

LA SENTENZA N. 269 DEL 2017: UNA PRECISAZIONE FUORVIANTE?

Marco Dani*

I. PREMESSA

Si può guardare alla *precisazione* contenuta nella sent. n. 269 del 2017 come ad un tentativo di affrontare alcuni sintomi di disagio nell'ambito dei rapporti tra l'ordinamento costituzionale italiano ed il diritto dell'Unione europea. Si tratta di sintomi reali che incidono su aspetti nevralgici dell'assetto istituzionale interno e che richiedono interventi di manutenzione delle regole di ingaggio stabilite in *Granital*¹ a fronte di sviluppi e, talvolta, di degenerazioni riscontrate nella prassi applicativa.

Il sintomo più evidente è costituito dal processo di graduale erosione del controllo accentrato di costituzionalità determinato dal cosiddetto *traboccamento* della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (CDFUE) (BARBERA 2018, pp. 153-156). Di traboccamento si parla anzitutto con riferimento all'applicazione della Carta a casi collocati al di fuori dei confini tracciati dall'art. 51 CDFUE. Alla progressiva emarginazione della giurisdizione costituzionale nazionale contribuisce poi anche il frequente ricorso dei giudici comuni alla disapplicazione della legge incompatibile con la Carta, operazione a cui si procede con o senza il coinvolgimento della Corte di giustizia, ma in ogni caso producendo un effetto di prosciugamento dei giudizi in via incidentale di fronte alla Consulta (SCACCIA 2018, pp. 4-5).

La volontà di rivedere i principi formulati in *Granital* non risponde però solo all'esigenza di difendere il carattere accentrato della giustizia costituzionale. Coloro che lamentano la progressiva emarginazione della Corte costituzionale non sono motivati solo dalla preoccupazione di difendere quello che è considerato un elemento identitario del sistema repubblicano (BARBERA 2018, p. 157; MASSA 2019b, p. 19), ma sono impensieriti anche dalle conseguenze sistemiche di questo fenomeno, ovvero dall'emarginazione dei diritti costituzionali a cui fatalmente si perviene nel momento in cui la giurisdizione della Corte costituzionale si trova a dover lasciare

* Marco Dani è Professore associato di Diritto pubblico comparato dell'Università di Trento (marco.dani@unitn.it).

¹ Corte cost. sent. n. 170 del 1984.

spazio a quella della Corte di giustizia². Siamo qui in presenza di un sintomo forse meno visibile, ma altrettanto (se non forse più) preoccupante: l'esigenza di mettere mano a *Granital* rinvia a riflessioni di più ampio respiro riguardanti la natura dei diritti fondamentali previsti dalla CDFUE, la loro più spiccata matrice individualista ed il connesso rischio di dissipazione della tradizione personalista e welfarista propria delle costituzioni nazionali (CARTABIA 2009; SCHARPF 2010; KOMÁREK 2014).

Con la sent. n. 269 del 2017 e con le pronunce successive che ad essa hanno dato seguito, la Corte costituzionale ha predisposto e sperimentato una terapia ispirata dalle migliori intenzioni. L'obiettivo non è infatti quello dell'arroccamento e della difesa in chiave meramente oppositiva dell'identità costituzionale nazionale. Quelle pronunce vedono la Corte impegnata in una strategia diretta a voler riaffermare il proprio protagonismo attraverso la creazione di un rapporto privilegiato con la Corte di giustizia (MASSA 2019a, p. 756), a discapito delle relazioni fin qui sviluppate da quest'ultima con i giudici comuni in base a *Granital*. Il terreno in cui questo nuovo protagonismo si dovrebbe concretizzare è quello della tutela dei diritti fondamentali; il metodo che si intende seguire è quello di una ridefinizione dei rimedi giurisdizionali predisposti a sostegno del primato del diritto dell'Unione (e, in particolare, della CDFUE). Insomma, la Corte costituzionale non si accontenta degli angusti margini di manovra ad essa assegnati da *Granital*, ma pretende di tornare a svolgere un ruolo più incisivo e centrale nella tutela dei diritti della persona, arrogandosi il diritto alla prima parola nel dialogo con la Corte di giustizia all'interno del meccanismo del rinvio pregiudiziale (GUAZZAROTTI 2017, p. 2; MASSA 2019a, p. 750).

Malgrado i suoi buoni propositi, una simile strategia suscita più di una perplessità. Per quanto la Corte costituzionale individui correttamente i sintomi di un malessere profondo, la diagnosi della patologia che essa formula appare in larga misura errata. Quel che è peggio è che tale diagnosi rischia di distrarre rispetto all'effettiva portata del male da curare, ovvero l'assetto complessivo dei rapporti tra ordinamenti costituzionali nazionali e diritto dell'UE. Insomma, se si muove da una diagnosi errata di sintomi reali, non solo è improbabile che la terapia sperimentata porti a guarigione, ma vi è anche il rischio di esporre il paziente ad una serie di spiacevoli effetti collaterali. Di qui la necessità di una diagnosi più centrata e, di conseguenza, di una terapia alternativa più efficace.

2. UNA DIAGNOSI NON CONVINCENTE

Se si è arrivati ad una situazione nella quale il controllo accentrato di costituzionalità è prosciugato ed i diritti costituzionali sono emarginati a che cosa lo si deve? Secondo la *precisazione*, la causa del problema sarebbe da individuare da un lato nell'entrata in vigore della CDFUE, dall'altro nella tendenza diffusa tra i giudici comuni di dare applicazione diretta alle norme della CDFUE, con contestuale disapplicazione delle leggi incompatibili. Ma è corretto individuare nell'entrata in vigore della CDFUE

² Cfr. Corte giust., C-44/79, *Hauer*, 13 dicembre 1979.

la causa dell'erosione della giurisdizione costituzionale e dei diritti costituzionali? E davvero per porvi rimedio è necessario intervenire su *Granital*?

Prima di rispondere a queste domande, è opportuno precisare alcuni aspetti del regime previsto in *Granital* e nel suo precursore *Simmmenthal II*³ che nel dibattito suscitato dalla sent. n. 269 del 2017 sembrano talvolta essere trascurati:

a) occorre anzitutto ricordare che *Granital* è un precedente che presuppone l'esistenza di norme di diritto dell'UE non solo direttamente applicabili, ma anche dal contenuto precettivo compiuto (BARBERA 2018, p. 156). *Simmmenthal II* è una pronuncia avente ad oggetto quello che oggi è l'art. 30 TFUE (divieto di dazi e di misure aventi effetti equivalenti), ovvero l'unica norma di regolamentazione del mercato prevista dai trattati per cui non è ammessa deroga. *Granital* è un caso che riguarda un regolamento che disciplina nel dettaglio il regime di calcolo dei dazi all'importazione dei cereali. In entrambi i casi siamo quindi in presenza di regole, non di principi;

b) nonostante spesso si affermi il contrario (FERRERES COMELLA 2009, p. 111 e ss.; CHESSA 2014, p. 97), *Granital* non introduce un controllo di compatibilità del diritto interno con il diritto UE di tipo diffuso. Nonostante questa sentenza attribuisca ai giudici comuni il potere di disapplicare le norme contrarie al diritto dell'Unione, il regime da essa definito è strettamente connesso all'esistenza del rinvio pregiudiziale, ovvero di un sistema che presuppone una stretta collaborazione tra periferia (giudici comuni) e centro (Corte di giustizia). Più nello specifico, questa cooperazione è giuridicamente imprescindibile nel rinvio pregiudiziale di validità⁴, obbligatoria nei rinvii di tipo interpretativo per i giudici di ultima istanza⁵ e facoltativa quando sono in questione l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli altri giudici comuni. Questo dato emerge chiaramente in *Granital*⁶, dove si sottolinea l'importanza del rinvio pregiudiziale proprio al fine di assicurare gli obiettivi sottostanti al controllo accentrato di costituzionalità: la certezza del diritto, l'eguaglianza e l'uniformità (FERRERES COMELLA 2009, pp. 20-26). Di conseguenza, il regime previsto in *Granital* presuppone il coinvolgimento della Corte di giustizia, nell'assunto ormai pacifico che l'uso alternativo del rinvio pregiudiziale (ADAM-TIZZANO 2008, p. 305) porti nei fatti a caducare con effetti *erga omnes* le norme di diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione⁷;

³ Corte giust., C-106/77, *Simmmenthal II*, 9 marzo 1978.

⁴ Cfr. Corte giust., C-314/85, *Foto-frost*, 22 ottobre 1987 e Corte giust., C-112/13, *A c. B e altri*, 11 settembre 2014.

⁵ Nei limiti definiti in Corte giust., C-283/81, *Cilfit*, 6 ottobre 1972.

⁶ Si veda in particolare il § 6 dove la Corte afferma: "Il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Solo così è soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, sempre avvertita nella giurisprudenza di questo Collegio, che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea" (corsivi aggiunti).

⁷ L'effetto *erga omnes* delle sentenze della Corte di giustizia è conseguito anche attraverso l'obbligo posto in capo al legislatore di procedere annualmente alla depurazione dell'ordinamento da norme in contrasto con il diritto dell'UE, cfr. art. 30(3) della legge 234/2012.

c) al tempo in cui fu decisa, *Granital* non era una sentenza che emarginava la Corte costituzionale. Oltre ad assicurare ad essa la possibilità di intervenire nei casi riguardanti il diritto dell'Unione non direttamente applicabile⁸ e nell'ipotesi di *controlimiti*⁹, il regime in essa previsto non comportava interferenze del diritto dell'Unione e della Corte di Giustizia nelle *supranational law free zones* (BOBEK 2012, p. 302) in cui si svolgeva gran parte dell'attività della Corte costituzionale. Questo accadeva non tanto perché l'Unione era ancora sprovvista di un catalogo di diritti fondamentali, quanto perché le sue competenze erano ancora piuttosto circoscritte e, di conseguenza, ampie erano le zone dell'ordinamento sottratte all'influenza del diritto UE.

Pertanto, se *Granital* è divenuto un precedente problematico o, comunque, bisognoso di revisione per gli effetti che determina sulla giurisdizione della Corte costituzionale lo si deve non tanto al suo contenuto, quanto ad una serie di cedimenti verificatisi in relazione a ciascuno degli aspetti sopra citati. A snaturare il regime *Granital* hanno contribuito anzitutto i giudici comuni e la Corte di giustizia, quando con una certa *nonchalance* hanno deciso di estendere la dottrina dell'effetto diretto anche a norme dal contenuto precettivo incompiuto¹⁰. A questo si aggiunga il sempre più frequente ricorso dei giudici comuni alla disapplicazione del diritto interno, anche in assenza di rinvio pregiudiziale (o di puntuali precedenti della Corte di giustizia). Ma soprattutto l'emarginazione della Corte costituzionale si è prodotta come effetto collaterale dell'espansione delle competenze dell'Unione, iniziata già prima di *Granital* e sviluppatasi in modo spettacolare a partire dall'Atto Unico Europeo.

Se questa ricostruzione è corretta, si comprende allora perché la precisazione della sent. n. 269 del 2017 sia fondata su una diagnosi poco convincente. La sent. n. 269 del 2017 si occupa infatti solo (ed in maniera parziale) del primo profilo, ossia dell'applicazione diretta delle norme dal contenuto incompiuto incluse nella CDFUE. Quanto agli altri due cedimenti, la Corte costituzionale si dimostra indifferente. Nessuna posizione si prende nella *precisazione* in merito alle disapplicazioni della legge in assenza di rinvio pregiudiziale, forse perché proprio nella non obbligatorietà del rinvio pregiudiziale si è intravisto un varco in cui inserire la revisione di *Granital*. E nulla si dice anche sul tema di fondo riguardante l'estensione delle competenze dell'Unione, probabilmente perché, e non senza valide ragioni, si ritiene che ad esso sia difficile dare una risposta in sede giurisdizionale. Nondimeno, il malessere sottostante ai sintomi è alimentato da tutti e tre questi aspetti. Concentrarsi solo su uno di essi ed ignorare la complessità del problema non costituisce il presupposto migliore per la predisposizione di una risposta efficace.

3. PROBABILE INEFFICACIA DELLA TERAPIA E POSSIBILI CONTROINDICAZIONI

La terapia in via di sperimentazione a partire dalla sent. n. 269 del 2017 assume la forma di una deroga al regime *Granital*. La *precisazione* ribadisce che quest'ultimo

⁸ Si vedano in proposito le Corte cost., sentt. nn. 28 e 227 del 2010 e Corte cost., ord. n. 207 del 2013.

⁹ Cfr. ord. n. 24/2017.

¹⁰ Cfr. Corte giust., C-144/04, *Mangold*, 22 novembre 2005.

continua in linea di principio ad avere applicazione, salvo nei casi in cui viene in rilievo la CDFUE. In questi ultimi, infatti, il giudice ordinario è invitato a rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale che, eventualmente, valuterà a sua volta se procedere ad un rinvio pregiudiziale.

Al di là delle complesse implicazioni di una simile decisione, occorre interrogarsi sull'efficacia della terapia in relazione alle criticità evidenziate nel paragrafo precedente. Si può anzitutto osservare che la sent. n. 269 del 2017 affronta in maniera parziale il problema della disapplicazione della legge in presenza di norme di diritto dell'Unione dal significato precettivo incompiuto. Come è si è ricordato, la *precisazione* prevede un regime derogatorio di *Granital* che si applica solo quando ad essere invocata in giudizio è una norma della CDFUE¹¹. La scelta di enucleare in questo modo l'ambito di operatività del nuovo regime è giustificata dall'intenzione di riaffermare la giurisdizione costituzionale nel suo ambito simbolicamente più significativo, ovvero quello della tutela dei diritti fondamentali. Lungi però dal perimetrare la deroga in base ad un criterio assiologico-sostanziale (RUGGERI 2017, pp. 5-7), la scelta di attivare la giurisdizione costituzionale in concomitanza con l'invocazione della CDFUE appare formalistica, parziale e, per certi versi, arbitraria. Oltre infatti a stabilire un doppio binario che strida con l'equiparazione degli effetti dei Trattati e della CDFUE stabilita dall'art. 6 TUE (SCACCIA 2018, p. 10), non si comprende perché solo la violazione dei diritti della persona (e, tra questi, solo di quelli previsti dalla CDFUE) postuli una pronuncia con effetto *erga omnes* da parte della Corte costituzionale. Perché lo stesso regime non dovrebbe valere per altri principi quali quelli della regolamentazione del mercato o per norme in materia di diritti non incluse nella Carta come quelle in materia di cittadinanza europea o di parità di genere? Su quale base si giustifica una simile distinzione? Nulla ci viene detto a riguardo dalla Corte costituzionale. Ma se si pensa a casi come *Ruiz Zambrano*¹², *Dano*¹³ e *Coman*¹⁴, è facile accorgersi dell'esistenza di tutta una serie di questioni assiologicamente pregnanti che, anche in vigenza del regime introdotto dalla sent. n. 269 del 2017, continueranno ad essere trattate sull'asse giudici comuni-Corte di giustizia. Anche in ossequio alla *precisazione*, pertanto, leggi dal contenuto politicamente o eticamente saliente potranno essere reinterpretate o addirittura disapplicate in virtù di norme di diritto dell'Unione dal significato incompiuto, a prescindere da un intervento della Corte costituzionale.

Strettamente connesso a questo problema, è un ulteriore profilo critico che merita di essere evidenziato. Una serie di norme della CDFUE riprende principi già espressi e tuttora vigenti nel testo dei trattati. L'esistenza di questi doppioni offre una facile via per aggirare il nuovo regime introdotto dalla precisazione. Per esempio, le questioni relative alla parità di genere possono essere indifferentemente sottoposte al giudizio della Corte costituzionale o della Corte di giustizia a seconda

¹¹ Con la sent. 20 del 2019 questo regime derogatorio è stato esteso anche alle norme di diritto derivato connesse alla CDFUE quali la Direttiva 95/46/CE in materia di tutela della privacy.

¹² Corte giust., C-34/09, *Ruiz Zambrano*, 8 marzo 2011.

¹³ Corte giust., C-333/13, *Elisabeta Dano*, 11 novembre 2014.

¹⁴ Corte giust., C-673/16, *Coman*, 5 giugno 2018.

che si invocano rispettivamente gli artt. 21-23 CDFUE o gli artt. 8-157 TFUE¹⁵; lo stesso dicasi per la tutela della privacy, per la quale si possono far valere tanto gli artt. 7-8 CDFUE quanto l'art. 16 TFUE. Ulteriori occasioni di aggiramento sono poi offerte dall'ormai rilevante *corpus* di norme legislative che incorporano disposizioni a tutela dei diritti fondamentali in materia di anti-discriminazione e, ancora, di privacy (MUIR 2014). Se si fosse presentato in Italia il controverso caso *Achbita*¹⁶ (WEILER 2018), con tutta probabilità esso sarebbe stato deciso senza scomodare la Consulta, essendo state in esso invocate solo le norme della direttiva in materia di anti-discriminazione, pur in presenza di disposizioni dal tenore analogo nella CDFUE.

Il criterio di ripartizione impiegato nella precisazione non si espone a critiche solo in ragione della sua parzialità e del suo formalismo. A ben vedere, a non convincere è anche la *ratio* sottostante alla precisazione, ovvero quella di chiamare in causa la Corte costituzionale su questioni su cui, almeno *prima facie*, la tutela dei diritti fondamentali offerta dalla Corte di giustizia offre sufficienti garanzie. In altre parole, la Corte costituzionale sembra preoccuparsi di intervenire proprio negli ambiti in cui la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si rivela più convincente e, quindi, l'esigenza di suo intervento è meno pressante (e, comunque, rimarrebbe possibile, seppure in seconda battuta, con l'attivazione dei controlimiti) (DANI 2017, pp. 796-799). Al contrario, la precisazione continua a lasciare in balia del circuito giudici comuni-Corte di giustizia i settori da cui storicamente sono venuti gli attacchi più insidiosi ai diritti costituzionali. Il pensiero va qui a tutti i casi in cui i principi di regolamentazione del mercato hanno oscurato i diritti fondamentali¹⁷ o hanno contribuito a destabilizzare le strutture dello stato sociale¹⁸. Insomma, se si confronta il regime della sent. n. 269 del 2017 con le reali criticità riscontrabili nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si può pervenire ad una conclusione paradossale: se davvero si voleva ridiscutere *Granital* per potenziare la tutela dei diritti costituzionali attraverso un apporto costruttivo della Corte costituzionale, questo doveva essere previsto non tanto all'interno dell'ambito applicativo della CDFUE, quanto al suo esterno, ovvero negli ambiti in cui maggiore è il disallineamento tra diritto dell'UE e diritto costituzionale nazionale (BIN, 2018, p. 69 ss.).

Nel valutare l'efficacia della terapia, è opportuno poi vagliarne la tenuta e la coerenza anche sul lato procedurale. La *precisazione*, infatti, riformula il regime *Granital* introducendo un sistema caratterizzato da una notevole incertezza, se non da una vera e propria aleatorietà procedurale. Così facendo, si determina un ulteriore para-

¹⁵ La stessa Corte costituzionale, poco prima della *precisazione*, ha affermato che questioni riguardanti l'interpretazione dell'art. 157 TFUE rientrano nella giurisdizione dei giudici comuni e della Corte di giustizia (cfr. sent. n. 111 del 2017). È interessante notare che nel caso in questione erano stati invocati anche gli artt. 21-23 CDFUE.

¹⁶ Corte giust., C-157/15, *Samira Achbita*, 14 marzo 2017.

¹⁷ Cfr. ad es. Corte giust., C-438/05, *Viking Line*, 11 dicembre 2007.

¹⁸ Cfr. ad es. Corte giust., C-73/08, *Bressol*, 13 aprile 2010, o Corte giust., C-372/04, *Watts*, 16 maggio 2006.

dosso: la soluzione che era stata congegnata per salvaguardare il controllo accentrato di costituzionalità a presidio della certezza del diritto sostanziale rischia di alimentare una notevole incertezza in merito all'iter procedurale a cui i giudici comuni si devono attenere. Come è noto, infatti, la sent. n. 269 del 2017 non impone una deroga netta al regime *Granital*. I giudici comuni, infatti, non sono tenuti indefettibilmente a rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale in caso di questioni riguardanti la CDFUE. In ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹, la Corte costituzionale continua a fare salva la prerogativa dei giudici ordinari di potersi rivolgere in qualsiasi momento alla Corte di Lussemburgo. La precisazione, quindi, non disinnesci totalmente il rinvio pregiudiziale in presenza di norme della CDFUE, ma piuttosto incoraggia il giudice comune a privilegiare la formulazione di una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta. Se, infatti, nella sent. n. 269 del 2017 il concorso di rimedi e, quindi, la priorità della questione di legittimità costituzionale poteva apparire vincolata, nelle successive sentt. nn. 20 e 63 del 2019 si riconosce esplicitamente che spetta al giudice comune valutare liberamente a quale sede di controllo accentrato rivolgersi (REPETTO 2019, p. 6). Un simile risultato è tutt'altro che appagante ed infatti la dottrina più consapevole dei rischi insiti in una simile situazione si è impegnata a suggerire criteri diretti a razionalizzare le scelte del giudice comune (REPETTO 2019, p. 11; MASSA 2019b, pp. 13-14; RUGGERI 2018, p. 6; SCACCIA 2018, p. 8). Nonostante questi tentativi, tuttavia, la scelta della Corte costituzionale di formulare una deroga a *Granital* all'interno degli interstizi della giurisprudenza della Corte di giustizia (MASSA 2019a, p. 751) conduce inevitabilmente ad una situazione in cui il giudice comune rimane sostanzialmente libero non solo di scegliere più o meno arbitrariamente a quale Corte rivolgersi senza timore di patire alcuna conseguenza in termini di inammissibilità della questione, ma (probabilmente) anche di procedere autonomamente all'applicazione diretta della CDFUE. È difficile individuare una *ratio* complessiva sottostante ad un simile sistema di rimedi; soprattutto, è difficile ritenere che un meccanismo così strutturato sia in grado di riaccentrare nella Corte costituzionale *tutte* le questioni riguardanti i diritti della persona e, quindi, di apprestare un'efficace risposta al secondo cedimento sopra segnalato.

Come si è anticipato, la precisazione e le sentenze ad essa successive non si occupano minimamente del terzo cedimento, ovvero dell'espansione delle competenze UE e della contestuale generalizzazione del regime *Granital*. Si accennerà brevemente in conclusione a quella che è la vera posta in gioco in questo dibattito. Ora è opportuno invece dare conto di due vistose controindicazioni connesse al regime introdotto dalla *precisazione* e di quella che avrebbe potuto (potrebbe?) essere una terapia alternativa a quella in via di sperimentazione.

Si è correttamente osservato (REPETTO 2019, p. 7) che una delle implicazioni della *precisazione* è il trasferimento in capo alla Corte costituzionale anche del controllo

¹⁹ Cfr., in particolare, Corte giust., C-188/10, *Melki e Abdeli*, 22 giugno 2010, e Corte giust., C-112/13, *A. c. B e altri*, 11 settembre 2014.

sul rispetto della CDFUE da parte delle leggi di attuazione del diritto dell'Unione²⁰. Una simile scelta è motivata nella *precisazione* con l'idea di concretizzare l'art. 52 CDFUE nella parte in cui richiede di interpretare la CDFUE in conformità con le tradizioni costituzionali *comuni*. Nondimeno, siamo qui in presenza di un profilo che suscita ulteriori perplessità. Anzitutto, il trasferimento in capo alla Corte costituzionale di simili questioni implica la possibilità di una interpretazione unilaterale della CDFUE da parte del giudice costituzionale italiano, visto che quest'ultimo rimane libero di impiegare o meno il rinvio pregiudiziale per interpretare il parametro interposto²¹. Rispetto ad un simile scenario di *patriation* della CDFUE²², non solo è facile anticipare la contrarietà della Corte di giustizia in qualità di interprete ufficiale della CDFUE e delle tradizioni costituzionali comuni (ROSSI 2018, p. 6), ma anche quella dei giudici comuni, ai quali la Corte costituzionale non potrebbe, se non attraverso il dubbio schermo dell'art. 117 Cost. e del parametro interposto, imporre la propria lettura della CDFUE (CONTI 2017, p. 3). Anche qui ci si trova di fronte ad un paradosso: nel porsi a presidio del controllo accentrato di costituzionalità a livello nazionale, la *precisazione* inserisce un elemento di diffusione nell'interpretazione della CDFUE e, di conseguenza, rischia di indebolire la natura accentrata del rinvio pregiudiziale.

Nei casi riguardanti la compatibilità di misure nazionali attuative del diritto derivato dell'Unione con la CDFUE, la *precisazione* prefigura poi la possibilità di un'applicazione congiunta di parametri costituzionali ed europei, soprattutto laddove il diritto derivato riserva significativi spazi di discrezionalità al legislatore nazionale²³ (REPETTO 2019, p. 9). In simili circostanze, il cumulo di parametri e di rimedi europei e nazionali pare nell'ordine delle cose ed è in queste situazioni che i cultori del pluralismo costituzionale possono dare sfogo alle proprie suggestioni intellettualistiche. Se però ci si accosta pragmaticamente a questi casi, il cumulo di parametri e di rimedi così come l'incertezza in merito all'effettivo iter procedurale di una causa paiono destabilizzare le aspettative di certezza degli operatori del diritto e dei cittadini. In simili questioni c'è da chiedersi quindi se sia davvero auspicabile enucleare un ambito di intervento per la giurisdizione costituzionale in presenza di una soluzione più lineare quale potrebbe essere l'applicazione della sola CDFUE alle direttive UE e a tutte le misure nazionali chiamate ad attuarle.

Quest'ultima considerazione induce ad un'ulteriore riflessione in merito ad un'altra controindicazione insita nel sistema della pregiudizialità. In dottrina si esprime talvolta un certo entusiasmo per la prospettiva di un concorso di rimedi costituzionali ed europei (TORRES PÉREZ 2009). C'è tuttavia da dubitare seriamente

²⁰ Si vedano al riguardo le sentt. nn. 63 e 112 del 2019 e l'ord. n. 117 del 2019.

²¹ Cfr. sentt. nn. 63 del 2019 e 112 del 2019, dove infatti si utilizza come parametro interposto la CDFUE senza verificarne preventivamente l'interpretazione con CGUE.

²² Allo stato attuale concretizzatosi nella sola sent. n. 112 del 2019, dove la Corte costituzionale ha proceduto all'interpretazione degli artt. 17 e 49 CDFUE senza alcuna interlocuzione con la Corte di giustizia.

²³ Si vedano al riguardo la sent. n. 112 del 2019 e l'ord. n. 117 del 2019.

che la tutela dei diritti fondamentali possa trarre vantaggio da un sistema che non solo contiene gli elementi di incertezza a cui si è fatto riferimento in precedenza, ma che, se effettivamente impiegato al massimo delle sue potenzialità (ovvero, facendo uso sia dell'incidente di costituzionalità che del rinvio pregiudiziale), è assai probabile incida in maniera significativa sui tempi ed i costi della tutela giurisdizionale. Secondo i dati disponibili più recenti, l'incidente di costituzionalità comporta un aggravio di almeno 389 giorni sui normali tempi processuali²⁴, a cui vanno ad aggiungersi circa 15,7 mesi indispensabili per l'espletamento del rinvio pregiudiziale²⁵. Si tratta grossomodo di ulteriori due anni e mezzo di attesa, probabilmente un prolungamento insostenibile se rapportato alla tempistica già intollerabilmente dilatata dei processi in Italia.

4. UN (PARZIALE) RIMEDIO ALTERNATIVO

Esisteva (esiste?) una soluzione diversa da quella contenuta nella precisazione per affrontare efficacemente le criticità di *Granital*? Prima di tracciare i contorni di un rimedio alternativo, è opportuno svolgere due brevi premesse. In primo luogo, è bene ricordare che la ricerca di una soluzione alternativa a quella contenuta nella *precisazione* non deve per forza limitarsi alle sole opzioni nella disponibilità della Corte costituzionale. Compito (e privilegio) della dottrina è quello di poter elaborare una riflessione di sistema al fine di sollecitare il contributo costruttivo da parte di tutti gli attori istituzionali interessati ad un'efficace organizzazione dei rapporti tra ordinamenti. In secondo luogo, occorre riconoscere che un intervento di manutenzione su *Granital* diverso da quello delineato dalla Corte costituzionale può essere utile per affrontare solo alcuni dei cedimenti che sono all'origine dell'erosione della giurisdizione costituzionale. Come si dirà in conclusione, il cedimento più importante – l'espansione delle competenze dell'Unione – è questione che sarebbe illusorio voler risolvere con interventi giurisdizionali di piccolo cabotaggio, ma che invece rinvia a decisioni strutturali che obbligano i decisori politici italiani ad una scelta di campo piuttosto netta in merito al tipo di integrazione europea che si desidera promuovere ed al ruolo che in questa potranno svolgere i diritti costituzionali.

Una rivisitazione di *Granital* dovrebbe anzitutto muovere da un'attenta delimitazione dell'ambito in cui si intende intervenire. La priorità dovrebbe anzitutto essere attribuita all'esigenza di arginare l'attivismo dei giudici comuni e, in particolare, la loro propensione a disapplicare la legge in base a norme di diritto dell'Unione dal significato incompiuto senza procedere al rinvio pregiudiziale. In questa prospettiva, l'aggiornamento di *Granital* richiederebbe di distinguere non tanto tra casi in cui viene in rilievo la CDFUE e casi in cui questa non trova applicazione perché, come si è detto, l'esigenza di assicurare un controllo accentrato si manifesta infatti in una

²⁴ Corte costituzionale, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Dati quantitativi e di analisi*, 18. Il dato riportato riguarda il periodo che va dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione in Gazzetta Ufficiale alla trattazione in udienza pubblica o in camera di consiglio.

²⁵ Corte di giustizia dell'UE, *Relazione annuale 2018. Panoramica dell'anno*, 18 e 43.

pluralità di altri casi riguardanti principi di diritto dell'Unione contenuti nei trattati e nel diritto derivato. Piuttosto che enucleare più o meno arbitrariamente i soli casi riguardanti la Carta, sarebbe opportuno distinguere tra casi riguardanti regole e casi riguardanti principi di diritto dell'UE (BARBERA 2018, p. 158). Se per primi si potrebbe confermare *in toto* il regime *Granital*, per i secondi si dovrebbe passare ad un regime nel quale ai giudici comuni sarebbe imposto l'obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia prima di procedere alla eventuale disapplicazione del diritto interno. Tale risultato non richiederebbe la manomissione di *Granital*, ma solo un perfezionamento del sistema del rinvio pregiudiziale. Si potrebbe per esempio stabilire per legge che la disapplicazione del diritto interno a vantaggio di un principio dell'Unione richieda inderogabilmente la previa attivazione dell'art. 267 TFUE²⁶. In presenza di un simile obbligo legislativo, eventuali pronunce che disapplicassero il diritto interno a favore di un principio dell'UE in assenza del rinvio pregiudiziale potrebbero essere impugnate per violazione di legge, conseguendo così un risultato abbastanza simile a quello già riscontrabile in Germania²⁷, dove la mancata effettuazione di un rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune può essere sanzionata attraverso il ricorso individuale diretto di fronte alla Tribunale costituzionale federale (DI MARTINO 2019, p. 764; SAIITO 2019, pp. 791-792).

Non vi è dubbio: la soluzione proposta garantirebbe il carattere accentrato del rinvio pregiudiziale, ma in nulla modificherebbe la posizione assegnata alla Corte costituzionale dal regime *Granital*. La Corte costituzionale, infatti, continuerebbe ad operare ai margini della giurisdizione della Corte di giustizia e, con tutta probabilità, non riuscirebbe a "toccare palla" in un numero rilevante di casi riguardanti la tutela dei diritti della persona. È a questo riguardo però che è doveroso porsi un interrogativo radicale: davvero la tutela dei diritti nell'ambito di applicazione della CDFUE richiede un contributo centrale della Corte costituzionale? Se davvero si confida nella capacità della Corte di giustizia di fornire, almeno *prima facie*, una tutela sufficiente ai diritti, non vi è ragione alcuna che giustifichi il disinnesco del rinvio pregiudiziale o l'aggravamento dell'iter procedimentale complessivo di un caso con il cumulo dell'incidente di costituzionalità e del rinvio pregiudiziale. Certo, ci sono ancora nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo pronunce che suscitano perplessità in ragione del persistente disallineamento del diritto dell'Unione con i canoni del costituzionalismo democratico e sociale. Nondimeno, per questi casi (e, quindi, in via straordinaria), il protocollo *Granital* affida al giudice comune la responsabilità di attivare in via reattiva e difensiva la Corte costituzionale a tutela dei *controlimiti*, eventualità quest'ultima che da sola può costituire un rimedio rispetto ad eccessive arditezze o trascuratezze dei giudici di Lussemburgo (DANI 2017, pp. 799-800).

²⁶ Si tratterebbe in buona sostanza di applicare ai rinvii pregiudiziali di tipo interpretativo da parte di giudici non di ultima istanza un regime analogo al regime *Foto-Frost*, già in uso per i rinvii pregiudiziali riguardanti la validità degli atti dell'Unione. Questo significherebbe anche che il giudice ordinario non sarebbe tenuto al rinvio pregiudiziale nell'ipotesi in cui ritenesse la legge interna compatibile con un principio dell'UE.

²⁷ Cfr. BVerfG 2 B v R 424/17, §36.

Ma al di là di quest'ultimo scenario, l'idea che l'applicazione della CDFUE non possa essere affidata principalmente ad un dialogo fra la Corte di giustizia ed i giudici comuni (BARBERA 2018, p. 167) è una petizione di principio smentita ormai da una pluralità di casi decisi negli ultimi anni. Meritevole di una smentita è anche l'asserita incapacità dei giudici ordinari di esprimere un'adeguata cultura costituzionale (KOMÁREK 2014, p. 531). La giurisdizione comune ha da tempo dimostrato di saper aderire al dettato costituzionale e di collaborare costruttivamente con la Corte costituzionale (CAPPELLETTI 1970, pp. 1050-1051; LAMARQUE 2012, p. 101 ss.; CHessa 2014, pp. 44-47). Se questo è vero, non si comprende allora perché una simile disponibilità non possa essere valorizzata anche in direzione di Lussemburgo, incoraggiando i giudici comuni a convogliare all'interno del rinvio pregiudiziale le informazioni riguardanti il patrimonio costituzionale nazionale, in modo da affinare la sensibilità costituzionale della Corte di giustizia nell'interpretazione dei principi di diritto dell'Unione (DANI 2017, p. 798).

In conclusione, il regime *Granital*, se adeguatamente utilizzato, offre sufficienti garanzie per trattare nell'ambito del rinvio pregiudiziale questioni particolarmente salienti senza che a farne le spese sia il patrimonio costituzionale nazionale. Certo, questo non significa aver risolto il problema dell'emarginazione della Corte costituzionale. Ma se davvero questa è la priorità che si intende affermare, l'ambito in cui ci si dovrebbe muovere non è quello dei rapporti tra le corti europee, ma piuttosto quello delle competenze dell'Unione.

5. OLTRE LA PRECISAZIONE: COMPETENZE DELL'UNIONE E GIURISDIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La riaffermazione della validità del regime *Granital* ed il perfezionamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale offrono una risposta solamente ai primi due cedimenti osservati al § 2. L'emarginazione della Corte costituzionale e dei diritti costituzionali è però un processo in larga misura causato dal terzo cedimento: l'espansione delle competenze dell'Unione europea ad un novero di materie ben più ampio di quello attribuito alla Comunità Economica Europea nel lontano 1984.

Osservato da questa prospettiva, il contributo offerto dalla precisazione è probabilmente fuorviante non solo perché omette di individuare la causa più profonda del sintomo trattato, ma soprattutto perché indirizza buona parte della discussione sul binario piuttosto asfittico dei tecnicismi del processo costituzionale. Inutile dire che la Corte costituzionale porta solo in parte la responsabilità di questo sviluppo, addebitabile in eguale misura alla dottrina, troppo spesso impegnata a seguire pedissequamente la Consulta senza alzare lo sguardo al complesso dei problemi in campo. Lo stesso dicasi del legislatore, che da tempo sembra aver appaltato alle sedi giudiziarie la risoluzione di problemi che invece chiamano in causa principalmente le responsabilità della politica costituzionale.

Nel nostro ordinamento costituzionale, è sostanzialmente precluso alla Corte costituzionale affrontare il tema dell'estensione e della natura delle competenze dell'U-

nione. Questa preclusione è riconducibile all'assenza nel nostro sistema di giustizia costituzionale del ricorso individuale diretto o di meccanismi che permettano di verificare *ex ante* la costituzionalità dei trattati europei. In assenza di simili strumenti, alla Corte costituzionale non resta che operare frammentariamente a partire dai casi ad essa sottoposti, cercando faticosamente di ricavarsi spazi di agibilità.

Indugiare in questa strategia distoglie però l'attenzione dalle questioni più impegnative su cui in altri ordinamenti i giudici costituzionali si sono potuti esprimere. Insomma, se davvero si volesse affrontare in maniera non edulcorata il tema dell'emarginazione della Consulta e dei diritti costituzionali e, più nello specifico, se davvero si volesse sviluppare una riflessione sul ruolo della Corte Costituzionale nel processo di integrazione europea altri sono gli interrogativi che si dovrebbe mettere all'ordine del giorno. Se si vuole evitare che la tutela dei diritti si esaurisca nell'asse Corte di giustizia-giudici comuni assegnando alla Corte costituzionale solo un ruolo marginale, è necessario chiedersi se l'attuale portata materiale del diritto dell'Unione sia proporzionata alle sue credenziali democratiche e costituzionali. Davvero l'Unione ha la capacità (oltre che l'ambizione) di intervenire in settori politicamente salienti? Davvero l'Unione ha la capacità (oltre che l'ambizione) di assicurare la tutela dei diritti fondamentali in questi ambiti? Si tratta di domande per nulla retoriche che richiamano politica e dottrina ad interrogarsi *hic et nunc* sulle credenziali dell'Unione europea che c'è e non di quella che si vagheggia.

Le risposte a quegli interrogativi non sono scontate. Vi può essere chi a buon diritto ritiene che Corte di giustizia e Corte costituzionale non siano intercambiabili e che vi sia una notevole differenza se una questione è trattata dal giudice costituzionale nazionale piuttosto che da quello di Lussemburgo (in questo senso v. RUBENFELD 2004, pp. 2010-2011). Altri possono altrettanto legittimamente sostenere che la Corte di giustizia offra sufficienti garanzie e che, in fondo, diritti costituzionali e diritti fondamentali siano qualcosa di più che *false friends* (così invece MENÉNDEZ 2019). Se quest'ultima fosse la risposta prevalente, non vi sarebbe ragione alcuna per non affidare alla Corte di giustizia nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e della CDFUE il ruolo di giudice costituzionale, con contestuale ridimensionamento delle corti costituzionali nazionali. Viceversa, qualora si ritenga che l'Unione non sia ancora (o mai potrà essere) all'altezza delle politiche in questione e, quindi, si concluda che il tema dei diritti costituzionali vada recuperato alla Corte Costituzionale, non è su *Granital* che si dovrebbe intervenire, ma piuttosto sull'*an* e, soprattutto, sul *quomodo* degli interventi normativi dell'Unione. In fondo, da questi e non da *Granital* dipende l'effettiva estensione della giurisdizione della Corte di giustizia.

BIBLIOGRAFIA

ADAM, TIZZANO 2008

Adam R., Tizzano A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008.

BARBERA 2018

Barbera A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, pp. 149-172.

- BIN 2018
Bin R., *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- BOBEK 2012
Bobek M., *The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts*, in M. Claes, M. De Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 287-322.
- CAPPELLETTI 1970
Capelletti M., *Judicial Review in Comparative Perspective*, in *California Law Review*, vol. 58, n. 5, 1970, pp. 1017-1053.
- CARTABIA 2009
Cartabia M. (2009), *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n. 1, 2009, pp. 5-31.
- CHessa 2014
Chessa O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2014.
- CONTI 2017
Conti R.G., *La Cassazione dopo Corte cost. sent. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 dicembre 2017.
- DANI 2017
Dani M., *National constitutional courts in the European constitutional democracy: reply to Komarek*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, pp. 785-800.
- DI MARTINO 2019
Di Martino A., *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 759-782.
- FERRES COMELLA 2009
Ferrerer Comella V., *Constitutional Courts & Democratic Values: A European Perspective*, New Haven & London, London, 2009.
- GUZZAROTTI 2017
Guazzarotti A., *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017.
- KOMAREK 2014
Komarek J., *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3, 2014, pp. 525-544.
- LAMARQUE 2012
Lamarque E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- MASSA 2019a
Massa M., *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 737-758.
- MASSA 2019b
Massa M., *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte Cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, pp. 2-23.
- MENÉNDEZ 2019
Menéndez A.J., *False friends costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra il diritto europeo e quello nazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 887-904.