



Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento

DI SAMUELE BARBIERI*

Sommario: 1. Introduzione: la sentenza n. 269 del 2017. – 2. Il “modello 269 temperato”. – 3. *Segue*: la portata derogatoria del modello e la sua capacità espansiva. – 4. Gli ultimi episodi: l’ordinanza n. 182 del 2020 e la sentenza n. 254 del 2020. – 5. Doppia pregiudiziale e discrezionalità del giudice comune. – 6. La Corte costituzionale tra Francia ed Austria: la discrezionalità del giudice come risposta a *Melki* e *A c. B.* – 7. Discrezionalità limitata? Il dilemma tra criteri-guida e libera scelta del giudice. – 8. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: la sentenza n. 269 del 2017

Cosa è rimasto della sentenza n. 269/2017¹? Oppure – qualcuno potrebbe maliziosamente chiedersi – cosa rimane da dire? Questa è la domanda che viene da porsi leggendo la quantità di scritti che hanno analizzato, persino nelle virgole, l’*obiter dictum* della pronuncia². Viene da

* Dottorando di ricerca in Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali dell’Università degli Studi di Ferrara.

¹ Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269.

² *Ibidem*, punto 5.2 *considerato in diritto*. La vicenda dell’*obiter dictum* e delle successive prese di posizione della Corte costituzionale ha dato origine ad un folto dibattito in dottrina: C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, www.forumcostituzionale.it; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura, ibidem*; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2018, n.1, p. 280 ss., www.diritticomparati.it; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto ininterrottivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, www.forumcostituzionale.it; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficacia diretta?*, in *Osservatorio Europeo*, 2017, www.dirittounioneuropea.eu; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi passando per la Ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it; 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*, 2018, n. 3, www.federalismi.it; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, www.forumcostituzionale.it; G. MARTINICO,

chiedersi cosa rimane, soprattutto, di quel dibattito che ha visto opporsi coloro che hanno esultato per un moto di vitalità della Corte costituzionale e quelli che, nelle opposte fila, denunciavano il rischio di uno scontro aperto con la Corte di giustizia. Cosa rimane, ancor di più, all'esito delle successive "limature"³ che sono intervenute su quell'*obiter* da parte della Consulta?

La Corte costituzionale compiva un nuovo passo del suo "cammino comunitario"⁴, sostenendo che nei casi di c.d. *doppia pregiudizialità*⁵, laddove la norma nazionale violi al contempo un diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione sia dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (di seguito "CdfUe"), il giudice comune dovesse sollevare in via prioritaria un incidente di legittimità costituzionale, anche nell'ipotesi di diretta efficacia della norma europea. Una «*precisazione* [che] si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali [dopo il Trattato di Lisbona]» (enfasi aggiunta), in quanto la CdfUe ha assunto «lo stesso valore giuridico dei trattati»⁶ e – in ragione del suo «*contenuto di impronta tipicamente costituzionale*» (enfasi aggiunta) – i principi e i diritti ivi elencati intersecano in larga misura le disposizioni della Costituzione. Ne consegue che il giudice comune tramite la disapplicazione realizza quel «l'inammissibile sindacato diffuso» che la Consulta identifica come una (la) minaccia al sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi previsto nell'art. 134 Cost.⁷. Inoltre è la violazione stessa dei diritti della persona che esige il più opportuno intervento realizzato da una sentenza di incostituzionalità, che con i suoi effetti *erga omnes* trascende il singolo caso per garantire certezza del diritto e tutela uniforme dei diritti fondamentali.

G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *EuConst*, 2019, p. 731 ss.; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, 2019, www.aisdue.eu; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE*, 2019, p. 9 ss.; F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, *ibidem*, 2019, p. 261 ss.; ID., *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 3, p. 1 ss., www.federalismi.it; S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, *ibidem*, p. 37 ss. B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, in corso di pubblicazione.

³ Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20; 20 febbraio 2019, n. 63; 6 marzo 2019, n. 112; 6 marzo 2019, n. 117.

⁴ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2406 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra ordinamenti, v. su tutti G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, p. 195 ss.

⁵ Si veda, *ex multis*, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, p. 222 ss.; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista Aic*, 2014, n. 3, www.rivistaaic.it; F. SPITALERI, *Doppia pregiudiziale e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2019, p. 729 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, spec. p. 184 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il Rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 289 ss.

⁶ Così l'art. 6, par. 1 TUE. CdfUe veniva proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, ricorrendo, dunque, nel 2020 i vent'anni dalla sua esistenza. Ricorda la genesi e le principali questioni della CdfUe B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici*, *cit.*

⁷ Sul rilievo che il sindacato accentrato di costituzionalità della legge (art. 134 Cost.) riveste nel ragionamento della Corte quale tratto identitario dell'ordinamento italiano, si veda G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 11, www.federalismi.it, spec. p. 14 ss.

Il cambio di passo è evidente dato che la giurisprudenza costituzionale qualificava costantemente la questione comunitaria quale «*prius* logico e giuridico»⁸, tale per cui il giudice era obbligato a delibare preliminarmente i profili di compatibilità comunitaria della norma nazionale. In assenza di tale passaggio – imposto dalla stessa Corte costituzionale – la questione di legittimità veniva dichiarata *inammissibile* per difetto del requisito della *rilevanza*⁹.

Quella che sin da subito si definì come “l’inversione della doppia pregiudiziale”¹⁰ è stata oggetto di due diverse letture da parte della dottrina: in primo luogo, un tentativo della Consulta per contrastare la crisi dell’incidentalità¹¹ e la progressiva marginalizzazione dal dialogo sui diritti fondamentali tra giudice comune e Corte di giustizia; in secondo luogo, è stato sottolineato come la vicinanza temporale e il richiamo alla sentenza della Corte di giustizia *M.A.S. e M.B.*¹² suggeriscano che la Corte costituzionale tenterebbe – imponendo al giudice comune di portare al suo scrutinio ogni caso di doppia pregiudiziale – di rilevare sin da subito la violazione di un principio indefettibile dell’ordinamento (*controlimite*)¹³, al fine di portare

⁸ Corte cost., 4 luglio 2007, n. 284. V. anche l’ordinanza del 1° aprile 2009, n. 100; 7 febbraio 2017, n. 48.

⁹ La sentenza *Granital* (Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170) aveva riservato al sindacato della Consulta due casi: a) il contrasto tra norma interna e norma comunitaria non direttamente efficace; b) i *controlimiti* (v. Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 182. V. *infra* nota 13). 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, www.osservatoriosullefonti.it, spec. pp. 11-12, sottolinea come la premessa logica e giuridica del “nuovo corso” vada individuata nell’uso da parte della Consulta del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), dopo averne negato la possibilità per lungo tempo (v. Corte cost., 15 dicembre 1995, n. 536). Solo con l’ordinanza del 13 febbraio 2008, n. 103 (nei giudizi in via principale) e con l’ordinanza del 3 luglio 2013, n. 207 (nei giudizi in via incidentale), la Corte costituzionale si è aperta al “dialogo diretto” (v. sul punto S. SCIARRA, G. NICASTRO, *A New Conversations: Preliminary References from the Italian Constitutional Court*, in *MJ*, 2016, p. 195 ss.). Del resto, altri giudici costituzionali si sono determinati solo recentemente a fare uso dello strumento pregiudiziale e i motivi possono essere ricondotti o ad un fattore di tipo “istituzionale”, legati alla struttura della giustizia costituzionale dello Stato membro nonché alla configurazione dei rapporti tra ordinamenti, o ad un atteggiamento di avversione teso a riconoscere nel rinvio pregiudiziale una logica di subordinazione piuttosto che di cooperazione (in questo senso, v. J.H.H WEILER, *Editorial: Judicial Ego*, in *ICON*, 2011, p. 1 ss.). Sul dialogo tra Corte di giustizia e giudici costituzionali tramite l’art. 267 TFUE, v. M. CARTABIA, “*Taking Dialogue Seriously*”, *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper, 12/07; M. CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *GLJ*, 2015, p. 1331 ss.; ID., *The Validity and Primacy of EU Law and the “Cooperative Relationship” between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *MJ*, 2016, p. 151 ss.

¹⁰ Cfr. 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, www.forumcostituzionale.it.

¹¹ *Ibidem*, p. 4. V. anche A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, www.rivistaaic.it; A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *SIE*, 2018, p. 29 ss.

¹² Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936. Sulla celebre “Saga Taricco”, v. A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017 e C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “Saga Taricco”*, Milano, 2018. Si veda inoltre U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2020, p. 524 ss. nonché P. MENGOSI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco*, in *SIE*, 2020, p. 9 ss.

¹³ Si veda, *ex multis*, G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *SIE*, 2009, p. 23 ss.; U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, *ibidem*, 2017, p. 489 ss.; A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, p. VII ss., spec. VIII-LXI; J.-P. JACQUÉ, *La Cour de justice de l’Unione européenne e la théorie des «contre limites»*, p. 3 ss.; A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, p. 19 ss.; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, p. 45 ss.; tutti in A. BERNARDI

all'attenzione della Corte di giustizia, tramite il dialogo pregiudiziale, le specificità dell'ordinamento costituzionale¹⁴.

Per quanto riguarda la posizione del giudice comune, l'*obiter* – nel tentativo di conciliare il nuovo corso con la giurisprudenza della Corte di giustizia – richiamava *Melki*¹⁵ e *A c. B*¹⁶, ma «con una evidente *interpolazione*»¹⁷. Il giudice rimane comunque libero: a) *in qualunque fase del procedimento*, anche al termine del giudizio incidentale di costituzionalità, di sottoporre alla Corte di giustizia *qualsiasi questione pregiudiziale* che ritenga necessaria; b) di assumere qualsiasi *misura necessaria tesa a tutelare in via provvisoria i diritti conferiti dal diritto dell'Unione*; c) di *disapplicare*, al termine del procedimento incidentale di costituzionalità, la norma nazionale qualora la ritenga contraria al diritto dell'Unione, ma solo «*per altri profili*». Il rischio insito in tale ultima locuzione era quello di veder materializzato un giudicato costituzionale sulla violazione del diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione che dalla CdfUe, preclusivo di qualsiasi possibilità di esame dei profili di compatibilità comunitaria e, dunque, della stessa opportunità del giudice di interrogare la Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione¹⁸.

Nelle pagine che seguono, si analizzeranno le due “linee d'intervento” che la Consulta ha seguito per mitigare gli effetti dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017: da un lato, il venir meno dell'obbligo per il giudice comune del previo coinvolgimento della Consulta nei casi di doppia pregiudiziale, che è diventato mera opportunità, con connessa possibilità di procedere al rinvio pregiudiziale e alla disapplicazione anche al termine dell'incidente di costituzionalità, anche sui medesimi profili (par. 2); dall'altro lato, l'estensione del sindacato della Corte costituzionale oltre che nella CdfUe, su norme di diritto derivato (par. 3). Dopo aver analizzato gli ultimi episodi del “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale, cioè l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 182/2020 e la sentenza n. 254/2020 (par. 4), si sostiene che il dato saliente è rappresentato dalla discrezionalità del giudice (par. 5): se da una parte questo permette di interpretare in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia il “modello” (par. 6), dall'altra si pone la questione se, e in che misura, sia necessario porre criteri che fungano da

(a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017. Ancora, si vedano le riflessioni di U. VILLANI, *I diritti fondamentali nel dialogo tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 39 ss.

¹⁴ Sul rapporto tra la sent. n. 269/2017 e la dottrina dei controlimiti, v. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 1, p. 159 ss., www.rivistaaic.it; Id., *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *ELJ*, 2019, p. 434 ss., spec. p. 452 ss. Similmente v. G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., p. 9; C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *La Legislazione penale*, 2019, www.lalegislazionepenale.eu; 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, n. 13, www.federalismi.it.

¹⁵ Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363.

¹⁶ Corte giust., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B*, ECLI:EU:C:2014:2195. La sentenza del *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale austriaca) alla base della vicenda viene richiamata esplicitamente dalla Consulta nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017: «in senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione». Su tale sentenza, v. *infra* nota 86.

¹⁷ C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, cit., p. 5.

¹⁸ *Contra* G. SCIACCA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2, p. 3, www.rivistaaic.it.

guida per un giudice che esce rafforzato, e non indebolito, dall'intervento della Consulta (par. 7).

2. Il “modello 269 temperato”

La Corte costituzionale ha precisato il proprio cambio di passo con successivi interventi chiarificatori, dando vita ad un nuovo assetto relazionale tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudice comune – definito come “modello 269 temperato”¹⁹ – il quale si sostanzia in una *configurazione binaria* o *duale* dei rapporti tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione europea. In particolare, qualora il parametro europeo sia rappresentato da una disposizione della CdfUe – a prescindere dalla sua natura direttamente efficace – il giudice può scegliere di investire per prima indistintamente la Corte costituzionale o la Corte di giustizia²⁰. Al di fuori di questa eccezione, le ipotesi di conflitto tra norma nazionale ed europea devono essere risolti alla luce della sentenza *Granital* e dunque il giudice è obbligato a tenere fermo l'ordine “classico” delle questioni, dando precedenza a quella comunitaria, con la conseguenza che deve disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma di diritto UE provvista di effetti diretti, utilizzando, in caso di dubbio, il rinvio pregiudiziale.

Il primo “temperamento” dell'ambiguo *obiter dictum* si sostanzia nell'opportunità per il giudice (e non più l'obbligo) di investire prioritariamente la Consulta. In altre parole, il giudice non è più obbligato a delibare preliminarmente la questione di compatibilità comunitaria, ma – nel quadro di un concorso di rimedi giurisdizionali che per sua natura «esclude ogni preclusione»²¹ – può anche sollevare una questione di legittimità costituzionale senza vederla dichiarata inammissibile²². Ciò non deve indurre a pensare che la Corte costituzionale non ritenga comunque opportuno e, anzi, altamente consigliato un suo previo coinvolgimento. Del resto, nella sentenza n. 20/2019 si menziona esplicitamente la prerogativa della “prima parola” in materia di diritti fondamentali, seppur giunta a doppio filo alla «volontà esplicita del giudice»²³ di interpellarla.

A questa precisazione si aggiunge che la Consulta ha riconosciuto apertamente la possibilità per il giudice comune di disapplicare la norma nazionale e di procedere al rinvio pregiudiziale, anche all'esito del giudizio di costituzionalità e per *qualsiasi profilo*, eliminando definitivamente l'interpolazione delle condizioni poste da *Melki e A. c. B.*²⁴. La sentenza n.

¹⁹ Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, cit.

²⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, p. 493 ss., www.europeanpapers.eu.

²¹ Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20, cit., punto 2.3 *considerato in diritto*.

²² C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, cit., p. 10 ove l'A. parla di «estensione del sindacato di costituzionalità, con un ampliamento delle maglie della rilevanza della questione e, quindi, della sua ammissibilità».

²³ Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20, cit., punto 2.3 *considerato in diritto* e 20 febbraio 2019, n. 63, punto 4.1 *considerato in diritto*.

²⁴ Tali profili critici vennero denunciati dalla Cassazione in una delle sue prime reazioni, (ordinanza n. 54, in GU n. 14 del 14 marzo 2018, *Bolognesi*), definita come un «atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza» verso la Consulta, così L. S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 16, www.federalismi.it, spec. p. 8. Da tale ordinanza originano la sentenza della Corte costituzionale del 6 marzo 2019, n. 112 e l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117 del 2019 (con risposta recentemente pervenuta dai giudici di Lussemburgo: Corte giust., 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *DB c. Consob*, ECLI:EU:C:2021:84). Nelle more della pubblicazione, il ciclo originato dall'ordinanza di rimessione della Suprema Corte di cassazione si è concluso con la sentenza della Corte costituzionale (v. Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84). Sulle reazioni della giurisprudenza di legittimità a seguito della sentenza n. 269/2017, v. anche A. COSENTINO, *La Carta d Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la*

20/2019 chiarisce che «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*»²⁵ (enfasi aggiunta). Nella successiva sentenza n. 63/2019 anche il rapporto tra remissione e disapplicazione viene precisato: resta fermo «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 – di *non applicare* [...] *la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta*» (enfasi aggiunta)²⁶. Il chiarimento diventa ancora più marcato nell'ordinanza n. 117/2019, laddove il “potere” diventa il «*dovere* [...] *di non applicare*» (enfasi aggiunta)²⁷.

3. Segue: la portata derogatoria del modello e la sua capacità espansiva

Nel nuovo corso, la Consulta fa proprio un *criterio assiologico-sostanziale*²⁸: il “contenuto di impronta tipicamente costituzionale” della CdfUe attrae nel sindacato della Corte – come parametro del giudizio di costituzionalità per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma Cost. – ogni sua norma a prescindere dalla diretta efficacia, data la sovrapponibilità tra il parametro costituzionale e quello della CdfUe²⁹. Tuttavia, la premessa del cambio di passo sembra essere stata ulteriormente precisata in senso espansivo in quanto la Consulta si è ritenuta competente a rispondere anche nei casi in cui il parametro europeo sia rappresentato non *direttamente* da una norma della CdfUe ma da una norma di una direttiva che ne concretizza il contenuto o rappresenta il modello. Dalla prospettiva del giudice delle leggi si potrebbe affermare che tale ulteriore precisazione altro non rappresenta che l'inevitabile piena manifestazione del *criterio assiologico-sostanziale*, tale per cui il sindacato della Consulta è “attivato” su questioni i cui parametri europei abbiano natura costituzionale, nulla rilevando se essi siano direttamente efficaci e se si trovino “dentro” la CdfUe o in atti di diritto derivato *connessi* con essa.

Nella sentenza n. 20/2019, il TAR del Lazio riteneva che l'art. 14, commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 – equiparando i dirigenti pubblici ai titolari di incarichi politici ai fini degli obblighi di trasparenza sulla pubblicazione di dati personali e patrimoniali – violasse al contempo disposizioni costituzionali (artt. 2, 3 e 13 Cost.) e – per il tramite dell'art. 117, primo comma Cost. – gli artt. 7, 8 e 52 CdfUe e gli artt. 6, par. 1, lett. c) e 7, lett. c) ed e)

sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, 2018, www.questionegiustizia.it.

²⁵ Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20, *cit.*, punto 2.3 *considerato in diritto*.

²⁶ Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63, *cit.*, punto 4.3 *considerato in diritto*. Per un commento, v. G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 2019, www.aisdue.eu.

²⁷ Corte cost., 6 marzo 2019, n. 117, *cit.*, punto 2 *considerato in diritto*.

²⁸ Cfr. 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, n. 3, p. 234 ss., www.diritticomparati.it.

²⁹ Parla di “*lex specialis*”, in quanto il nuovo corso è limitato a norme della CdfUe o a quelle partecipanti della sua natura costituzionale, D. GALLO, *Challenging EU constitutional law*, *cit.* Sulla stessa linea C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, *cit.*, pp. 13-14. B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici*, *cit.*, parla invece di «più che una deroga, è un mutamento di prospettiva».

della direttiva 95/46/CE³⁰ (oggi abrogata dal regolamento “GDPR” 2016/679³¹), non rispettando il principio di proporzionalità, di pertinenza e non eccedenza stabilito dalla direttiva³². La Consulta trattiene la questione³³ in quanto «i principi previsti dalla direttiva si presentano, infatti, in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE» poiché «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, come espresso nelle Spiegazioni...» (enfasi aggiunta)³⁴.

Nella sentenza n. 11/2020³⁵ la Consulta ritorna sulla doppia pregiudiziale. L’art. 8, primo comma, lett. c) della l. 8 novembre 1991, n. 362³⁶ estende la causa di incompatibilità tra lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa pubblica o privata e l’essere titolari o gestori di farmacie, oltre che a persone fisiche e soci di società di persone, anche ai soci di società di capitali sprovvisti di compiti gestori e/o decisionali. In una controversia tra una società che chiedeva la rimozione della causa di incompatibilità e la propria socia, incompatibile in quanto docente universitaria, il Collegio arbitrale remittente dubitava della legittimità costituzionale della norma ed invocava – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma Cost. – anche gli articoli 49 TFUE (libertà di stabilimento) e 16 CdfUE (libertà di impresa)³⁷.

Per quanto la fattispecie fosse una situazione puramente interna³⁸ e come tale non disciplinata dalle norme di diritto dell’Unione europea invocate³⁹, va notato che nel punto 3.4

³⁰ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, p. 31).

³¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU L 119, p. 1).

³² Sulla sentenza, *ex multis*, v. A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euorunitario e diritto interno, con una pronuncia in chiaro scuro (a prima lettura di Corte Cost. sentenza n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, p. 113 ss., www.giurcost.org; O. POLLICINO, G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog*, 2019, www.verfassungsblog.de; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento alla Corte di giustizia?*, 2019, www.questionegiustizia.it.

³³ La questione di legittimità costituzionale veniva in realtà sollevata dal giudice amministrativo prima della sentenza n. 269/2017. Tuttavia, le peculiarità del caso potrebbero spiegare i motivi alla base della rimessione (v. nota seguente).

³⁴ Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20, *cit.*, punto 2.1 *considerato in diritto*. Il giudice delle leggi ricorre al parametro costituzionale invocato (art. 3 Cost.) letto alla luce dei principi espressi dalla direttiva, benché la Corte di giustizia abbia riconosciuto la diretta efficacia delle norme richiamate. La sentenza non va drammatizzata in quanto i giudici del Kirchberg in *Österreichischer Rundfunk* (Corte giust., 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2003:294) – pronuncia richiamata sia dal giudice remittente sia dalla Consulta – lascia il bilanciamento richiesto dal principio di proporzionalità tra trasparenza e *privacy* al prudente apprezzamento del giudice comune, il quale ben può devolvere tale operazione al giudice costituzionale, sul punto cfr. D. GALLO, *Challenging EU constitutional law*, *cit.*, pp. 450-451.

³⁵ Corte cost., 9 gennaio 2020, n. 11.

³⁶ Come modificato dall’art. 1, comma 157 della l. 4 agosto 2017, n. 124.

³⁷ In questo caso, la Consulta tratteneva la questione ed interpretava la norma in modo costituzionalmente orientato.

³⁸ R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, *cit.*, p. 499 ss. Su questa pronuncia e sulla successiva sentenza n. 44/2020, v. anche G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2020, n. 2, p. 316 ss., www.forumcostituzionale.it, spec. p. 320 ss. Sulla nozione di situazioni puramente interne, v. L. POTVIN-SOLIS, *Qualification des situations purement internes*, in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d’appréciation du juge national*, Bruxelles, 2015, p. 39 ss.

³⁹ L’ipotesi inversa non sarebbe del resto una semplice espansione del “modello 269 temperato” ma un completo travolgimento di *Granital*.

*considerato in diritto*⁴⁰ la Corte costituzionale ribadisce «che qualora sia lo stesso giudice comune [...] a richiamare come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni», essa non potrà astenersi dal fornire una risposta. Nel caso di specie, «non vi è dubbio che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle citate disposizioni dell'Unione europea interferiscano con il *valore costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata*» (enfasi aggiunta). Convince chi in dottrina ha letto il riferimento da ultimo ricordato come richiamo al solo art. 16 CdfUe, senza alcun coinvolgimento della libertà di stabilimento⁴¹, tuttavia – dato che il “modello” è ancora in costruzione e considerato che l'attenzione sulle sentenze costituzionali in materia di doppia pregiudiziale è quasi maniacale – era lecito aspettarsi una risposta più esplicita nel senso di ribadire che per le norme dei trattati oltre alla CdfUe, come l'art. 49 TFUE – benché nel caso di specie non venisse in rilievo per le ragioni sopra ricordate – rimane ferma la priorità della questione comunitaria.

Nella sentenza n. 44/2020⁴² la Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 22, primo comma, lett. b), della l. della Regione Lombardia, 8 luglio 2016, n. 16, che annoverava tra i requisiti dei beneficiari dei servizi abitativi pubblici la residenza anagrafica o lo svolgimento di attività lavorativa nella regione per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda. Secondo il Tribunale di Milano, la disposizione si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 3, 10, 117, primo comma Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 11 della direttiva 2003/109/CE⁴³, il quale stabilisce il principio di parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro per l'ottenimento dell'alloggio⁴⁴. Sul punto la Regione Lombardia aveva sollevato una eccezione di inammissibilità richiamando il monopolio interpretativo della Corte di giustizia sulla norma invocata; eccezione dichiarata non fondata dalla Consulta, senza alcuna argomentazione, al punto 4 del *considerato in diritto*. La particolarità della sentenza in parola risiede nel fatto che il giudice rimette la questione alla Consulta dopo aver escluso esplicitamente la natura direttamente efficace dell'art. 11 della direttiva 2003/109/CE⁴⁵, seppur con una dubbia interpretazione⁴⁶. Detto in altri termini, da una prospettiva puramente formale, l'operazione del giudice non consiste in una “inversione della doppia pregiudiziale” ma la questione comunitaria viene, seppur erroneamente, deliberata per

⁴⁰ La Corte risponde così all'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura di Stato, con la quale si eccepeva l'invocazione di una norma direttamente efficace dell'Unione.

⁴¹ Di questa opinione R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 501. V. anche C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2020, n. 2, p. 1 ss., www.forumcostituzionale.it, spec. p. 10 ss.

⁴² Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 44.

⁴³ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (GU L 16, p. 44)

⁴⁴ Sotto il profilo del diritto dell'Unione, risulta che il giudice remittente abbia ritenuto l'art. 11 della direttiva in parola non direttamente efficace in quanto al par. 2 stabilisce che la legislazione nazionale possa prevedere deroghe al principio nei casi in cui il soggiornante o il familiare per cui si chiede la prestazione abbiano eletto dimora o risiedano abitualmente nel territorio. Dunque – si potrebbe argomentare – il giudice *a quo* riteneva la norma non direttamente efficace in quanto condizionata ad un possibile intervento derogatorio del legislatore interno.

⁴⁵ V. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 506 ss.

⁴⁶ V. C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”?*, cit., p. 6 e ss.

prima, circostanza che spiega il silenzio della Corte⁴⁷ e la differenza rispetto alle sentenze n. 20/2019 e n. 11/2020.

In conclusione, la sentenza n. 20/2019 costituisce il paradigma dell'espansione verso il diritto derivato, circostanza confermata dall'ordinanza n. 182/2020 che si esaminerà nel prosieguo. Di converso, le sentenze n. 11/2020 e n. 44/2020 sembrano più il sintomo di un disorientamento del giudice comune, il quale deve ancora prendere confidenza con il nuovo assetto di rapporti delineato dalla Consulta: nel primo caso viene erroneamente invocata una norma dei trattati accanto ad un diritto previsto nella CdfUe, mentre nella seconda sentenza si rientra in un classico paradigma *Granital* grazie ad una sbrigativa negazione della diretta efficacia della norma della direttiva da parte del giudice, forse in questo confortato dall'allargamento delle maglie dell'ammissibilità della questione di costituzionalità a seguito dell'attenuamento del requisito della rilevanza.

4. Gli ultimi episodi: l'ordinanza n. 182 del 2020 e la sentenza n. 254 del 2020

Il "modello", dunque, è ancora in costruzione e un nuovo tassello è rappresentato dall'ordinanza n. 182/2020⁴⁸, alla luce della quale è possibile apprezzare sia il ruolo chiave del giudice comune all'esito dei "temperamenti" sia la conferma della tendenza espansiva basata sulla *premessa assiologica* del "nuovo corso".

La Corte di cassazione sez. lav. sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 125, l. 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. *bonus bebè*) e dell'art. 74, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (assegno di maternità) per violazione degli artt. 3, 31 e 117, primo comma Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 20, 21, 24, 33, 34 CdfUe. Come risulta dalle ordinanze di rimessione⁴⁹, in nove casi su dieci la norma nazionale era stata disapplicata per contrasto con l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE⁵⁰, il quale stabilisce il principio della parità di trattamento nei confronti dei cittadini di paesi terzi titolari del permesso unico di lavoro nei settori della sicurezza sociale; circostanza questa non verificatasi nella controversia relativa all'assegno di maternità, in quanto radicata prima della scadenza del termine di recepimento

⁴⁷ *Ibidem*, p. 9 ss. sulle possibili ragioni giustificatrici che hanno portato la Consulta a trattenere la questione. Tuttavia vale la pena interrogarsi se un ruolo la Consulta avrebbe potuto averlo, nel senso di interrogare essa stessa la Corte di giustizia per verificare la natura direttamente efficace o meno della norma europea considerata dal giudice remittente o comunque per ottenere l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione, ipotesi anzitempo argomentata da M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune*, cit. e F. GHERA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1315 ss.

⁴⁸ Corte cost., 8 luglio 2020, n. 182. La causa è stata iscritta alla cancelleria della Corte di giustizia con numero di ruolo C-350/20. Per una ricostruzione dell'ordinanza si rimanda a D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte Costituzionale*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, p. 308 ss., www.eurojus.it; N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, p. 1463 ss., www.europeanpapers.eu; R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 3, p. 74 ss., www.fsjeurostudies.eu, spec. p. 86 ss.

⁴⁹ Ordinanze numeri 175, 177-182, in GU n. 44 del 6 novembre 2019 e numeri 188-190, in GU n. 45 del 6 novembre 2019.

⁵⁰ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro (GU L 343, p. 1).

della direttiva⁵¹. La Cassazione – pur ritenendo possibile la disapplicazione⁵² – preferiva rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la Consulta ribadisce i due “temperamenti” dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017. In primo luogo, giustifica il trattenimento della questione affermando che «quando è lo stesso giudice remittente a sollevare una questione di legittimità costituzionale che investe anche norme della [CdfUe]», non può astenersi «dal valutare se la disposizione censurata infranga, in pari tempo, i principi costituzionali e le garanzie sancite dalla Carta»⁵³. Lo spirito collaborativo dell'ordinanza⁵⁴ – un tono che «presenta i tratti di un convinto e convincente europeismo»⁵⁵ – si apprezza soprattutto laddove la Consulta si dichiara “giurisdizione” ai sensi dell'art. 267 TFUE e, come tale, desiderosa di un intervento chiarificatore della Corte di giustizia.

Ma oltre a confermare il primo “temperamento”, la Consulta consolida esplicitamente anche la tendenza espansiva e il necessario collegamento con la CdfUe, laddove nota che i principi e i diritti che si asseriscono violati sono in una «connessione inscindibile [con] quelli riconosciuti dalla Carta, *arricchiti dal diritto secondario*» (enfasi aggiunta)⁵⁶. Il parametro interposto che “interseca” le garanzie costituzionali scelto dal giudice delle leggi è costituito dall'art. 34 CdfUe relativo all'accesso alle prestazioni sociali, di cui chiede lumi alla Corte di giustizia⁵⁷. La direttiva 2011/98/UE, occupandosi di estendere l'accesso alle prestazioni sociali ai titolari del permesso unico di lavoro «*deve essere ricondotta* all'art. 34 della Carta» (enfasi aggiunta)⁵⁸. La Consulta, dunque, ricostruisce come la direttiva in parola dia sostanza, concretizzi, il diritto fondamentale. Il suo art. 12, par. 1, lett. e)⁵⁹ sancisce il principio della

⁵¹ Dall'ordinanza n. 177 si evince che la Corte d'Appello di Firenze aveva rigettato il ricorso della parte privata perché priva della carta di soggiorno (oggi permesso di soggiorno di lungo periodo). Nella controversia non si palesa un contrasto tra la norma nazionale sull'assegno di maternità (art. 74, d.lgs. 151/2001) e l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE in quanto quest'ultima non era stata ancora attuata, non essendo scaduto il termine di recepimento (25 dicembre 2013). Sulla scelta della Corte costituzionale di includere tale prestazione sociale nel quesito pregiudiziale, v. D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi*, cit., p. 318. V. *infra* nota 65.

⁵² Vale la pena notare che nelle nove controversie non solo i giudici di merito (le Corti d'Appello di Milano, di Brescia e di Firenze) hanno disapplicato la normativa nazionale, ma si aggiunge anche che in tutti i casi, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁵³ Corte cost., 8 luglio 2020, n. 182, cit., punto 3.1 *considerato in diritto*, ove la Consulta parla di «integrarsi delle garanzie della Costituzione con quelle sancite dalla Carta», circostanza che «determina un concorso di rimedi giurisdizionali». A proposito di una “tutela integrata dei diritti fondamentali”, si v. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni cost.*, 2019, p. 481 ss.

⁵⁴ Cfr. B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus*, 2020, n. 3, p. 272 ss., www.eurojus.it, spec. pp. 277-280 e R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti*, cit., pp. 87-91.

⁵⁵ D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi*, cit., p. 315.

⁵⁶ Corte cost., 8 luglio 2020, n. 182, cit., punto 3.2 *considerato in diritto*.

⁵⁷ Il quale «riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociali e ai servizi sociali» (par. 1) e sancisce che «ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali» (par. 2). Per una riflessione in ordine alla natura direttamente efficace o meno dell'art. 34 CdfUe si rimanda a D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi*, cit., p. 320.

⁵⁸ Corte cost., 8 luglio 2020, n. 182, cit., punto 6.3.1 *considerato in diritto*.

⁵⁹ L'art. 12 della direttiva sancisce il principio della parità di trattamento rispetto a due categorie di cittadini di paesi terzi, la cui individuazione è demandata al regolamento (CE) n. 883/2004: quelli ammessi nello Stato membro per fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno regolare ai sensi del regolamento (CE) n. 1030/2002

parità di trattamento e ricomprende tra i settori materiali anche «i settori della sicurezza sociale come definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004», il quale, all'art. 3, par. 1, include nel suo campo di applicazione le «prestazioni di maternità e di paternità assimilate» (lett. b) e «le prestazioni familiari» (lett. j).

Già in *Martinez Silva*⁶⁰ la Corte di giustizia aveva ricondotto l'ANF (assegno nucleo familiare)⁶¹ all'art. 12. Inoltre, discende dalla giurisprudenza comunitaria che una misura è da considerarsi una prestazione sociale se concessa sulla base di criteri obiettivi previsti *ex lege*, i quali prescindono da una valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali del beneficiario e se il suo scopo è quello di contrastare i “rischi” previsti dall'art. 3 del regolamento che, nel caso *Martinez Silva*, venivano individuati nel fornire un supporto ai genitori in condizioni di disagio economico nel mantenimento dei figli. Tuttavia – secondo il giudice costituzionale – il c.d. *bonus bebè* “sfida” le predette condizioni nella misura in cui non pare individuabile con sicurezza lo scopo principale impresso dal legislatore: ad un fine premiale di incentivo alla natalità si aggiunge infatti anche l'obiettivo di attenuare l'aggravio economico nella crescita della prole subito da famiglie in condizioni economiche precarie.

In definitiva, la Corte costituzionale domanda alla Corte di giustizia se l'art. 34 CdfUe debba essere interpretato nel senso che, in base all'art. 3, par. 1, lett. e) e j) del regolamento (CE) n. 883/2004, richiamato dall'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, rientrano nel suo ambito di applicazione gli istituti coinvolti e, dunque, se il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale che non riconosce ai cittadini di paesi terzi titolari del permesso unico di lavoro l'accesso a tali prestazioni sociali.

Per quel che rileva in questa sede, la scelta del giudice di legittimità solleva qualche perplessità. I parametri del conflitto normativo erano da individuarsi – come opportunamente fatto dalle Corti territoriali – nella norma nazionale istitutiva della prestazione sociale considerata e nell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE⁶². Se il dubbio interpretativo consisteva nella questione se il c.d. *bonus bebè* fosse una prestazione sociale ai sensi del regolamento (CE) n. 883/2004 a cui l'art. 12 della direttiva rimanda, è evidente che poteva (o doveva)⁶³ essere sciolto dal giudice, direttamente o tramite un rinvio pregiudiziale⁶⁴. Invece, la Cassazione

(art. 3, par. 1, lett. b); quelli ammessi a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o nazionale (art. 3, par. 2, lett. c).

⁶⁰ Corte giust., 21 giugno 2017, causa C-449/16, *Martinez Silva*, ECLI:EU:C:2017:485.

⁶¹ Istituto disciplinato dalla l. 23 dicembre 1998, n. 448.

⁶² Sulla diretta efficacia delle disposizioni richiamate, v. D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi*, cit., p. 320.

⁶³ Si deve prestare attenzione alla delicata posizione della Cassazione, la quale, in quanto giudice di ultima istanza, è obbligata al rinvio pregiudiziale (art. 267, comma 3 TFUE), salvo le eccezioni previste dalla sentenza *Cilfit* (Corte giust., 29 febbraio 1984, causa C-77/83, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1984:91). Sulla posizione del giudice di ultima istanza v. anche Corte giust., 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito*, ECLI:EU:C:2015:565 ove la Corte di giustizia riconosce la responsabilità patrimoniale dello Stato nel caso del mancato rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza, e Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia*, ECLI:EU:C:2018:811 ove per la prima volta si è riconosciuto inadempiente lo Stato membro in una procedura *ex art. 258 TFUE* per la violazione dell'obbligo di rinvio in capo al giudice di ultima istanza, nel caso di specie il Consiglio di Stato francese. Per una riflessione sull'obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza, v. *ex multis* F. CROCI, *Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce delle sentenze Ferreira da Silva e X*, in *SIE*, 2017, p. 427 ss.

⁶⁴ Né, nel caso di specie, emerge una fattispecie analoga a quella della sentenza n. 20/2019 in quanto, mentre in quella pronuncia le norme della direttiva coinvolta avevano diretta efficacia ma demandavano al giudice comune

sceglie di invertire l'ordine delle questioni e di individuare un contrasto tra la norma nazionale e gli artt. 3 e 31 Cost., i quali si sovrappongono ad una serie di disposizioni della CdfUe tra cui emerge, nel ragionamento della Corte costituzionale, l'art. 34 CdfUe. La difficile traslazione del conflitto normativo sul piano delle norme costituzionali e della CdfUe si percepisce anche nell'ordinanza pregiudiziale dove il ragionamento inizia e si conclude con il parametro della CdfUe, ma si dipana intorno all'art. 12 della direttiva 2011/98/UE e al suo rapporto con le disposizioni del regolamento (CE) n. 883/2004⁶⁵.

Come si spiega, dunque, la scelta della Suprema Corte⁶⁶? Dalle ordinanze di rimessione e da quella di rinvio pregiudiziale emerge l'avvertita necessità di un intervento *erga omnes* della Consulta determinata dal comportamento ostativo dell'amministrazione, la quale si disvela chiaramente laddove viene indirizzata alla Corte di giustizia la richiesta di trattare la causa con procedimento pregiudiziale accelerato⁶⁷ in quanto «l'ampiezza del contenzioso pendente attesta un grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione. L'orientamento diffuso nella giurisprudenza di merito, che attribuisce efficacia diretta alle previsioni dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, non è seguito dall'amministrazione competente»⁶⁸.

Tuttavia, in una prospettiva di ordine sistematico, giova ricordare che la disapplicazione non si impone solo al giudice nazionale ma anche alle amministrazioni⁶⁹ e, in caso di inadempimento, i singoli destinatari delle posizioni giuridiche riconosciute dal diritto dell'Unione hanno due potenziali strade: interessare la Commissione per stimolare l'apertura di una procedura di infrazione (art. 258 TFUE)⁷⁰ o chiedere il risarcimento dei danni per

un bilanciamento di interessi (nella specie tra trasparenza e *privacy*), nel caso *de quo* ci si trova davanti ad una ipotesi in cui la norma direttamente efficace fornisce la regola della fattispecie.

⁶⁵ Sul ragionamento della Consulta, D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi*, cit., pp. 317-319, spec. p. 317, dove, pur avanzando dubbi, si sostiene che la scelta di tale parametro si giustificerebbe alla luce di almeno due ragioni: in primo luogo, la Consulta – interpretando al meglio il ruolo di giudice comune dell'Unione – si rivolge alla Corte di giustizia con l'obiettivo di rafforzare il ruolo dell'art. 34 CdfUe, in quanto norma dal profondo respiro costituzionale nel diritto sociale dell'Unione ma fino a questo momento latente nella giurisprudenza europea; in secondo luogo, la fattispecie in cui veniva in rilievo l'assegno di maternità – come già apprezzato (v. *supra* nota 51) – è anteriore alla data di scadenza del recepimento della direttiva 2011/98/UE con la conseguenza che non sarebbe applicabile né questa né la CdfUe. La Consulta sceglierebbe la soluzione – la quale viene definita dall'A. “intermedia” – di non separare le questioni relative ai due istituti giuridici, concentrando l'attenzione sull'art. 34 CdfUe pur letto alla luce del diritto derivato.

⁶⁶ Diversa soluzione è stata scelta dal Tribunale di Milano, il quale ha posto alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali aventi ad oggetto l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE rispetto alla c.d. *carta famiglia* (causa C-462/20).

⁶⁷ V. artt. 105-106 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia.

⁶⁸ Corte cost., 8 luglio 2020, n. 182, cit., punto 8 *considerato in diritto*.

⁶⁹ L'amministrazione nazionale è tenuta a disapplicare le norme interne contrastanti con quelle direttamente efficaci del diritto dell'Unione, v. Corte giust., 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256, punti 30-32 e 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212, punto 30. B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in G. DE BURCA, P. CRAIG (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, II ed. p. 323 ss., spec. p. 333, nota un *vulnus* sistematico che sembra utile richiamare in questa vicenda: da una parte si impone all'amministrazione un obbligo di dare piena efficacia al diritto dell'Unione, disapplicando all'occorrenza le norme nazionali, dall'altra questa non può usufruire del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), non essendo una “giurisdizione”, al fine di sciogliere dubbi interpretativi o di validità.

⁷⁰ Si ricorda che la Commissione non sarà obbligata – tramite un ricorso in carenza (art. 265 TFUE) – ad aprire una procedura di infrazione, data la discrezionalità di tale atto, v. Corte giust., 14 febbraio 1989, causa 247/87, *Star Fruit*, ECLI:EU:C:1989:58, punti 13-14. Allo stato è aperta una procedura di infrazione contro l'Italia (n. 2019/20100) avente ad oggetto l'inesatto recepimento della direttiva 2011/98/CE e, tra gli altri profili, figurano anche gli istituti coinvolti, sul punto v. D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi*, cit., p. 315.

responsabilità dello Stato⁷¹. E in ogni caso, tali valutazioni non devono portare a sottovalutare il ruolo primario del rinvio pregiudiziale quale meccanismo di tutela delle posizioni giuridiche dei singoli⁷² che proprio nel diritto antidiscriminatorio e dell’immigrazione ha mostrato tutte le sue potenzialità, soprattutto nelle mani degli attori collettivi capaci di individuare e catalizzare le carenze sistemiche dell’ordinamento⁷³.

In conclusione, dall’ordinanza n. 182/2020 si può apprezzare il ruolo chiave che il giudice comune acquisisce nel nuovo “modello”, il quale, all’esito dei temperamenti, non è più “obbligato” ad attivare il sindacato della Consulta, ma lo fa a propria discrezione sulla base delle più disparate valutazioni che, nel caso *de quo*, si riconducono all’esigenza di una pronuncia *erga omnes* che garantisca una tutela effettiva ed uniforme dei soggetti coinvolti davanti ad una amministrazione impermeabile alla disapplicazione (pur con tutti i dubbi di ordine sistematico che si sono delineati). In secondo luogo, l’ordinanza consolida la tendenza espansiva del nuovo corso accompagnato dalla “garanzia” di un dialogo costante con la Corte di giustizia.

Infine, quale ultimo e più recente episodio del processo di affinamento del modello “temperato”, merita una breve menzione la sentenza n. 254/2020⁷⁴, con cui la Corte costituzionale chiude la “saga partenopea”, inaugurata da un rinvio pregiudiziale contestuale⁷⁵ ad una rimessione di una questione di legittimità di costituzionale⁷⁶, aventi ad oggetto le norme del d.lgs. n. 23/2015 che stabiliscono a favore del lavoratore un indennizzo in luogo della reintegra nell’impresa, in caso di licenziamento collettivo ingiustificato⁷⁷. Per quanto interessa

⁷¹ V. Corte giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428.

⁷² Cfr. M. BROBERG, *Preliminary References as a Means for Enforcing EU Law*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law: Ensuring Member State’ Compliance*, Oxford, 2017, p. 99 ss.

⁷³ Cfr. C. KILPATRICK, B. DE WITTE, *Introducing the role of collective actors and preliminary references in the enforcement of EU fundamental rights law*, in E. MUIR, C. KILPATRICK, J. MILLER, B. DE WITTE (eds.), *How EU law shapes opportunities for preliminary references on fundamental rights: discrimination, data protection and asylum*, EUI working paper, 2017/17, p. 1 ss. Per uno “sguardo diretto” sulla vicenda, A. GUARISO, *L’infinita vicenda delle prestazioni familiari agli stranieri: dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia UE*, 2020, <https://www.asgi.it/discriminazioni/stranieri-prestazioni-sociali-corte-europea-giustizia/>.

⁷⁴ Corte cost., 11 novembre 2020, n. 254. Come già ricordato (v. *supra* nota 24), un ulteriore pronunciamento del giudice costituzionale è intervenuto nelle more di questa pubblicazione. Certamente anche la recente pronuncia Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, *cit.*, verrà annoverata tra gli episodi della fruttuosa collaborazione tra Corti, oggi possibile nel contesto del “modello temperato”.

⁷⁵ Corte giust., 4 giugno 2020, causa C-32/20, *Balga*, ECLI:EU:C:2020:441. Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (c.d. *Jobs Act*) – a differenza della previgente l. n. 23 luglio 1991, n. 223 – in caso di licenziamento collettivo ingiustificato prevede non la reintegrazione nell’impresa ma il versamento di un’indennità. Ritenendo la normativa attuazione della direttiva 98/59/CE (relativa al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di licenziamenti collettivi), la Corte partenopea chiede se l’art. 30 CdfUe – rubricato sotto il titolo di «Tutela in caso di licenziamento ingiustificato» – letto alla luce dell’art. 24 della Carta Sociale Europea deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale come quella del caso *de quo*. Allo stesso tempo chiede se gli artt. 20, 21, 34 e 47 CdfUe ostino alla normativa in quanto discriminatoria, applicandosi solo per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 e comprimendo la tutela effettiva giurisdizionale dei lavoratori nonché il loro accesso alle prestazioni previdenziali.

⁷⁶ Sovrapponibili sono le censure oggetto della remissione a quelle contenute nel rinvio pregiudiziale. Accanto a parametri interni (artt. 3, 4, 24, 35, 38, 41, 111 Cost.) il remittente individua come parametri interposti – mediati con dubbia scelta dall’art. 10 (e non art. 11) e art. 117, primo comma Cost. – le medesime norme CdfUe della causa *Balga*.

⁷⁷ A favore dell’ipotesi di un rinvio pregiudiziale contestuale ad una rimessione di una questione di costituzionalità C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 296 ss., www.rivistaaic.it, spec. pp. 306-307, *contra* R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, *cit.*,

in questa sede e senza entrare nel merito delle censure avanzate dalla Corte d'Appello di Napoli, si deve notare un aspetto della sentenza in parola⁷⁸.

La Consulta – dopo aver preso atto della manifesta incompetenza della Corte di giustizia a rispondere alle questioni pregiudiziali poste nella causa *Balga*⁷⁹ – condivide con l'ordinanza n. 182/2020 il medesimo tono collaborativo che culmina nel riconoscimento del ruolo della Corte di giustizia quale garante della interpretazione e applicazione dei trattati e delle giurisdizioni nazionali – categoria alla quale evidentemente si ascrive – quali compartecipi nell'assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 19 TUE⁸⁰. Benché questo aspetto non apporti alcun elemento di novità nel paradigma della doppia pregiudiziale tratteggiato sinora, il mero fatto che la Consulta abbia inteso confermare, anche in questa sede, la propria natura di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE, la propria piena appartenenza al sistema multilivello tratteggiato dall'art. 19 par. 2, TUE e, soprattutto, lo spirito collaborativo nei rapporti con i giudici del Kirchberg sono elementi assai apprezzabili che meritano di essere messi in evidenza e che pongono – in un certo qual senso – un contrappeso ai rischi della tendenza espansiva: se la Consulta sarà chiamata dai giudici a sindacare casi di doppia pregiudiziale ove sia presente anche il diritto derivato connesso alla CdfUe, lo farà nella logica della cooperazione di cui all'art. 267 TFUE.

5. Doppia pregiudiziale e discrezionalità del giudice comune

Le pronunce esaminate fanno ben comprendere come la Consulta, con il “sistema della 269 temperato”, tenti di rientrare in scena nel dialogo sui diritti fondamentali, contrastando «il declino dell'incidentalità»⁸¹. Se in tale prospettiva il “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale aveva come principale obiettivo quello di irreggimentare i giudici comuni, sempre più “attratti” da tendenze centrifughe del sistema, si può concludere che la loro posizione ne esca, invece, rafforzata.

All'esito dei temperamenti è infatti possibile sostenere che il modello abbia una natura “discrezionale” nel senso che la rimessione della questione di costituzionalità e la conseguente attivazione del sindacato della Consulta dipende dalla libera opzione del giudice: quest'ultimo

p. 513 e P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, n. 2, p. 150 ss., www.gruppodipisa.it.

⁷⁸ La quale dichiara l'inammissibilità delle questioni per difetto del requisito della *rilevanza*.

⁷⁹ La Corte di giustizia ritiene che alla fattispecie *de quo* non sia applicabile il diritto dell'Unione in quanto la direttiva 98/59/CE realizza un'armonizzazione parziale relativa agli obblighi di consultazione ed informazione dei rappresentanti dei lavoratori e delle autorità pubbliche nel caso di licenziamenti collettivi, non occupandosi della tutela in caso di cessazione ingiustificata del rapporto di lavoro. Per tale ragione – ai sensi dell'art. 51 par. 1 CdfUe – non sono rilevanti le norme della CdfUe richiamate.

⁸⁰ Corte cost., 11 novembre 2020, n. 254, *cit.*, punto 2 *considerato in diritto*. Sull'art. 19 TUE, v. G. TESAURO, *Commento all'art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed. p. 195 ss.

⁸¹ Così G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale”*, *cit.*, p. 4; A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni cost.*, 2020, p. 9 ss., comparano il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale, soprattutto rispetto al diverso atteggiamento nei confronti delle magistrature ordinarie. Il tema del ruolo dei giudici costituzionali – “sfidato” da tendenze centrifughe ad opera del giudice comune nel contesto europeo – ha attirato da tempo l'attenzione della dottrina, v. V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, Yale, 2009, spec. pp. 111-138 e J. KOMÁREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *EuConst*, 2013, p. 420 ss.

può individuare i casi di doppia pregiudiziale, indicando i parametri interni ed europei ritenuti coinvolti, stabilendo la connessione tra eventuali atti di diritto derivato e diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione, sia della CdfUe e, infine, saggiando l'opportunità della rimessione rispetto alla disapplicazione. Non gravato da alcun obbligo né "minacciato" da una pronuncia di inammissibilità, il giudice potrà aderire al "modello della 269 temperato" in una vasta gamma di situazioni. Quest'ultimo potrà ricorrere previamente alla Consulta perché ritiene necessario un bilanciamento tra opposti interessi (sentenza n. 20/2019) o opportuno il raggiungimento di una tutela uniforme a causa di un comportamento dell'amministrazione (ordinanza n. 182/2020). La scelta del giudice – lungi dall'essere meramente procedurale – si configura come una globale considerazione degli elementi fattuali e giuridici, ponendo lo stesso al centro del "modello temperato".

6. La Corte costituzionale tra Francia ed Austria: la discrezionalità del giudice come risposta a *Melki* e *A. c. B.*

Se la Corte di giustizia fosse chiamata da un novello "pretore di Susa"⁸², quale sarebbe la sua posizione sul "modello temperato"? La risposta non potrà che essere nel senso della sua compatibilità con il primato e con l'art. 267 TFUE, alla luce dei "temperamenti" intervenuti con i quali la Corte costituzionale ha saputo adattare la sua giurisprudenza, volgendo lo sguardo sia verso Lussemburgo sia verso quelle esperienze nazionali che erano state oggetto delle sue pronunce. Dunque è opportuno ripercorrere la giurisprudenza della Corte di giustizia al fine di comprendere il significato dei temperamenti attuati dalla Consulta ed in particolare la *ratio* della scelta di lasciare al giudice comune ampia discrezionalità.

In *Simmenthal* la Corte di giustizia aveva ritenuto incompatibile con la natura dell'ordinamento giuridico comunitario una disposizione interna o una prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria che impediscano al giudice comune di fare tutto ciò che è possibile per disapplicare immediatamente la norma nazionale⁸³. Questo paradigma viene precisato nelle sentenze *Melki* e *A. c. B.*, di cui è utile brevemente ricordare le vicende.

Nel primo caso la Corte di giustizia si è confrontata con la *question prioritaire de constitutionnalité* (di seguito "QPC")⁸⁴ francese, su rinvio pregiudiziale della *Cour de cassation* che ne sposava una rigida interpretazione. Nella specifica vicenda, l'art. 78-2 del codice di procedura penale autorizzava la polizia a compiere controlli e fermi entro 20 km dai confini

⁸² Il riferimento è al giudice del rinvio italiano nella sentenza Corte giust., 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

⁸³ *Ibidem*, punto 22. V. anche Corte giust., 27 giugno 1991, causa C-348/89, *Mecanarte*, ECLI:EU:C:1991:278 dove la Corte afferma che se il giudice dubiti oltre che della compatibilità comunitaria di una norma interna anche della sua incostituzionalità, pur prevedendo l'ordinamento nazionale un ricorso obbligatorio al giudice costituzionale, non sarà per questo privato della possibilità o dell'obbligo di utilizzare il rinvio pregiudiziale. Da ultimo, Corte giust., 4 giugno 2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, ECLI:EU:C:2015:354, con commento di R. GARCÍA, E. FERREIRO SERRET, *Hardening the preliminary reference procedure in a Union in crisis: Kernkraftwerke Lippe-Ems*, in *CMLR*, 2016, p. 819 ss.

⁸⁴ Loi organique n. 2009-1523 du décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Per una ricostruzione dell'istituto v. F.-X. MILLET, *La "question prioritaire de constitutionnalité" e il dialogo a singhiozzo tra giudici in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 139 ss. V. anche M. BOSSUYT, W. VERRIJDT, *The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment*, in *EuConst*, 2011, p. 355 ss.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudiziale e concorso di rimedi*, cit., p. 739 ss.

nazionali, violando l'art. 67 TFUE⁸⁵. Nella visione del giudice supremo – essendo la partecipazione della Francia all'Unione europea fondata sull'art. 88-1 della Costituzione – la compatibilità comunitaria della norma nazionale si tramutava in una questione di costituzionalità la quale, secondo il meccanismo della “QPC”, doveva essere risolta *prima* delle questioni attinenti al rispetto degli obblighi internazionali e dell'Unione, con l'esito che solo il *Conseil constitutionnel* avrebbe potuto statuire su tale conflitto.

Nel secondo caso veniva in rilievo la giurisprudenza inaugurata nel 2012 dal *Verfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale austriaca)⁸⁶ il quale aveva statuito che – siccome le disposizioni della CdfUe hanno analogo contenuto a quelle della CEDU e questa gode di rango costituzionale in Austria – in virtù del principio dell'equivalenza era chiamato a garantire il medesimo trattamento per i diritti riconosciuti nella CdfUe, utilizzandola quale parametro di costituzionalità sia nei ricorsi individuali, sia nel controllo incidentale. Dubitando l'*Oberster Gerichtshof* (Corte suprema) della compatibilità dell'art. 116 del codice di procedura civile relativo alla nomina di un curatore in assenza del convenuto con il regolamento n. 44/2001 e soprattutto con l'art. 47 CdfUe, si domandava se il principio di equivalenza come interpretato dal *Verfassungsgerichtshof* comportasse allora l'obbligo⁸⁷ di rimettere una questione di costituzionalità; la Corte di giustizia riformulerà il quesito, individuando il problema posto più che nel principio dell'equivalenza nel rapporto tra la remissione obbligatoria al *Verfassungsgerichtshof* e art. 267 TFUE.

In entrambi i casi i giudici del Kirchberg accettano la (co)esistenza di controlli obbligatori di costituzionalità delle leggi, attenuando *Simmenthal*⁸⁸, nel tentativo di contemperare i principi fondanti del diritto dell'Unione con i sistemi di giustizia costituzionale degli Stati membri che concorrono a delinearne l'identità nazionale (art. 4, par. 2 TUE)⁸⁹.

Tuttavia vengono posti tre criteri molto rigidi che il “modello temperato” dimostra di soddisfare. In primo luogo, il giudice deve rimanere libero di sollevare una questione pregiudiziale in qualsiasi momento ritenga opportuno, anche al termine dell'incidente di costituzionalità della legge⁹⁰. Come si è già visto, dopo le precisazioni intervenute a partire dalla sentenza n. 20/2019, tale condizione si deve ritenere soddisfatta. Così, la Corte

⁸⁵ Art. 67, par. 2 TFUE: «[L'Unione] garantisce che non ci siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi».

⁸⁶ *Verfassungsgerichtshof*, 14 marzo 2012, VfSlg 19.632/2012. Sulla sentenza v. M. DE VISSER, *Juggling centralized constitutional review and EU primacy in the domestic enforcement of the Charter: A v. B*, in *CMLR*, 2015, p. 1309 ss. e D. PARIS, *Constitutional Court as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *EuConst*, 2015, p. 389 ss.

⁸⁷ Una parte della dottrina sottolinea come dalla sentenza del *Verfassungsgerichtshof* non derivasse in realtà un obbligo esplicito in capo al giudice comune, v. A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B e altri, sentenza 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti comparati*, 2014, www.diritticomparati.it e D. PARIS, *Constitutional Court as Guardians of EU Fundamental Rights?*, cit.

⁸⁸ Per una visione critica, v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4089 ss.

⁸⁹ Cfr. G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 74 ss. Sull'art. 4, par. 2 TUE, ID., *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *EPL*, 2019, p. 347 ss. e G. VAN DER SCHYFF, *Exploring Member State and European Union Constitutional Identity*, *ibidem*, 2016, p. 227 ss.; V. anche A. VON BODGANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *CMLR*, 2011, p. 1417 ss.

⁹⁰ Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, cit., punto 52.

costituzionale non comprime il secondo limite in base al quale il giudice deve garantire la tutela provvisoria delle posizioni giuridiche conferite dal diritto dell'Unione⁹¹. La terza condizione, infine, richiede che il giudice rimanga libero di disapplicare la norma nazionale anche al termine dell'incidente di costituzionalità⁹² e va completata con la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha affermato l'obbligo per il giudice comune di non tenere in conto le decisioni dei giudici costituzionali se ritiene che lo inducano ad emettere una decisione contraria al diritto dell'Unione⁹³. L'eliminazione della locuzione "per altri profili" non lascia più dubbi sulla compatibilità comunitaria del "modello" anche rispetto a tale criterio.

Inoltre, a "chiusura" delle tre condizioni, la Corte afferma anche che, in ogni caso, qualora una norma nazionale si limiti a recepire disposizioni imperative di una direttiva – viziata sotto il profilo costituzionale e comunitario – il giudice di ultima istanza (art. 267, comma 3 TFUE) dovrà porre una questione di validità alla Corte di giustizia⁹⁴.

Per quanto sia un problema di diritto costituzionale interno rispetto al quale la Corte di giustizia ha mostrato indifferenza⁹⁵, merita di essere sottolineata la diversa configurazione delle "doppie pregiudiziali" in *Melki*, da una parte, e in *A. c. B* e nel modello italiano, dall'altra⁹⁶. Il problema alla base della "QPC" (*rectius* della rigida interpretazione datane dalla *Cour de cassation*) era la supposta esistenza di una doppia pregiudizialità c.d. *impropria*⁹⁷ dove i parametri del conflitto normativo non venivano identificati nella norma interna e nella norma comunitaria direttamente efficace, ma nella prima e nella norma costituzionale che fonda la partecipazione dello Stato membro all'Unione europea: in modo non dissimile da ciò che si verificava in *Simmenthal*⁹⁸, il giudice del rinvio riteneva che con la "QPC" il *Conseil* si sarebbe arrogato in via prioritaria ed esclusiva il giudizio sulla conformità delle norme interne al diritto dell'Unione. Nelle more di *Melki*, il *Conseil constitutionnel* precisò i contorni della "QPC", tale per cui il *contrôle de conventionnalité*⁹⁹ rimane prerogativa del giudice ordinario e amministrativo mentre il *Conseil* si esprime esclusivamente sui profili di legittimità

⁹¹ *Ibidem*, punto 53.

⁹² *Ivi*.

⁹³ Corte giust., 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*, ECLI:EU:C:2013:8 e 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985. Così il giudice deve immediatamente disapplicare la norma nazionale che, pur dichiarata contraria alla Costituzione, venga temporalmente mantenuta in vigore dal giudice costituzionale, v. Corte giust., 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, ECLI:EU:C:2010:503 e 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719.

⁹⁴ Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punti 54-56.

⁹⁵ Cfr. D. PARIS, *Constitutional Court as Guardians of EU Fundamental Rights?*, *cit.*

⁹⁶ M. DE VISSER, *Juggling centralized constitutional review and EU primacy*, *cit.*, p. 1322.

⁹⁷ Sulla nozione, v. F. SPITALERI, *Doppia pregiudiziale e concorso di rimedi*, *cit.*, p. 730. In dottrina non sembra esserci unanime accordo né sulla terminologia né sulla classificazione delle situazioni di c.d. doppia pregiudiziale. Per una diversa ricostruzione, v. ad esempio M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 1, www.rivistaaic.it.

⁹⁸ La giurisprudenza costituzionale italiana rilevante in *Simmenthal* (ci si riferisce, dunque, al sistema *pre-Granital*) negava il potere del giudice di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma comunitaria direttamente efficace. Il conflitto era tra la norma comunitaria, anche se direttamente efficace, e l'art. 11 Cost., ragion per cui sussisteva un monopolio della Corte costituzionale su ogni questione di compatibilità comunitaria. V. Corte cost., 22 ottobre 1975, n. 232.

⁹⁹ Ci si riferisce al controllo, riservato al giudice ordinario in Francia, sulla compatibilità della legge nazionale rispetto al diritto internazionale e al diritto dell'Unione.

costituzionale, con la conseguenza che le due questioni rimangono formalmente separate¹⁰⁰. In senso opposto, il *Verfassungsgerichtshof* e la Consulta delineano una doppia pregiudizialità che si potrebbe definire *propria*¹⁰¹, ove la norma nazionale confligge al tempo stesso con due parametri, quello costituzionale e quello della CdfUe, tesi a tutelare il medesimo diritto fondamentale: per questa via la questione di costituzionalità posta dal giudice ingloba anche i parametri della CdfUe, essendo, dal punto di vista *assiologico*, unica la posizione giuridica fondamentale. In questo secondo caso si pone un problema sostanziale attinente alla concorrenza di sistemi di tutela dei diritti fondamentali e delle relative Corti chiamate ad interpretarli. Per questa ragione la sentenza *A c. B* richiama *Melloni*¹⁰² per affermare che, quando il diritto dell'Unione lascia un margine discrezionale al legislatore nazionale, è possibile applicare lo *standard* interno di tutela, a patto che non vengano lesi il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione¹⁰³.

Tuttavia, dalla prospettiva del giudice comune, si pone anche un problema di tipo procedurale. Infatti, qualora la norma venga dichiarata costituzionalmente legittima non è difficile immaginare che il giudice possa rilevare anche successivamente profili di compatibilità comunitaria, i medesimi o diversi rispetto a quelli apprezzati dal giudice costituzionale¹⁰⁴. Diverso e più problematico è il caso in cui la norma venga dichiarata incostituzionale: perché il giudice avrebbe ancora l'interesse di disapplicarla o di rivolgersi alla Corte di giustizia? Lo scenario più intuitivo – seguendo *A c. B* – è quando la sentenza di incostituzionalità – “approfittando” del margine di discrezionalità lasciato dal diritto dell'Unione – ne lede il primato, l'unità e l'effettività. Al di là delle situazioni immaginabili, è evidente che il rinvio pregiudiziale da parte delle Corti costituzionali è lo strumento che consente di attenuare le problematiche relative all'interpretazione del diritto fondamentale riconosciuto anche dalla CdfUe che potrebbero sorgere nella fase discendente dell'incidente di costituzionalità. In questa direzione va letta la confidenza acquisita dalla Corte costituzionale con il rinvio pregiudiziale che culmina nell'ordinanza n. 182/2020 e nella sentenza n. 254/2020 dove non poteva più chiaramente riconoscere il ruolo della Corte di giustizia alla luce dell'art. 19 TUE e la necessaria cooperazione per il tramite dell'art. 267 TFUE.

In conclusione, la Consulta con il “modello temperato” ha dimostrato non solo di avere ben in mente la giurisprudenza della Corte di giustizia (nonostante l'iniziale “incidente di percorso”) ma soprattutto di imparare dagli “errori” degli altri giudici costituzionali nei rapporti, non tanto verso il giudice dell'Unione... quanto verso i giudici comuni. Da questo punto di vista il “modello” rappresenta un autentico prodotto di “ibridazione” giurisprudenziale: la Corte costituzionale si è allineata alla giurisprudenza europea e allo stesso tempo ha osservato, alla luce di quelle specifiche vicende nazionali, l'accoglimento da parte dei giudici comuni dei nuovi modelli relazionali proposti. Il segno più chiaro della “diplomazia tra giudici” utilizzata dalla Consulta – tesa, per così dire, a non fare la guerra fuori e a mantenere la pace in casa – è rappresentato dal dato saliente che ha impresso al “modello”: la discrezionalità del giudice. Se

¹⁰⁰ *Conseil constitutionnel*, 12 mai 2010, 2010-605 DC, confermando il suo tradizionale orientamento espresso nella celebre sentenza sulla legge sull'aborto (*Conseil constitutionnel*, 15 janvier 1975, 74-54 DC).

¹⁰¹ F. SPITALERI, *Doppia pregiudiziale e concorso di rimedi*, cit., p. 730.

¹⁰² Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

¹⁰³ Corte giust., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B*, cit., punto 44.

¹⁰⁴ V. Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, cit.

il *Verfassungsgerichtshof* aveva taciuto sul punto, dando l'occasione all'*Oberster Gerichtshof* di dubitare del nuovo corso, e il *Conseil* solo in un secondo momento intervenne a chiarimento¹⁰⁵, la Consulta fuga ogni dubbio dalla sentenza n. 20/2019 in poi, utilizzando un concetto diventato un vero e proprio *mantra*: *la volontà del giudice di interpellarla*. Dalla prospettiva della Corte di giustizia, il risultato è che il “modello temperato” si pone “fuori” da fattispecie come quelle affrontate in *Melki e A c. B*, delineandosi una mera *opportunità* o *facoltà* per il giudice rimessa alla sua piena e, allo stato, incondizionata discrezionalità e, comunque, senza configurare alcun impedimento, né sostanziale né temporale, alla piena applicazione del diritto dell'Unione. Detto in altre parole, agli occhi della Corte di giustizia, la natura esplicitamente “*discrezionale*” della doppia pregiudiziale italiana presenta un “livello di rischio” prodromico e meno intenso di quello che si sperimenta in *Melki e A c. B*.

7. Discrezionalità limitata? Il dilemma tra criteri-guida e libera scelta del giudice

La scelta della Corte costituzionale di garantire la più ampia discrezionalità al giudice comune permette di evitare tensioni con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Allo stesso tempo, è opportuno domandarsi quale impatto il nuovo percorso seguito dalla Consulta comporti anche nei rapporti con le stesse giurisdizioni nazionali.

Nel 2018¹⁰⁶ (anno di “prima sperimentazione” della sentenza n. 269/2017) i numeri erano in linea con gli anni precedenti, rilevandosi una diminuzione degli atti di promovimento in via incidentale. Il 2019¹⁰⁷, al contrario, sembra indicare un'inversione di tendenza con un incremento delle remissioni in via incidentale: 248 rispetto alle 199 del 2018 e alle 198 del 2017. Del resto, le vicende esaminate in questa sede mostrano una rivitalizzazione del ruolo della Consulta. Dunque, sembra che la scelta di lasciare la più ampia discrezionalità al giudice comune rappresenti la “chiave” del successo – dalla prospettiva della Corte costituzionale – del “modello temperato”. L'ampia discrezionalità riconosciuta oggi al giudice comune fa sorgere il necessario interrogativo sulla possibilità, o financo necessità, di precisare ulteriormente il nuovo corso attraverso *criteri-guida* che lo orientino nel “crocevia” delle questioni.

Per rispondere a questa domanda è necessario fare una premessa. Nel conflitto tra norma interna e norma della CdfUe o del diritto derivato produttiva di effetti diretti, il giudice deve disapplicare la prima, eventualmente con l'ausilio della Corte di giustizia. Come sottolineato dalla dottrina¹⁰⁸ che ha ricordato come l'integrazione europea poggi le proprie fondamenta sul principio del primato, sull'effetto diretto e sul rinvio pregiudiziale, l'incorporazione delle disposizioni della CdfUe in una questione di costituzionalità per il tramite dell'art. 117, primo

¹⁰⁵ E ciò non è bastato alla *Cour de cassation* che ha rinviato la questione al giudice remittente, imponendo la disapplicazione della norma nazionale, v. F.-X. MILLET, *La “question prioritaire de constitutionnalité”*, cit.

¹⁰⁶ Corte costituzionale, Servizio studi, Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Dati quantitativi e di analisi, riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019 presieduta da Giorgio Lattanzi, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Dati_quantitativi_e_di_analisi.pdf, p. 5 ss.

¹⁰⁷ Corte costituzionale, Servizio studi, Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019. Dati quantitativi e di analisi, in occasione della Relazione annuale della Presidente Marta Cartabia, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/4_servizio_studi_stat.pdf, p. 5 ss.

¹⁰⁸ Cfr. D. GALLO, *Challenging EU constitutional law*, cit. Sulla centralità del rinvio pregiudiziale, v. per tutti, A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *DUE*, 2019, p. 441 ss. nonché Corte giust., 18 dicembre 2014, Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 176 e 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, ECLI:EU:C:2018:853, punto 79.

comma Cost. rischia di frustrare l'autonomia del catalogo europeo dei diritti e in definitiva dello stesso diritto dell'Unione¹⁰⁹, comportando la degradazione della CdfUe a parametro costituzionale interposto (in modo non dissimile da quello che avviene per la CEDU)¹¹⁰ e disattendendo lo spirito stesso della copertura costituzionale offerta dall'art. 11 Cost.

Le tensioni con l'autonomia del diritto dell'Unione e del suo sistema di tutela dei diritti diventano ancora più problematiche se si riflette sulla capacità espansiva del "modello temperato". Se – seguendo il ragionamento della Consulta – anche il diritto derivato che attua o fornisce il modello della disposizione della CdfUe è attratto come parametro interposto sulla base del *criterio assiologico*, allora il modello è capace di estendersi alle diverse direttive dell'Unione che nei propri *considerando* richiamano apertamente i diritti fondamentali della CdfUe o che comunque a questi siano riconducibili, rappresentandone la concretizzazione. Basti pensare alle direttive in materia di diritto e processo penale: a titolo di mero esempio, la direttiva (UE) 2016/680¹¹¹ relativa al trattamento in materia di dati personali a fini di indagine, nel primo *considerando* rimanda all'art. 8 CdfUe; così ambisce a tutelare diversi diritti della CdfUe la direttiva (UE) 2016/800¹¹² sui diritti dei minori indagati o imputati¹¹³.

Di fronte a tale scenario, ci si può domandare, dunque, se non sia opportuno porre un limite alla discrezionalità, individuando criteri che perimetrino con ragionevole certezza lo spazio entro il quale il giudice può rimettere una questione alla Consulta.

Una parte della dottrina suggerisce come criterio la diversa intensità dell'incidenza normativa del diritto dell'Unione nella materia trattata¹¹⁴. Sulla base del *principio di prossimità*¹¹⁵, qualora la materia della fattispecie sia determinata o armonizzata totalmente dal

¹⁰⁹ Sull'autonomia del diritto dell'Unione europea, v. P. PESCATORE, *International Law and Community Law – A Comparative Analysis*, in *CMLR*, 1970, p. 167 ss.; K. LENAERTS, *The autonomy of European Union Law*, in *DUE*, 2018, p. 617 ss.; L.S. ROSSI, *Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes «constitutionnels» de l'Union européenne*, in *RTDE* 2019, p. 67 ss.

¹¹⁰ Per tutti, C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, www.osservatoriosullefonti.it.

¹¹¹ Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (GU L 119, p. 89).

¹¹² Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali (GU L 132, p. 1).

¹¹³ Il complesso "intreccio" tra principi generali, CdfUe e direttive è del resto ben conosciuto dalla stessa Corte di giustizia (Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709) nonché dalla migliore dottrina, T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, in *CYELS*, 2014, p. 361 ss.; L.S. ROSSI, *La relazione tra Carta e Diritti fondamentali dell'Unione europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10, www.federalismi.it.

¹¹⁴ Cfr. R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi passando per la Ceramica Sant'Agostino*, cit., p. 35 ss.; ID., *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 515 ss.; V. anche F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 12, p. 104 ss., www.federalismi.it.

¹¹⁵ Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 522. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai rapporti tra applicazione della CdfUe e del sistema nazionale di tutela dei diritti fondamentali, v. M.E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2019, p. 55 ss.

diritto dell'Unione¹¹⁶ – ragione per cui non residua alcun margine di discrezionalità del legislatore nazionale – il sistema di tutela dei diritti fondamentali applicabile non potrà essere che quello della CdfUe con la conseguenza che sarebbe da escludersi una prioritaria rimessione alla Consulta¹¹⁷. Inoltre, una soluzione di senso opposto rischierebbe di ledere il monopolio della Corte di giustizia sulle questioni di validità del diritto derivato dell'Unione come definito in *Foto-Frost*¹¹⁸, in quanto il giudizio sul comportamento dello Stato membro si ridurrebbe ad uno scrutinio da parte del giudice costituzionale sull'azione del legislatore dell'Unione. Di converso, qualora il settore materiale non sia armonizzato o lo sia solo in parte, residua uno spazio di discrezionalità per il legislatore nazionale e per il sistema di tutela dei diritti interno¹¹⁹, tale per cui “l'inversione” delle questioni è consentita¹²⁰.

In direzione opposta, altra parte della dottrina nega l'opportunità di prevedere criteri tesi a limitare la discrezionalità del giudice nei casi di doppia pregiudiziale, il quale potrà rimettere la questione alla Consulta sulla base di una “scelta illuminata”¹²¹ che tenga conto degli elementi fattuali e giuridici della controversia. Questa ipotesi convince in quanto contempera il ruolo del giudice comune dell'Unione e i vantaggi che, in limitati casi, potrebbero derivare da un intervento della Consulta¹²². In primo luogo, disapplicazione e dialogo con la Corte di giustizia

¹¹⁶ Anche il *Bundesverfassungsgericht* nei ricorsi diretti nei casi *Right to be forgotten I e II* (ordinanze del primo senato del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 e 1 BvR 276/17) ha sposato un simile criterio tale per cui, quando la materia è totalmente determinata dal diritto dell'Unione il giudice costituzionale stesso dovrà applicare come parametro le norme della CdfUe, mentre nel caso in cui il diritto dell'Unione lasci un margine di discrezionalità lo standard applicabile sarà quello della Legge Fondamentale. Sul punto, v. L.S. ROSSI, *Il nuovo corso del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 3, p. iv ss., www.federalismi.it; M. WENDEL, *The Two-Faced Guardian: or How One Half of the German Federal Constitutional Court Became a European Fundamental Rights Court*, in *CMLR*, 2020, p. 1383 ss.

¹¹⁷ Ad esempio, nella sentenza *Melloni*, il *Tribunal Constitucional* non poteva applicare lo standard di tutela nazionale – nella specie il diritto previsto dalla Costituzione spagnola a non subire un processo *in absentia*, come eccezione all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo richiesto dalle autorità giudiziarie italiane – dato che il relativo regime è definito dall'art. 4-bis, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI, il quale non lascia alcuno spazio di intervento normativo al legislatore nazionale, v. M.E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione*, cit., p. 65.

¹¹⁸ Corte giust., 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452, punti 16-18, sul punto v. J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2018, IX ed., p. 806.

¹¹⁹ V. Corte giust., 23 febbraio 2013, causa C-617/10, *Akerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 29.

¹²⁰ Cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., pp. 515-517, ritiene che il giudice comune, in sede di rimessione alla Consulta, o lo stesso giudice delle leggi nella propria pronuncia, debbano giustificare l'applicazione dello standard nazionale rispetto al primato, unità, efficacia del diritto dell'Unione.

¹²¹ Di «“illuminata” presa in esame e valutazione delle specificità del caso concreto volta a volta rilevante» parla C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta*, cit., p. 302 ss. L'A., dopo aver affermato che il sistema *Simmmenthal* rimane il modello che deve prediligere il giudice, definisce con l'espressione di “*pregiudizialità nascente*” i casi in cui: non vi è un previo accertamento della Corte di giustizia sulla natura direttamente efficace della norma dell'Unione né si verte nell'ipotesi di diretta applicabilità della norma UE; non vi è una sentenza della Corte costituzionale; risulta necessario un ulteriore chiarimento del giudice europeo. Non è peregrino domandarsi – in tali casi – se andrebbe predeterminato “forzatamente” un ordine logico o cronologico tra rinvio pregiudiziale e rimessione.

¹²² *Ibidem*, pp. 316-318. L'A. individua almeno sei casi in cui è possibile argomentare una opportuna previa rimessione alla Consulta: a) caso in cui venga in rilievo la violazione di un *controlimit*; b) caso in cui non sia rinvenibile la regola della specie (ne è un esempio la sentenza 20/2019 dove la Corte di giustizia lascia la disciplina della fattispecie ad un'operazione di bilanciamento del giudice); c) caso in cui vada sindacata la proporzionalità di una misura nazionale che limita il primato; d) caso in cui si debba valutare misure processuali nazionali che violino i principi di effettività e di equivalenza; e) caso in cui la disapplicazione comporti una lacuna normativa; f) casi di sistematici ostacoli opposti dal legislatore nazionale (L'A. fornisce l'esempio emblematico delle “concessioni balneari” al quale, in questa sede, si aggiunge quello dell'ordinanza n. 182/2020).

si prefigurano come il percorso meno accidentato e dunque “preferenziale”, ragion per cui non si vede il rischio di sistematiche rimessioni alla Consulta che giustificerebbe un irrigidimento della discrezionalità del giudice. In secondo luogo, tale opzione ha il pregio di coniugare il modello teorico con la realtà della giurisprudenza: con l’obiettivo di raggiungere la massima tutela dei diritti fondamentali, sovente il giudice si è dimostrato impermeabile alle regole che presidiano l’applicazione delle Carte e il coinvolgimento delle Corti. Risulta arduo immaginare il seguito, nella prassi, di criteri (per di più, come “l’obbligo” della sentenza n. 269/2017, previsti in via giurisprudenziale e non legislativa) atti a direzionarne la discrezionalità. In terzo ed ultimo luogo, la libertà lasciata al giudice potrebbe consentirgli di individuare, caso per caso, se una sentenza *erga omnes* si palesi come necessaria: il percorso costituzionale potrebbe, a differenza che in passato, venire in rilievo in momenti patologici dell’applicazione del diritto comunitario nel nostro ordinamento (l’ordinanza n. 182/2020 ne è un esempio) o in altre specifiche vicende individuate dal prudente apprezzamento del giudicante. Sono un curioso argomento a favore di quest’ultima considerazione le osservazioni della Commissione in *Simmenthal* in risposta al Governo italiano che difendeva la giurisprudenza costituzionale ostativa al potere di disapplicazione del giudice. Dopo aver affermato che tale “modello” era incompatibile con i trattati e che l’argomento tale per cui la sentenza *erga omnes* della Consulta poteva garantire certezza del diritto e una migliore applicazione del diritto comunitario non era idonea a scalfire l’assunto, questa riconosceva che «la nuova via aperta in Italia [...] consistente nel dichiarar[e] le norme confliggenti con il diritto comunitario] incostituzionali, può rappresentare un rafforzamento di tale diritto e rivelarsi utile in fattispecie complesse, che potrebbero dar vita a procedimenti giudiziari lunghi e complicati. Essa non può, tuttavia, sostituirsi, divenendo obbligatoria, alla via diretta che il giudice comune deve seguire in ogni altro caso e che consiste nell’applicare la norma comunitaria incompatibile [...] se questa concorrenza di rimedi sia ammissibile nel sistema costituzionale italiano è una questione che esula dal presente giudizio»¹²³.

La scelta di non prevedere criteri rigidi non si traduce nell’esimersi dal suggerire regole di buon senso o dal prefigurare casi in cui è possibile o viceversa sconsigliata una previa rimessione. Così, come nel caso da cui origina la sentenza n. 20/2019, se la Corte di giustizia ritiene che la norma comunitaria lasci un bilanciamento tra posizioni fondamentali al giudice comune, questo potrà devolverlo per una tutela uniforme in sede all’ordinamento alla Consulta. Al contrario, se per esempio si individui una giurisprudenza consolidata che non lasci alcun dubbio sulla diretta efficacia della norma della CdfUe o di una direttiva (senza che un bilanciamento sia richiesto), il giudice dovrebbe darne immediata applicazione: un esempio può essere la giurisprudenza relativa all’art. 50 CdfUe sul *ne bis in idem*¹²⁴ o il principio generale di non discriminazione in base all’età e religione, come attuato dalla direttiva 2000/78/CE¹²⁵.

8. Osservazioni conclusive

¹²³ Corte giust., 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, cit., precisamente a p. 639 della *Raccolta* 1978-000629.

¹²⁴ Corte giust., 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197; 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193; 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192;

¹²⁵ Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit. e 29 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*, ECLI:EU:CU:2010:21 e 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

Se la domanda di fondo sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale era se questa avrebbe cambiato i rapporti tra giudice comune e Corte di giustizia, la risposta sembra essere negativa. All'esito degli opportuni interventi, si è dinnanzi ad un sistema di prioritaria remissione non obbligatorio ma solo facoltativo che non preclude l'utilizzo del rinvio pregiudiziale e la disapplicazione all'esito dell'incidente di costituzionalità, pure sui medesimi profili oggetto di quest'ultimo.

Sembra, invece, che ciò che sia cambiato è il rapporto tra il giudice comune e la Corte costituzionale tramite l'estensione delle "maglie" della *rilevanza* della questione con riflessi anche sui rapporti tra giudice costituzionale e Corte di giustizia, dato che il primo dovrà ricorrere spesso al rinvio pregiudiziale per risolvere questioni che coinvolgono il diritto dell'Unione. Se nel sistema "*pre-269*" il giudice davanti al bivio della doppia pregiudiziale era obbligato (dalla stessa Consulta) a scegliere la prima strada (*percorso europeo*), nell'attuale configurazione anche la seconda via (*percorso costituzionale*)¹²⁶ si apre a coloro desiderosi di percorrerla; seppur, giova ricordarlo, tale modello rimanga ad ora "*derogatorio*", confinato alla CdfUe e al diritto derivato in connessione con quest'ultima. L'ampio spettro di tale perimetrazione fa dubitare delle aree di diritto dell'Unione potenzialmente escluse dal sindacato della Consulta; un tema tra i più delicati della nuova giurisprudenza costituzionale, che sarà necessariamente rimesso alla avvedutezza degli attori coinvolti e, su tutti, del giudice comune che, oggi più di ieri, è snodo nevralgico delle questioni pregiudiziali di diritto dell'Unione e delle questioni di costituzionalità che possono sorgere nelle controversie che è chiamato a dirimere.

La discrezionalità riconosciuta al giudice è un "messaggio" potente indirizzato sia alla Corte di giustizia sia alle stesse giurisdizioni nazionali. Riguardo a queste ultime, la Consulta ha preferito – dopo le prime incomprensioni – utilizzare l'arma della "persuasione" piuttosto che l'imposizione di un sistema obbligatorio, valorizzando ulteriormente il ruolo del giudice come terminale nella tutela multilivello dei diritti fondamentali: un risultato forse inaspettato, visto il tenore dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017, da cui questa recente evoluzione ha preso le mosse.

Preso atto che non si poteva, senza tensioni "interne" (con i giudici nazionali) ed "esterne" (con la Corte di giustizia), intervenire nel rapporto diretto tra i giudici comuni e Lussemburgo, la Consulta ha temperato l'*obiter* con un duplice intento: preservare intatto il "percorso europeo" e, parallelamente, aprire quello costituzionale. Dell'obbligatorietà della rimessione della questione di costituzionalità e dei dubbi sui possibili limiti al rinvio pregiudiziale e alla disapplicazione – gli aspetti più controversi, criticabili e preoccupanti dell'*obiter dictum* contenuto nella sentenza 269/2017 – non vi è più traccia, ma questo non si traduce nello svanire della relativa premessa. L'obiettivo del ri-accentramento "*rimane*", il mezzo per raggiungerlo diventa il giudice comune e la sua "scelta": un finale, forse, non del tutto previsto, che chiama l'interprete a monitorare con ancora maggiore attenzione le evoluzioni del fenomeno.

¹²⁶ Le espressioni "percorso costituzionale" e "percorso europeo", usate per indicare le strade che si dischiudono dinnanzi al giudice comune, sono utilizzate da R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., p. 494, spec. nota 4.