabile al settore del trasporto aereo commerciale fissa il limite a 65⁴³; nel caso venivano in gioco anche la direttiva 2000/78⁴⁴ e i principi della sentenza della CGUE *Werner Fries*⁴⁵ che ha enunciato la parità di trattamento dei piloti come principio generale di diritto, ritenendo tuttavia conforme alla Carta la disparità di trattamento fondata sull'età prevista dal Regolamento⁴⁶. La Sezione Lavoro ricorda che l'Art 21 della Carta vieta ogni discriminazione basata su età, richiamando la sentenza *Kücükdeveci*⁴⁷ ed effettua rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia volto ad accertare la compatibilità della norma nazionale con il Regolamento UE e in subordine con il principio espresso dalla direttiva 2000/78 e dalla Carta. Riafferma poi che le "indicazioni" della sentenza costituzionale 269 non sono vincolanti in quanto contenute in un *obiter* e dichiara che, in ogni caso, la stessa sentenza 269 (punto 5.2) fa salvo il potere del giudice ordinario di effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE⁴⁸. Secondo la suprema Corte, nel caso di specie vi è una "chiara prevalenza degli aspetti UE su quelli nazionali", che richiede appunto che a pronunciarsi sia innanzitutto la CGUE.

Questa ordinanza applica selettivamente la sentenza 269, basandosi su alcuni suoi punti e ignorandone altri, con un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, che è giustificata dall'obiettiva mancanza di chiarezza e dalle contraddizioni della stessa sentenza 269, che, in effetti, lascia aperta la porta ad interpretazioni contraddittorie.

⁴¹ Come rilevato dalla Cassazione nella stessa sentenza n. 12108/2018 cit, al punto 14, infatti, la Consulta non ha chiarito "cosa debba fare il giudice ordinario allorché la tutela invocata operi attraverso il combinato disposto tra le direttive e le disposizioni della Carta dei diritti, posto che le prime dovrebbero essere interpretate anche alla luce della seconda che ne costituisce in realtà un parametro di legittimità sostanziale."

⁴² Ordinanza Cass. n. 13678/2018, cit.

⁴³ Regolamento (UE) n. 1178/2011 della Commissione del 3 novembre 2011 che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativamente agli equipaggi dell'aviazione civile ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, GU L 311 del 25.11.2011, pagg. 1-193, allegato I, FCL.065.

⁴⁴ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, GU L 303 del 2.12.2000, pp. 16-22, nel caso in cui il Regolamento (UE) n. 1178/2011 non fosse ritenuto applicabile *ratione materiae*.

⁴⁵ Sentenza Corte giust., causa C-190/16, *Werner Fries*, EU:C:2017:513,

⁴⁶ *Ibid.*, punti 29-34 e 69.

⁴⁷ Sentenza Corte giust., causa C-555/07, *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, punti 20-22.

⁴⁸ Ordinanza Cass. n. 13678/2018, cit., punto 16

3. Quando è davvero utile l'intervento della Corte costituzionale in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?

Le tre pronunce sopra ricordate evidenziano le perplessità dei giudici ordinari davanti alla sentenza 269 ed alla presunta svolta della Corte costituzionale. A parte i tre casi sopra citati, non mancano già giudici, anche a livello inferiore, che cercano di disinnescare i potenziali effetti negativi della sentenza 269, procedendo, come di consueto, a formulare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo⁴⁹.

Se fosse interpretata alla lettera, la pronuncia costituzionale rischierebbe in effetti di mettere in discussione il ruolo dei giudici nazionali affermato sin dalla sentenza *Simmenthal*, sentenza che –non va dimenticato– costituiva una risposta proprio alla pretesa –rivendicata dalla Consulta in *Frontini*⁵⁰– di un accentramento a livello costituzionale delle norme italiane contrastanti con il diritto europeo, in nome della necessità di procedere ad una rimozione *erga omnes*. La sentenza *Simmenthal*, respingendo tale pretesa, aveva ben delineato il *dedoublement fonctionnel* dei giudici ordinari, di ogni grado, degli Stati membri, al contempo organi del proprio ordinamento e di quello dell'Unione europea.

Si tratta di un principio cardine dell'ordinamento dell'Unione, volto a garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo, e l'uguaglianza dei cittadini europei di fronte alla legge. I principi della sentenza *Simmenthal* non sono un relitto di altri tempi; essi sono stati recentemente ribaditi dalla Corte di Giustizia, che continua a trarne nuovi corollari. Ad esempio, in *Puljienica*⁵¹, essa ha stabilito che i giudici nazionali non possano essere limitati nella propria facoltà/obbligo di rinvio da valutazioni fatte da giudici gerarchicamente superiori se contrarie al DUE; nel caso *dell'Associazione sindacale dei giudici portoghesi*⁵² la Corte ha precisato che il dovere degli stati membri di assicurare un sistema di rimedi giurisdizionali effettivi è parte dell'obbligo di leale cooperazione.

In questo dibattito, non più solo dottrinale, ma come si è visto, esteso ai più alti livelli della giurisprudenza, occorre tenere a mente che contro gli Stati che cercassero di scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale sarebbe possibile un ricorso infrazione per violazione congiunta degli artt. 4 e 19 TUE⁵³.

⁴⁹ Da ultimo anche il Tribunale di Milano ha interpellato la CGUE, con procedura d'urgenza sulla portata dell'art.47 della Carta, senza tenere conto di quanto enunciato nella sentenza 269 Sul tema v. la breve nota di A. DI PASCALE *Diritto di difesa e protezione internazionale: rinvio pregiudiziale alla Corte UE*, in Eurojus.it, 5(2).

⁵⁰ Sentenza Corte cost. n. 183 del 1973.

⁵¹ Secondo la sentenza Corte giust., causa C-689/13, *Puljienica Facility Esco*, EU:C:2016:199, punti 32-36, il diritto dell'Unione osta in particolare a disposizioni nazionali che impongano a sezioni di organi giurisdizionali di ultima istanza che non condividano l'orientamento definito dall'adunanza plenaria di tale organo di rinviare la questione a detta adunanza senza poter adire la Corte in via pregiudiziale; in termini analoghi anche la sentenza Corte giust., *Global Starnet*, cit., punto 25.

⁵² Sentenza Corte giust., causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117, punto 34.

⁵³ Sulla possibilità di fondare un ricorso per infrazione sulla violazione dell'art. 19 TFUE si v. la procedura avviata contro la Polonia il 29 luglio 2017: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2205_it.htm.

Penso veramente che piuttosto che mettere in pericolo il meccanismo del rinvio pregiudiziale con schemi processuali *ex ante*, sia meglio davvero tornare ai controlimiti, vale a dire ad una verifica sostanziale *ex post*, caso per caso. D'altra parte quando afferma, in via generale, che spetta al giudice nazionale applicare i principi da essa affermati al caso concreto, la Corte di Giustizia si riferisce a tutti i giudici nazionali, incluse le Corti costituzionali, che si inseriscono nel dialogo in base agli schemi indicati dalle rispettive Costituzioni.

Se dunque è chiaro – e si deve riconoscere che per certi versi la stessa sentenza 269 lo ammette – che non si può limitare la facoltà (o il dovere) dei giudici ordinari di rivolgersi alla Corte di Giustizia, occorre chiedersi se davvero abbia senso tentare di imporre, in caso di doppia pregiudizialità, un rigido ordine di precedenza cronologica dell'esame dei profili costituzionali rispetto a quelli europei. Il numero dei rinvii alla Corte costituzionale aumenterebbe in maniera impressionante, sia per il numero di ordinanze di rinvio, in ottemperanza alla sentenza 269, sia per ricorsi nei casi in cui, viceversa, non sia stato esperito il previo rinvio alla Corte costituzionale⁵⁴.

In realtà, nella più gran parte dei casi – ma anche qui una rigidità non è necessaria – ha più senso che si pronuncino per prima la Corte di Giustizia⁵⁵. Come può la Corte costituzionale fare un bilanciamento fra gli articoli 117 e 11 Cost., da un lato, e un altro principio fondamentale della Costituzione, dall'altro, se non sa esattamente qual è il significato e la portata della norma UE che, grazie a tali articoli, entra nel nostro ordinamento con rango costituzionale?

Il caso *Bolognesi* offrirà alla Corte Costituzionale l'occasione per chiarire il proprio pensiero⁵⁶, scegliendo quali parti del proprio *obiter* valorizzare e fugando i molti dubbi che ha originato. Il dibattito che la sentenza 269 ha generato è comunque stato tutt'altro che inutile. Da un lato, esso ha mostrato quanto ormai radicato sia nella cultura giuridica italiana, il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla CGUE e come

⁵⁴ Da un lato, come sottolineato da R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2018, 275-291, p. 278 e 288, visto il già alto tasso di inammissibilità delle questioni incidentali, ciò potrebbe incidere negativamente sull'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti garantita dalla Carta o potrebbe, paradossalmente, spingere i giudici comuni ad un utilizzo "creativo" dell'interpretazione conforme (così anche A. RUGGERI, *op. cit.*, 2018, p. 158); dall'altro lato, rischierebbe di pregiudicare la qualità del dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, la quale dovrebbe applicare ai rinvii proposti dalla prima gli strumenti processuali di deflazione del contenzioso (in particolare, il ricorso alle ordinanze motivate ex art. 99 del Regolamento di procedura della Corte) impiegati sempre più frequentemente rispetto ai rinvii operati dai giudici ordinari, anche di ultima istanza – si v. ad esempio proprio la citata ordinanza della Corte giust. nella causa *Maturi*.

⁵⁵ Così anche A. RUGGERI, *op. cit.*, 2018, p. 161 ss. che suggerisce di mantenere la precedenza della pregiudizialità consentendo però al giudice ordinario – una volta disapplicata la norma nazionale in contrasto – di rinviare alla consulta per la rimozione con effetti *erga omnes* della disposizione interna.

⁵⁶ Sui possibili esiti del giudizio si v. D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *questionegiustizia.it*, pp. 4-5 e S. VERNUCCIO, *La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell'efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. ord. 3831/2018)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2018, pp. 16-17.

i giudici ordinari italiani siano disposti a lottare per difenderlo. D'altro lato ha però anche rivelato un malessere, da parte della Consulta, che forse teme di essere emarginata nella relazione triangolare che si crea con il diritto dell'Unione europea nei rapporti fra Corti⁵⁷. Soprattutto, fa intravedere inedite inquietudini nei confronti della Carta dei diritti fondamentali, in quanto fonte che, pur avendo formalmente lo stesso valore dei trattati istitutivi⁵⁸, emana un'autorevolezza costituzionale.

Occorre dunque esplorare i lati del triangolo, per cercare di capire in quali situazioni la Corte costituzionale potrebbe davvero trovarsi meglio coinvolta, rispetto ai giudici ordinari, in un confronto con la Corte di Giustizia avente per oggetto la Carta. La sentenza 269 non approfondisce questo punto, parlando in maniera generica di un proprio ruolo in relazione all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali⁵⁹.

Fermo restando che, ovviamente, ai sensi del proprio art. 51, la Carta non si applica alle situazioni puramente nazionali, il giudice naturale della Carta è la Corte di Giustizia dell'Unione europea⁶⁰. Sia in caso di conflitti *intra cartam*, come ad esempio nel caso *Di Puma* (in cui per valutare la compatibilità europea di una norma italiana era necessario effettuare un bilanciamento fra art. 50 e art.52 CDFUE), che nei casi in cui uno Stato invochi a propria giustificazione eccezioni europee (cioè previste dal diritto UE) alle regole europee, trattandosi dell'interpretazione, o a volte anche della validità, di norme e di principi dell'UE, il solo giudice competente è la Corte di Giustizia e non si vede quale ruolo potrebbe giocare la Corte costituzionale.

Diverso può essere invece il caso in cui si invochino eccezioni nazionali a regole europee, e in particolare quando sorga un conflitto fra le norme dell'Unione (e gli standard di tutela dei diritti ad essa collegati) e i diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni nazionali. In realtà, anche in questo caso bisogna distinguere fra due ipotesi. La prima è che gli standard che derivano dalla Carta o da altre disposizioni dell'UE siano più alti di quelli nazionali. In questo caso, la questione dovrebbe riguardare solo i giudici

⁵⁷ Si veda la posizione di A. BARBERA, *op. cit.*, pp. 150 e 156 e, in termini analoghi, D. TEGA, *op. cit.*, pp. 198-199; così anche, in tono critico, R. CONTI, *op. cit.* nota 53, pp. 276-279.

⁵⁸ Anche se sostanzialmente, spesso, un valore inferiore agli stessi; v. L.S. ROSSI, *Stesso valore giuridico dei Trattati? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, ne *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 329.

⁵⁹ La sentenza 269 non recepisce ad esempio la distinzione proposta da A. BARBERA, *op. cit.*, pp. 158-160 tra diritti-regole e diritti-principi, che limiterebbe ai secondi il coinvolgimento delle corti costituzionali in caso di antinomie col diritto dell'UE, continuando a investire i giudici comuni della soluzione dei conflitti tra regole, tramite l'istituto della disapplicazione.

⁶⁰ Anche con riguardo alla definizione del suo ambito di applicazione materiale, che, come rileva G. REPETTO, *op. cit.*, pp. 2958-2959, sembra essere il vero bersaglio del monito della consulta.

ordinari nazionali ⁶¹e, se da essi interpellata, la CGUE. Come ha chiarito la sentenza *Filipiak*⁶², il giudice ordinario deve disapplicare la norma interna, senza attendere la previa rimozione da parte della propria Corte costituzionale. Un'eventuale violazione anche della costituzione nazionale sarebbe infatti una questione del tutto indipendente, oggetto a sua volta di interlocuzione fra giudici ordinari e Corte costituzionale.

Il problema che può in effetti chiamare in causa la Corte costituzionale si ha quando –come è avvenuto ad esempio nei casi *Melloni*⁶³ e *Taricco*⁶⁴ –gli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali risultano più alti di quelli offerti dalle norme dell'Unione. In tali casi, in cui si invocano ed eccezioni nazionali a regole europee, è necessario un bilanciamento fra diritti fondamentali –garantiti dalle Costituzioni e dalla Carta dei diritti dell'Unione- e primato del diritto dell'Unione⁶⁵. E' in questi casi che la Corte costituzionale è chiamata a dialogare direttamente con la Corte di Giustizia⁶⁶, spiegando con chiarezza l'importanza dei principi della Costituzione nazionale.

In questo dialogo, è solo alla Corte di Giustizia che spetta l'interpretazione della Carta, compresi gli artt. 52, par.4 e 53, che prescrivono rispettivamente un'interpretazione “in armonia” (che non significa “in conformità”) con le tradizioni costituzionali comuni e il rispetto delle costituzioni degli Stati membri nel “rispettivo ambito di applicazione”, così come ricade nella sua giurisdizione il controllo sulla conformità del diritto dell'Unione alla CEDU, che al momento rimane una fonte “esterna” di principi generali del diritto UE. Come è noto, nel bilanciamento fra diritti fondamentali e regole europee, la CGUE tende a valutare i primi alla luce dell'interesse generale e del primato del diritto dell'Unione. Il metodo seguito è per lo più quello a suo tempo sviluppato per le c.d. “esigenze imperative”, matrice di alcune delle disposizioni che oggi figurano nella Carta dei diritti fondamentali, un metodo che bilancia regole ed eccezioni secondo un test di proporzionalità. Tale approccio può sembrare riduttivo, ma si

⁶¹ Anche secondo C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia, Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2018, 153-202, pp. 200-201, in tali ipotesi un problema di controlimiti non si porrebbe e ai giudici nazionali dovrebbero conservare il potere di disapplicare la norma interna.

⁶² Sentenza Corte giust., causa C-314/08, *Filipiak*, EU:C:2009:719, punti 81-84.

⁶³ Sentenza Corte giust., causa C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107, punti 60-63

⁶⁴ Sentenza Corte giust., causa C-105/14, *Taricco*, EU:C:2015:555; si v. anche la sentenza Corte giust., *M.A.S. e M.B.*, cit.

⁶⁵ Come rilevato dalla sentenza Corte giust., *Melloni*, cit., al punto 60, “è vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.”

⁶⁶ In tal senso anche G. REPETTO, *op. cit.*, p. 2962, che peraltro circoscrive l'intervento prioritario della consulta ai casi in cui gli atti interni non siano “vincolati al recepimento di un contenuto imperativo” perché frutto di “scelte discrezionali che ricadono nel campo d'applicazione del diritto dell'UE, ma non costituiscono in senso stretto casi di stratta attuazione dello stesso”.

rivela appropriato ogni qualvolta gli Stati invocino deroghe nazionali a regole comuni che hanno essi stessi accettato⁶⁷.

Alle Corti costituzionali spetta, in queste ipotesi, effettuare il bilanciamento, interno alla Costituzione italiana, fra gli artt. 11 e 117 Cost., e altri principi o diritti fondamentali che le norme dell'Unione rischiano di violare, facendo scattare, come ultima *ratio*, i controlimiti.

Ma è proprio per evitare l'applicazione dei controlimiti e i punti di rottura fra ordinamenti, che il dialogo fra Corti costituzionali e Corte di Giustizia diviene sempre più importante. E' in questi casi che un previo incidente di costituzionalità da parte dei giudici ordinari può aggiungere valore al dialogo fra Corti, consentendo alla Corte costituzionale di rinviare essa stessa una questione pregiudiziale alla CGUE, instaurando il dialogo al massimo livello. Naturalmente, in caso non lo faccia, o nel caso la successiva pronuncia Costituzionale non rispetti quanto stabilito dalla CGUE, nulla potrebbe vietare al giudice ordinario di procedere esso stesso ad effettuare un rinvio a Lussemburgo.

Dunque, a ben guardare, la Corte costituzionale, in risposta ai quesiti della Cassazione, potrebbe (re)interpretare la propria sentenza 269, escludendo dall'obbligo dei giudici ordinari di procedere ad un previo controllo di conformità al diritto dell'Unione i casi in cui esista un conflitto fra uno standard nazionale di protezione dei diritti individuali più alto di quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali e, in generale, dall'ordinamento dell'Unione.

Per evitare tensioni ai "piani più alti" degli ordinamenti costituzionali e dell'Unione, occorre aumentare le occasioni di dialogo fra Corti, in modo che queste non si parlino solo attraverso sentenze. In questo senso gli incontri periodici fra Corte di Giustizia e Corti costituzionali, e la nascente rete promossa dalla CGUE possono costituire uno strumento di grande importanza.

⁶⁷ Come è accaduto nel caso *Melloni* – in cui il mandato d'arresto europeo e gli standard di tutela da esso previsti erano chiaramente indicati in un atto adottato dal Consiglio – e come invece non si era verificato in *Taricco*, perché in quest'ultimo caso gli effetti diretti dell'art 325 TFUE erano in gran parte del tutto imprevedibili.