

Studi di **federalismi.it**

Rivista di diritto pubblico italiano
europeo e comparato

Un riaccentramento del giudizio costituzionale?

I nuovi spazi del Giudice delle leggi,
tra Corti europee e giudici comuni

a cura di

Beniamino Caravita



G. Giappichelli Editore – Torino

Introduzione

Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale italiano all’alba del secondo decennio del ventunesimo secolo

di *Beniamino Caravita*

Le ragioni di una riflessione sulle recenti tendenze “(ri-)accentratrici” della Corte costituzionale sono presto dette.

Come prima cosa non si può non evidenziare che gli Atti del Convegno tenutosi lo scorso 13 novembre 2020 si inseriscono all’interno di un Progetto di ricerca di Ateneo dell’A.A. 2018/2019, che idealmente si pone in linea di continuità con un precedente lavoro della Cattedra di Istituzioni di Diritto pubblico della Facoltà di Scienze politiche della Sapienza. All’inizio del secondo decennio degli anni Duemila, difatti, un gruppo di giovani studiosi e ricercatori ha posto in rassegna e fatto emergere le criticità che, a partire dalla metà degli anni Novanta, caratterizzavano la giurisprudenza costituzionale. Da quelle riflessioni condivise è stato sviluppato un progetto di ricerca finanziato dall’Ateneo ed ha visto la luce il volume, sempre a cura di chi scrive questa introduzione, *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, pubblicato nella collana degli “Studi di federalismi”, vol. n. 5 (Jovene, Napoli, 2012).

In quegli anni dall’analisi della giurisprudenza costituzionale emergeva una tendenziale spostamento (decentramento o diffusione, che dir si voglia) del *judicial review* verso i giudici comuni e verso le Corti sovranazionali. Le due tendenze andavano di pari passo: se a livello interno la Corte costituzionale andava sempre più rinsaldando l’impostazione, emersa negli anni ’90, per cui «*le sentenze non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne un’interpretazione costituzionale, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*» (sent. n. 356/1996), sanzionando con l’inammissibilità il mancato o insufficiente tentativo di inter-

pretazione conforme; dall'altra, i giudici comuni (anche in ragione della costante autoesclusione della Corte dall'interlocuzione diretta con la Corte di Lussemburgo) avevano intrapreso un dialogo sempre più fitto con la Corte di Giustizia che, in buona parte, era riconducibile al processo di integrazione europea che nel decennio 2000-2010 si stava, più che mai, consolidando. A ciò si aggiunga che all'inizio degli anni Duemila si assisteva parallelamente ad una deriva del Giudice delle leggi verso il tradizionale ruolo ottocentesco di *Staatsgerichtsbarkeit*, frutto sia del cresciuto contenzioso tra Stato e Regioni, sia di un'esperata tensione tra magistratura e politica.

Non sono mancati inoltre in quegli anni i tentativi di applicazione diretta della Convenzione europea per i diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali, per come interpretata dal suo "custode" (Trib. di Roma, I sez. civ., che applica principio di Corte EDU Costa e Pavan; Cons. Stato, sez. IV, sent. 2 marzo 2010, n. 1220, sull'accoglimento di una domanda di restituzione *ex art.* 389 cod. proc. civ. in applicazione dell'art. 24 Cost. e degli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

Insomma, il giudice comune si trovava ormai nella singolare posizione di vedersi sempre più difficile, se non preclusa, la strada verso (l'altro lato di) Piazza del Quirinale e molto più agevole il collegamento con le Corti di Lussemburgo e Strasburgo.

Allo stesso tempo, anche se per molto tempo rimasto in sordina nella giurisprudenza di merito e nelle riflessioni dottrinali, il Trattato di Lisbona introduceva un ulteriore strumento in grado di emarginare la Corte costituzionale dalla sua funzione di garante dei diritti costituzionali: l'introduzione della Carta di Nizza tra le fonti di diritto primario.

Appare, dunque, ancora oggi molto efficace l'immagine¹, secondo cui, attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme (alla Costituzione, alla Convenzione EDU e al diritto europeo), il giudice comune viene indossando contemporaneamente «tre toghe», tre cappelli, corrispondenti ai diversi livelli di legalità costituzionale, europea, convenzionale (non sempre coincidenti) di cui si fa custode.

Oggi, invece, come indica anche il titolo del Convegno organizzato dalla Cattedra di Istituzioni di Diritto pubblico, sembrerebbe in atto una più ampia manovra di «riaccentramento» del giudizio di costituzionalità e più in generale di «centralizzazione» della posizione della Corte costituzionale nel sistema². Alcuni di questi «sintomi» non sono oggetto speci-

¹ Così R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Agrigento 17 e 18 settembre 2010, reperibile su www.appinter.csm.it, 7.

² Sul punto *amplius* D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in

fico del convegno del 13 novembre 2020, ma sono evidenti: dall'allentamento delle maglie per l'accesso al giudizio costituzionale – basti pensare alla torsione subita in alcuni casi dal concetto di rilevanza (*ex multis*, sentt. nn. 1/2014 e 35 del 2017) – all'ampliamento dei soggetti legittimati a sollevare q.l.c., sino alla più recente modifica delle Norme Integrative del giudizio costituzionale³. Altre tendenze invece, certamente più evidenti, riguardano in modo specifico le tematiche che affrontate nel presente volume.

Nel recente passato la Corte costituzionale aveva già messo in discussione l'autoesclusione nel dialogo con i Giudici di Lussemburgo, dichiarandosi legittimata a rinviare alla Corte di Giustizia, dapprima nell'ambito di un procedimento in via principale (ord. n. 103/2008) e poi all'interno di un giudizio in via incidentale (ord. n. 207/2013).

Di seguito la Corte ha operato sui rapporti con l'ordinamento convenzionale, provando a porre un freno alle degenerazioni e alle erronee applicazioni delle sentenze gemelle del 2007: nella sent. n. 49/2015 ha circoscritto la vincolatività delle decisioni del Giudice di Strasburgo alle sole sentenze costituenti «*diritto consolidato*» o delle «*sentenze pilota*» in senso stretto.

Nell'ultimo triennio, la Corte ha ricalibrato i rapporti tra pregiudiziale europea e pregiudiziale costituzionale, non smentendo del tutto l'affermazione della priorità logica dell'intervento europeo, ma attenuandone la portata nel caso in cui vengano in rilievo i diritti costituzionali.

Com'è noto, infatti, all'interno della sent. n. 269/2017 si legge *l'obiter dictum* secondo cui «*laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, [...] [deve] essere sollevata 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*». Le ragioni del *revirement* in senso accentrato devono essere rinvenute nella possibilità, o meglio nel rischio, che si generi un «*concorso di rimedi giurisdizionali*», potendo il giudice comune scegliere gli strumenti di tutela dei diritti previsti dall'ordinamento costituzionale italiano ovvero dal diritto dell'Unione europea. A fronte di quest'ultima eventualità, e in ragione della natura degli interessi coinvolti, la Corte costituzionale reclama la necessità di un proprio

questo volume, pp. 128 ss.; T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in questo volume, pp. 201 ss.

³ A tal proposito, si rinvia a S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in questo volume, pp. 169 ss.

intervento *erga omnes*, «in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» (Corte cost., sent. n. 269/2017, Considerato in diritto n. 5.2). La decisione costituisce una reazione del nostro Giudice costituzionale ad una delle principali spinte centrifughe dal giudizio di accentrato di costituzionalità, ossia la tendenza a valutare i problemi di costituzionalità alla stregua di violazioni della CDFUE.

Nei due anni successivi la Corte costituzionale ha certamente rafforzato i suoi margini di intervento, reclamando la propria competenza anche quando le norme di diritto derivato dotate di efficacia diretta siano espressive dei principi contenuti nella Carta di Nizza e nella Costituzione italiana (sent. n. 20/2019)⁴.

Infine, in altre recenti decisioni il Giudice delle leggi sembrerebbe aver riproposto la regola delineata nella sent. n. 269/2017 e affinata nelle decisioni nn. 20 e 63/2019, dando prevalenza immediata al parametro interno e quasi disinteressandosi delle violazioni del parametro interposto ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost. (come nei casi della sent. n. 11/2020, sulla incompatibilità nella gestione delle farmacie, e della decisione n. 44/2020 sull'accesso all'edilizia residenziale pubblica)⁵.

Queste decisioni sono certamente espressione della volontà del Giudice costituzionale di riprendere in mano la tutela dei diritti e di partecipare in prima persona al dialogo tra giudici comuni nazionali e Corte di Lussemburgo, impedendo così il sopravvento di quel dialogo diretto che aveva invece caratterizzato il periodo a cavallo del millennio.

Allo stesso tempo, queste tendenze al riaccentramento hanno come destinatario anche il Giudice europeo e sono sintomatiche della presa di coscienza da parte della Corte costituzionale dell'inopportunità di ritrarsi dal dialogo immediato con la Corte di Giustizia, limitando il proprio intervento ai casi estremi di contrasto con i principi supremi dell'ordinamento e i diritti inviolabili. La stessa sent. n. 269/2017, nonostante l'avocazione delle competenze, in un passaggio pone l'accento sull'intenzione di agire nel quadro di una costruttiva collaborazione con l'interprete europeo.

In questo senso, la vicenda Taricco, conclusasi con la decisione n. 115/2018, ha probabilmente rappresentato un'epifania del fatto che nel rapporto con la Corte di Giustizia risulta assai più utile esercitare la «prima parola» che non l'ultima, poiché consente di delineare limpidamente

⁴ Per un quadro complessivo, soprattutto dall'angolo di visuale dei giudici comuni, si rinvia a B. RANDAZZO, *Il "riaccentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in questo volume, pp. 220 ss.

⁵ Cfr. F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in questo volume, pp. 9 ss.

il «nodo interpretativo da sciogliere», di anticipare l'intervento di Lussemburgo e di porsi, almeno inizialmente, con un atteggiamento autenticamente collaborativo⁶, nonché rispettoso delle competenze altrui.

Il nodo interpretativo, se totalmente rimesso al giudice comune, può, in alcuni casi, essere parziale, incompleto e troppo schiacciato sul caso. La corretta impostazione della questione, specie quando sono in ballo i diritti costituzionalmente garantiti e i principi fondamentali del nostro ordinamento (come la natura sostanziale della prescrizione, ieri, e la natura «statica» del concetto di giurisdizione, oggi), richiede un intervento in prima battuta del custode della Costituzione e delle sue interpretazioni.

In questo senso si possono richiamare una serie di ordinanze di rinvio pregiudiziale (di validità o interpretazione) di indubbio rilievo: l'ord. n. 117/2019, adottata nell'ambito del giudizio costituzionale sul diritto al silenzio nei procedimenti davanti alla Consob. Si tratta certamente del tentativo di disinnescare preventivamente un conflitto con l'ordinamento europeo potenzialmente insanabile: la scelta è dettata dalla constatazione che l'immediata dichiarazione di illegittimità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58/1998, adottato in stretta esecuzione della normativa europea, si concretizzerebbe in un'attivazione dei controlimiti (Corte cost., ord. n. 117/2019, Considerato n. 9); da ultimo, l'ord. n. 182/2020, in tema di assegno di natalità e maternità a cittadini extracomunitari, in cui la Corte costituzionale sembrerebbe sostenere l'idea di un'integrazione delle tutele, interne e sovranazionali, nel pieno rispetto delle competenze europee⁷.

In tale contesto, i conflitti sembrano tutt'altro che sopiti, come emerge dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸, che sembrerebbe costituire una reazione del Giudice di legittimità alle spinte centripete della Corte costituzionale italiana.

Come ho già avuto modo di rilevare in altra sede⁹, in questo caso l'at-

⁶ Cfr. 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*, su *federalismi.it*, n. 14/2019, 24.

⁷ Sul punto si rinvia a S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accenramento nel giudizio di costituzionalità*, in questo volume, pp. 49 ss.

⁸ *Amplius* C. CARLI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in questo volume, pp. 21 ss.

⁹ B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, *Postilla* a commento di S. BARBARESCHI-L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18/09/2020*, n. 19598, *Paper* – 4 novembre 2020, 20 s. Dalla consultazione del sito istituzionale della Corte di Giustizia, peraltro, le questioni oggetto

trito coinvolge tre vertici giurisdizionali nazionali: oltre alla Corte costituzionale, «convitato di pietra» nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite, protagonisti sono il Consiglio di Stato, vertice della giurisdizione amministrativa, e la Corte di Cassazione, chiamata a garantire, tra l'altro, «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale [e] il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni», giusta l'art. 65 O.G.¹⁰. A tal proposito, è certamente significativo che, per la prima volta, lo strumento del rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune (seppur non così «comune») venga utilizzato addirittura per sconfessare l'interpretazione della Costituzione da parte del giudice delle leggi. Si tratta di una manifestazione – forse fuori le righe della grammatica costituzionale – di «devozione» della Cassazione alla «legalità europea», in luogo di quella costituzionale, che da sempre le attribuisce maggiori ambiti di intervento¹¹.

Con riferimento al ridimensionamento dell'onere di interpretazione conforme gravante sul giudice *a quo*, la Corte sembra aver preso coscienza delle conseguenze negative di un'estremizzazione della tecnica dell'interpretazione conforme. Quest'ultima, in alcuni casi eclatanti, ha condotto ad una perdita dell'orizzonte di senso delle disposizioni da parte del giudice comune italiano, con inevitabili ricadute in termini di certezza del diritto e di lesione del principio di legalità e di quello di separazione dei poteri. Inoltre, tale tecnica, elevata a sistema, ha sostanzialmente depauperato il ruolo della Corte e si è posta come limite alla formazione di una consolidata giurisprudenza «sostanzialistica» della Consulta, che ha delegato al giudice comune la risoluzione delle questioni di costituzionalità. Di queste preoccupazioni la Corte ha tenuto conto sin dalla sent. n. 221/2015, con la quale ha dato mostra di voler attenuare lo sforzo interpretativo gravante sul giudice *a quo* nella ricerca dell'interpretazione conforme a Costituzione, limitandolo a un *ragionevole* tentativo¹². In tal senso si orientano anche le sentt. nn. 95/2016, 240/2016 e 42/2017 e l'attuale *trend* in tema di inammissibilità del Giudice delle leggi¹³.

del rinvio risultano esser state trattate all'udienza del 6 luglio 2021 scorso. Nel momento in cui sono licenziate le bozze del presente lavoro, non risulta però che sia stato pubblicato alcun documento relativo al giudizio tuttora pendente (ivi incluse le eventuali conclusioni presentate dall'Avvocato Generale).

¹⁰ R.F. 30 gennaio 1941, n. 12.

¹¹ In senso critico si esprime anche F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in questo volume, pp. 42 ss.

¹² Così già in 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*, n. 15/2018.

¹³ Per una valutazione complessiva del depotenziamento dell'onere di interpretazione

Come si è anticipato, a queste tendenze al riaccostamento «in senso stretto» del giudizio sulle leggi si è progressivamente affiancata una marcata tendenza alla «centralizzazione» del ruolo della Corte costituzionale in evidente sostituzione dell'attività del Legislatore. In particolare, il Giudice delle leggi sembrerebbe aver dismesso il consolidato ruolo di «supplemento» e completamento del disegno costituzionale: nel settore del diritto penale, la Corte costituzionale ha più volte forzato o superato la teorica crisafulliana delle rime obbligate, che ormai sembra avere rilievo solo *in the books*. I riferimenti sono plurimi e noti anche in questo caso: le sentt. nn. 236/2016, 222/2018 e 40/2019, nonché la tecnica decisoria inaugurata con la vicenda Cappato (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019) e recentemente riproposta con l'ord. n. 132/2020 con la quale la Corte ha sollecitato il Parlamento ad intervenire nel termine di un anno sul reato di diffamazione a mezzo stampa.

Il filo rosso di tutte queste decisioni risiede nella precedente «messa in mora» del legislatore (anche attraverso decisioni di inammissibilità nel rispetto della discrezionalità del Parlamento o per il tramite della fissazione di un termine di intervento) e la successiva decisione della Corte a «rime libere» o «semi-obbligate» o addirittura «solo adeguate».

Ovviamente, tale *trend* pone una serie di interrogativi su cui si soffermano in particolare i contributi di Zanon e Ruotolo, tra cui: *a)* il primo, classico: quale è il limite oltre il quale il Giudice delle leggi non può spingersi?; *b)* il mancato intervento del Parlamento è esso stesso manifestazione della volontà dell'organo e quindi limite per il Giudice delle leggi¹⁴?

Emerge dai contributi un quadro composito e complesso, non ancora definitivamente stabilizzato, passibile di mutamenti ancora *in fieri*, ma con una linea di tendenza che appare in qualche modo individuabile. È come se la Corte avesse ormai percepito i rischi di slabbramento del tessuto istituzionale italiano, sia sul versante interno, sia sul versante dei rapporti europei, e stia cercando – ancora andando un po' a tentoni – le strade per rimettere ordine. Va sicuramente in questa direzione la ridefinizione dei rapporti tra giudice europeo (in primo luogo, Corte di Giustizia), giudici nazionali e Corte costituzionale: il processo di costruzione euro-

conforme si rinvia a G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in questo volume, pp. 240 ss.

¹⁴ Ad alcune di queste domande rispondono, prendendo apparentemente una diversa posizione, Nicolò Zanon (*I rapporti tra Corte costituzionale e legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*) e Marco Ruotolo (*Oltre le "rime obbligate"?*), in questo volume, rispettivamente pp. 155 ss. e pp. 117 ss.

pea può e deve andare avanti, ma non può essere abbandonato a processi decentrati e incontrollati: l'unificazione politica europea, il *federalizing process* europeo è un processo altamente politico, che va governato dalla politica – nelle sue diverse sedi e manifestazioni: Parlamento europeo, Consiglio europeo, Commissione – e non va lasciato a processi estemporanei, pur culturalmente importanti, quali quelli che sono andati sotto il nome dell'“Europa delle Regioni” o dell'“Europa dei giudici”. D'altra parte, tutta la costruzione europea si basa sull'esistenza di tradizioni costituzionali comuni, pur nel rispetto delle identità nazionali: è un dialogo difficile, delicato, impegnativo, che – pur nel riconoscimento che i giudici nazionali sono i primi giudici europei – non può che avere alla base un'attitudine attiva e propositiva delle Corti costituzionali e Supreme dei 27 Stati membri. In una situazione in cui i nostri regimi democratici, liberali, sociali sono sotto attacco in un mondo in cui la globalizzazione non gioca più a favore dell'Europa, in cui il rapporto tra formazione del consenso e istituzioni politiche è controllato pericolosamente dai grandi padroni delle rete, in cui il modello di economia sociale di mercato è aggredito, da un lato, da modelli fortemente competitivi, dall'altro da modelli autoritari, non è pensabile che il dialogo per la costruzione e l'attuazione delle tradizioni costituzionali comuni avvenga in maniera incontrollata, senza affidare un ruolo precipuo proprio a quei soggetti che, nella tradizione europea, hanno svolto – con una certa qual soddisfazione – il ruolo di custodi della Costituzione, sempre che siano in grado di comprendere che ad essi è ormai richiesto di accettare la trasformazione da custodi di Costituzioni nazionali a custodi di una tradizione e di principi costituzionali alla comune casa europea.

Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni

1

La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti

di *Filippo Donati*

Sommario

1. Premessa. – 2. Problemi aperti. – 3. La concorrenza tra standard di tutela dei diritti fondamentali: i criteri della Corte di Giustizia. – 4. (*Segue*): la giurisprudenza costituzionale. – 5. Doppia pregiudizialità e effetti diretti delle norme dell'Unione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nei rapporti con le altre Corti europee, la Corte costituzionale ha rivendicato con forza il proprio ruolo di garante dei principi fondamentali della nostra Costituzione.

Tre sono i filoni giurisprudenziali dai quali più chiaramente emerge questa tendenza.

Il primo è quello collegato alla tematica dei “controlimiti”, di cui sono espressione, in Italia, le due pronunce della Corte costituzionale nel notissimo caso “Taricco”¹ nonché la recente ordinanza di rinvio *ex art. 267 TFUE* alla Corte di Giustizia, in materia di “diritto al silenzio” nei procedimenti amministrativi di natura sostanzialmente penale². In Germania è altrettanto nota la decisione del 5 maggio 2020, con cui *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto illegittime le decisioni della Banca centrale europea e della Corte di Giustizia con riguardo al piano di acquisti di titoli di debito pubblico degli Stati membri³.

Il secondo filone è quello collegato ai rapporti con la Corte europea dei diritti dell’uomo. La Corte costituzionale, nella sent. n. 49/2015, non solo ha prospettato una “superiorità assiologica” della Costituzione sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), ma ha anche affermato che l’interpretazione della CEDU, fornita dalla Corte EDU, è vincolante per i giudici italiani soltanto se resa in una sentenza pilota pronunciata nei confronti dell’Italia, ovvero se è espressione di una giurisprudenza consolidata.

Il terzo filone è quello collegato ai rapporti tra i sistemi di tutela dei diritti offerti dal nostro ordinamento e dal diritto dell’Unione nei casi di “doppia pregiudizialità”. La Corte, a partire dalla sent. n. 269/2017, ha affermato la propria competenza a decidere in via prioritaria (prima che la Corte di Giustizia possa essere coinvolta mediante rinvio di interpretazione o validità *ex art. 267 TFUE*) sulle questioni che riguardano leggi, rientranti nell’ambito di applicazione del diritto europeo, ritenute lesive di un diritto della persona garantito sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE).

Di seguito mi occuperò solo di questo terzo aspetto. Cercherò, attraverso un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale, di individuare i criteri che potrebbero orientare i giudici, in presenza di un caso di “doppia pregiudizialità”, per risolvere i problemi derivanti dalla concorrenza di diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali⁴.

¹ Corte cost., ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018.

² Corte cost., ord. n. 117/2019.

³ Il BVerfG, con provvedimento del 18 luglio 2017, ha chiesto alla Corte di Giustizia di stabilire se la Banca centrale europea, con l’approvazione del PSPP (*Public Sector Purchase Programme*) il 4 marzo 2015 e le sue successive modifiche, abbia violato il divieto di finanziamento monetario *ex art. 123 TFUE* e leso la sfera di sovranità di cui gli Stati membri dispongono con riguardo alle scelte di politica economica e di bilancio. La Corte di Giustizia, 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000, ha escluso profili di contrasto del PSPP con il diritto dell’Unione europea.

⁴ In argomento cfr. *amplius*, eventualmente, F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fon-*

2. Problemi aperti

La Corte costituzionale, nell'ormai famoso *obiter dictum* contenuto nella sent. n. 269/2017, ha affermato che, quando una disposizione interna viola un diritto fondamentale protetto sia dalla Costituzione sia dalla CDFUE, il giudice comune è tenuto a sollevare in via prioritaria la questione di legittimità costituzionale.

L'obbligo di ricorrere in via prioritaria alla questione di costituzionalità, ha ulteriormente precisato la Corte, non impedisce ai giudici comuni di effettuare un rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di validità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, e neppure di “di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione”⁵. Il rinvio alla Corte costituzionale, che nella sent. n. 269/2017 pareva configurato come obbligatorio in presenza di una doppia pregiudizialità, nella giurisprudenza successiva è divenuto una facoltà del giudice. La Corte ha infatti precisato che la concorrenza tra le garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle offerte dalla Costituzione “arricchisce gli strumenti di tutela e, per definizione, esclude ogni preclusione”⁶.

La giurisprudenza appena brevemente richiamata solleva due interrogativi.

Il primo attiene all'individuazione dei criteri cui debba attenersi il giudice in caso di doppia pregiudizialità: quando sollevare la questione di legittimità costituzionale e quando invece utilizzare il rinvio *ex art.* 267 TFUE? Quando sia con la Costituzione procedere alla non applicazione della legge in contrasto con una norma dell'Unione produttiva di effetti diretti?

Il secondo interrogativo attiene, invece, allo standard di tutela applicabile nel caso di concorrenza tra sistemi di protezione dei diritti fondamentali. La Corte costituzionale, infatti, si è riservata di giudicare “alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt.* 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti, garantiti dalla (...) Carta dei diritti, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come

damentali, in *federalismi.it*, 29 aprile 2020, cui rinvio per riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

⁵ Corte cost., sent. n. 269/2017, par. 5.2 del considerato in diritto.

⁶ Sent. n. 20/2019: cfr. altresì le sentt. nn. 63/2019 e 112/2019.

fonti rilevanti in tale ambito”⁷. Una affermazione del genere, però, lascia aperto il problema di quali siano i criteri per scegliere, nel singolo caso concreto, quando applicare l’uno o l’altro *standard* di tutela dei diritti.

3. *La concorrenza tra standard di tutela dei diritti fondamentali: i criteri della Corte di Giustizia*

La Corte costituzionale, nel più volte richiamato *obiter dictum* della sent. n. 269/2017, ha dato ampio rilievo alle sentenze rese dalla Corte di Giustizia nei casi *Melki*⁸ e *A c. B*⁹.

Nei suddetti casi, il meccanismo prioritario di costituzionalità non ha trovato concreta applicazione. La Corte di Giustizia ha, infatti, chiarito che le norme interne si ponevano in contrasto con disposizioni dell’Unione produttive di effetti diretti. Conseguentemente, i giudici *a quibus* hanno risolto la questione disapplicando la norma interna, senza sollevarne la questione di costituzionalità.

La Corte di Lussemburgo ha comunque ritenuto, in astratto, che un meccanismo prioritario di costituzionalità sia compatibile con il diritto dell’Unione, a determinate condizioni.

In primo luogo, un meccanismo del genere non può trovare applicazione quando la legge si limita a trasporre disposizioni imperative del diritto dell’Unione. Una conclusione del genere richiama, per certi aspetti, quell’insegnamento della Corte costituzionale che considera inammissibile il *referendum* sulle “leggi a contenuto costituzionalmente vincolato”, la cui abrogazione comporterebbe indirettamente un *vulnus* alla costituzione¹⁰.

In secondo luogo, la questione prioritaria di costituzionalità non deve limitare la possibilità dei giudici di utilizzare, in ogni stato e grado del giudizio, il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, di applicare misure provvisorie volte a tutelare i diritti conferiti ai singoli dall’ordinamento comunitario e di provvedere, al termine del giudizio di costituzionalità, alla disapplicazione della norma interna eventualmente in contrasto con il diritto dell’Unione produttivo di effetti diretti.

In terzo luogo, nelle richiamate sentenze *Melki* e *A c. B*, per l’indivi-

⁷ Sent. n. 269/2017, par.5.2 del considerato in diritto.

⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*.

⁹ Corte di Giustizia, sez. V, sent. 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A contro B e altri*.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 16/1978, che distingue tra “leggi a contenuto costituzionalmente vincolato” (escluse dal *referendum*) e “leggi costituzionalmente necessarie”, su cui il *referendum* è invece ammissibile.

duazione dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali applicabile nei casi di doppia pregiudizialità la Corte di Giustizia ha rinviato ai criteri definiti in *Melloni*¹¹ e *Akerberg Fransson*¹².

Secondo la giurisprudenza *Melloni*, infatti, nei settori in cui il diritto dell'Unione opera un'armonizzazione totale, attraverso regole che non lasciano alcun significativo margine di discrezionalità nella loro attuazione, gli Stati membri debbono applicare lo *standard* di tutela dei diritti previsto dalla CDFUE, anche se inferiore a quello offerto dall'ordinamento nazionale. Rimettere a ciascuno Stato la possibilità di applicare il proprio *standard* di tutela dei diritti, infatti, rischierebbe di pregiudicare i principi del primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione.

Fuori da questi casi, invece, il diritto dell'Unione consente una forte apertura alle specificità dei sistemi nazionali di tutela dei diritti. Come chiarito in *Akerberg Fransson*, nei settori in cui opera il diritto dell'Unione ma gli Stati membri conservano un margine di intervento autonomo¹³, è possibile applicare *standard* nazionali di tutela, a condizione che non siano inferiori a quelli previsti dalla CDFUE e, in ogni caso, siano salvaguardati i principi dettati dalla Corte di Giustizia in ordine ai rapporti tra fonti interne e fonti dell'unione. Nella sentenza *A c. B* la Corte di Lussemburgo ha precisato che “quando il diritto dell'Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'attuazione di un atto di diritto dell'Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l'applicazione degli *standard* nazionali 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”.

In definitiva, nei settori totalmente armonizzati la CDFUE rappresenta l'unico parametro applicabile per la tutela dei diritti fondamentali, salva ovviamente l'ipotesi in cui la stessa non sia sufficiente ad impedire la violazione di un “controlimite”. Nei settori non completamente armonizzati, invece, operano i sistemi nazionali di tutela dei diritti, ferma restando la necessità di garantire la tutela minima offerta dalla CDFUE, se superiore a quella offerta dalla Costituzione, e l'osservanza dei principi del primato, unità e effettività del diritto dell'Unione.

¹¹ Corte di Giustizia, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

¹² Corte di Giustizia, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagen c. Hans Åkerberg Fransson*.

¹³ Ciò avviene, ad esempio, quando una decisione quadro o una direttiva fissa gli obiettivi, lasciando agli Stati membri la scelta di come realizzarli, ovvero quando gli Stati membri invocano deroghe alle norme dell'Unione in ragione di motivi di interesse generale, ancorché produttive di effetti diretti.

4. (Segue): *la giurisprudenza costituzionale*

I criteri sopra richiamati sono stati, di fatto, seguiti anche dalla nostra giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale ha innanzitutto chiarito, in linea con le indicazioni del giudice europeo, che la CDFUE è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali che non opera oltre le competenze dell'Unione. L'applicazione della CDFUE, ha precisato la Corte, presuppone "che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice 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"¹⁴.

Quando, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sono emersi casi di doppia pregiudizialità, il giudizio prioritario di costituzionalità, fino ad oggi, è stato esercitato solo in settori non completamente armonizzati. In questo filone si possono collocare, ad esempio, le questioni decise dalla Corte costituzionale con le sent. n. 20/2019, in materia di riservatezza dei dati reddituali dei dirigenti pubblici, n. 63/2019, sull'applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* con riguardo alle sanzioni amministrative di natura "punitiva", e n. 112/2019, sulla confisca per equivalente. In tutti questi casi, la norma interna oggetto del giudizio era frutto di una valutazione autonoma del nostro legislatore. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, il diritto dell'Unione europea ha rimesso alle autorità di ciascuno Stato membro il bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardare la segretezza dei dati personali e quella di assicurare la trasparenza dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni¹⁵. Analogamente, il diritto dell'Unione lascia agli Stati membri il compito di valutare se, nei singoli casi, la deroga all'applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* rispetto alle sanzioni amministrative di natura "sostanzialmente penale", possa essere giustificata dall'esigenza di perseguire interessi meritevoli di tutela. Infine, nei casi di abuso di mercato, il diritto dell'Unione si limita ad imporre l'obbligo di restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione¹⁶, e non richie-

¹⁴ Corte cost., sentt. nn. 80/2011 e 60/2016.

¹⁵ Corte di Giustizia, sent. 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, *Österreichischer Rundfunk*.

¹⁶ Cfr. l'art. 30, paragrafo 2, lettera b) del 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.

de invece la confisca per equivalente dell'intero prodotto dell'illecito, come ha fatto la normativa dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

In nessuno dei casi appena richiamati, dunque, l'annullamento della norma censurata ha compromesso i principi del primato, unità e effettività del diritto dell'Unione.

Il sindacato prioritario di costituzionalità, invece, non può operare quando la legge, in ipotesi lesiva di un diritto fondamentale garantito sia dalla Costituzione sia dalla CDFUE, sia "comunitariamente imposta". È questo il caso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* effettuato dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 117/2019.

La questione riguardava l'art. 187-*quinquiesdecies* del TIF, che punisce chi si rifiuti di rispondere a domande da cui potrebbe emergere la propria responsabilità nell'ambito di procedimenti sanzionatori di natura "punitiva", avviati dalla Commissione nazionale per le società e la borsa. La disposizione appare lesiva del diritto di difesa garantito sia dalla Costituzione (artt. 24 e 111), sia dalla CDFUE (artt. 47 e 48). A differenza di quanto è accaduto nei casi in cui è stata attivata la questione prioritaria di costituzionalità, tuttavia, la disciplina impugnata costituisce attuazione di un obbligo imposto sia dalla direttiva 2002/6/CE, applicabile *ratione temporis*, sia dal Regolamento (CE) n. 596/2014, che ha abrogato detta direttiva.

La Corte costituzionale, una volta investita della questione, con ord. n. 117/2019 ha attivato il rinvio *ex art. 267 TFUE*, sul rilievo che una eventuale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TIF "rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione". Nel procedere in tal senso, peraltro, la Corte ha evidenziato che il diritto al silenzio nei procedimenti punitivi costituisce espressione del fondamentale diritto di difesa, con ciò chiaramente riservandosi il ricorso alla nota teoria dei "controlimiti", laddove la risposta del giudice di Lussemburgo non fosse soddisfacente.

5. Doppia pregiudizialità e effetti diretti delle norme dell'Unione

Le osservazioni sopra svolte, lasciano aperto un interrogativo.

Quando la norma interna, lesiva di un diritto fondamentale garantito sia dalla Costituzione sia dalla CDFUE, sia "comunitariamente vincolata", non può operare il meccanismo prioritario di costituzionalità, perché l'annullamento della norma interna finirebbe indirettamente per violare la corrispondente norma dell'Unione. In casi del genere, il giudice dovrebbe effettuare un rinvio *ex art. 267 TFUE*, per chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla validità o l'interpretazione della norma dell'Unione