



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
7-8/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

LA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI

Riflessioni in merito all'[ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117](#)

di Giuditta Marra e Massimiliano Viola

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali; 3. Le conseguenze dei tre orientamenti; 3.1. L'obbligatoria precedenza del giudizio di compatibilità europea; 3.2. L'obbligatoria precedenza del giudizio di legittimità costituzionale; 3.3. La facoltà di scelta da parte del giudice comune.

1. Premessa.

Nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale promosso dalla Corte di cassazione con l'ordinanza interlocutoria del 16 febbraio 2018, n. 3831, avente a oggetto gli articoli 187-*quinquiesdecies* e 187-*sexies* del decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (di seguito, "TUF"), la Corte costituzionale è, di recente, intervenuta con due distinte pronunce.

Con la sentenza del 10 maggio 2019 n. 112, ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 187-*sexies* nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, invece del solo profitto. Con l'ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117, ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, "TFUE"), due questioni pregiudiziali relativamente all'articolo 187-*quinquiesdecies*.

I quesiti posti dalla Corte costituzionale con quest'ultima pronuncia sono i seguenti: (i) se il diritto derivato dell'Unione europea consenta agli Stati membri di non sanzionare colui che si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità amministrativa competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative sostanzialmente penali; (ii) in caso di risposta negativa alla prima questione, se una tale lettura del diritto derivato dell'Unione europea sia compatibile con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, "Carta di Nizza" o CDFUE), anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito, "CEDU") e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.



7-8/2019

Per quanto qui interessa, con riferimento all'articolo 187-*quinquiesdecies* TUF, la citata ordinanza della Cassazione poneva un problema di doppia pregiudizialità, avanzando il contrasto della norma sia con gli articoli 24, 111 e 117 della Costituzione, sia con l'articolo 47 della CDFUE (nonché con l'articolo 6 della CEDU). Inoltre, il Giudice di legittimità chiedeva chiarimenti circa la possibilità per il giudice comune, all'esito di una pronuncia di rigetto da parte della Consulta, di mantenere il potere di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale, anche eventualmente sotto il profilo della compatibilità con la Carta di Nizza quale norma interposta.

A tal riguardo, con l'ordinanza in commento la Corte costituzionale ha confermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di leggi nazionali alle norme della Carta di Nizza che il giudice rimettente ritenga di sottoporle.

In tali ipotesi, la Consulta ha chiarito di poter *“valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta”* e, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata. Resta, in ogni caso, fermo il principio secondo il quale i giudici comuni *“possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria [...], anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale”* e fermo *“il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta”*¹.

Muovendo da tali considerazioni, si procederà ora a esaminare la recente giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità al fine di verificare la tenuta e la portata degli orientamenti sin qui espressi.

2. La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali.

è possibile distinguere tre differenti posizioni nella giurisprudenza del Giudice delle leggi sul tema della doppia pregiudizialità: (i) imporre al giudice comune di risolvere il dubbio di compatibilità europea *prima* di sollevare la questione di legittimità costituzionale, pena l'inammissibilità di quest'ultima; (ii) obbligare il giudice comune a sollevare la questione di legittimità costituzionale *senza ricorrere preventivamente* alla Corte di giustizia, dovendosi postulare la necessità di un intervento *erga omnes* da parte della Consulta in materia di violazioni dei diritti della persona; (iii) consentire al giudice di scegliere l'ordine secondo il quale adire le Corti, aspetto che – come si vedrà –

¹ Per un commento sull'ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117 della Corte costituzionale, v. S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 4, 2019, p. 1 ss.

potrebbe generare, sul piano sostanziale, le stesse conseguenze ricollegabili alla prima posizione.

Con il primo indirizzo, che si prende in considerazione per mera completezza non essendo stato seguito dalla Consulta nell'ambito della doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali, la Corte costituzionale ritiene che la questione di compatibilità europea abbia precedenza logica e giuridica rispetto alla questione di costituzionalità, la prima investendo la stessa applicabilità della norma e, dunque, incidendo sulla rilevanza della questione². In sintesi, con questo orientamento si estende il principio dell'interpretazione adeguatrice anche ai casi nei quali la norma nazionale appaia in contrasto con il diritto europeo direttamente efficace (e con la Costituzione). Il giudice comune, infatti, prima di adire la Consulta dovrebbe verificare, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che non vi siano interpretazioni della norma conformi all'ordinamento sovranazionale³. Questa soluzione, che si imponeva quando la Corte costituzionale non si riteneva giudice del rinvio nei giudizi in via incidentale, oggi può ritenersi sicuramente superata. Seppur un tale orientamento possa ritenersi anacronistico, deve essere comunque tenuto in considerazione poiché le sue conseguenze sono le medesime dell'indirizzo che riconosce la facoltà del giudice di scegliere l'ordine di intervento delle Corti.

Con la seconda posizione, di recente seguita con le sentenze del 14 dicembre 2017, n. 269 e del 21 febbraio 2019, n. 20, la Consulta fissa l'ordine di intervento delle giurisdizioni, riconoscendo la precedenza al giudizio di legittimità costituzionale rispetto al giudizio di compatibilità europea⁴. In questo modo, la Corte supera la declaratoria di inammissibilità dell'ordinanza del giudice che non abbia preventivamente adito la Corte di giustizia: da un lato, sottolineando la necessità di un intervento *erga omnes* a fronte di una possibile violazione dei diritti fondamentali, dall'altro in forza del principio del sindacato accentrato previsto dall'ordinamento costituzionale⁵. Tale eventualità, peraltro, non troverebbe alcun ostacolo nella

² *Ex multis*, Corte costituzionale, 23 aprile 1987, n. 152; Id., ordinanza 29 dicembre 1995, n. 536; Id., 21 marzo 2002, n. 85; Id., 13 luglio 2007, n. 284.

³ Sul punto, Corte di giustizia, 10 aprile 1984, C-14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land NordrheinWestfalen*, secondo cui "l'obbligo degli stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione della direttiva n. 76/207, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato dall'art. 189, 3° comma". Nello stesso senso, Corte di giustizia, 4 dicembre 2004, C-397/01, *Pfeiffer*.

⁴ In tal senso, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1, 2018, p. 149 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della carta europea dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018; A. GUZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 1, 2018, p. 194 ss.; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, Fasc. n. 2, 2018, p. 1 ss.

⁵ Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269; Id. 21 febbraio 2019, n. 20, secondo la quale «la "prima parola"



7-8/2019

giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, posto che il diritto europeo “*non osta al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità*”, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre al Giudice europeo “*in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria*”⁶.

In realtà, in dottrina vi è discordanza circa la corretta lettura da dare alle citate pronunce⁷. Infatti, vi è chi sostiene che con esse la Corte costituzionale non abbia fissato alcun ordine di intervento, ma abbia semplicemente riconosciuto al giudice comune l’opzione di adirla preventivamente.

Tuttavia, a ben vedere, che le sentenze abbiano fissato un preciso ordine di intervento delle Corti lo dimostra il fatto che sarebbe del tutto superfluo il ricorso alla Consulta in caso di previo intervento del Giudice europeo. Invero, a fronte del dovere in capo al giudice di sollevare incidente di costituzionalità, il fatto che la sentenza n. 269 del 2017 faccia comunque salvo il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale non deve essere letto come *facoltà di scelta* (dell’ordine di intervento) delle Corti da parte del giudice comune.

In effetti, se così fosse e il giudice comune optasse per il previo rinvio pregiudiziale, un successivo procedimento di legittimità costituzionale non avrebbe incidenza sulla decisione del caso di specie, aspetto che si tradurrebbe in una dichiarazione di inammissibilità da parte della Consulta per difetto di rilevanza (posto che il giudice è perfettamente in grado, eventualmente non applicando, di risolvere la controversia), similmente al primo orientamento espresso in materia. Invero, o la normativa interna sarà giudicata compatibile con il diritto europeo, allora il giudice potrà farne applicazione, ovvero non lo sarà e, allora, il giudice comune dovrà “non applicarla”⁸.

che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco».

⁶ Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269, la quale richiama Corte di giustizia, sez. V, 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e Altri*, in *Racc.* p. 2195. Nello stesso senso Corte di giustizia, grande sezione, 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*, in *Racc.* p. 319.

⁷ Con riferimento alla sentenza n. 269 del 2017, considerano il passaggio relativo all’ordine di intervento delle Corti come non strettamente vincolante per il giudice comune, in quanto *obiter dictum*, L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, Fasc. n. 16, 2018, p. 1 ss.; M.C. UBIALI, *Sui meccanismi di composizione dei contrasti tra diritto interno e diritto dell’UE: nuovo fermento nella giurisprudenza (per ora extrapenale) a seguito di Corte cost. n. 269/2017*, in questa *Rivista*, fasc. 6/2018, p. 295 ss. Ritengono che la Corte abbia riconfermato la sua giurisprudenza precedente in materia, C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 2/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, Fasc. II, 2018, p. 377 e ss.; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurolunitario 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*, Fasc. n. 3, 2017, p. 1 ss.

⁸ A ben vedere, la sola possibilità ipotizzabile in merito all’intervento postumo del Giudice delle leggi sarebbe quella che residuerebbe a seguito di una pronuncia di compatibilità da parte della Corte di Lussemburgo. In tal caso, infatti, il giudice *a quo* potrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale qualora fosse convinto della illegittimità della norma rispetto ai principi e ai diritti fondamentali dell’ordinamento interno.

Da quanto esposto si deve concludere che la sentenza n. 269 del 2017 abbia effettivamente stabilito quale debba essere l'ordine di intervento delle Corti in caso di doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali.

Quest'ultimo orientamento sembra, tuttavia, implicitamente contraddetto dal terzo indirizzo giurisprudenziale che attribuisce al giudice comune la possibilità di stabilire liberamente l'ordine di intervento, indipendentemente dalla materia trattata⁹. In tali ipotesi: (i) se il giudice comune optasse per il previo rinvio pregiudiziale e la Corte di giustizia accertasse l'incompatibilità della norma interna con la norma del diritto europeo direttamente efficace, allora l'intervento della Corte costituzionale potrebbe rivelarsi non necessario; (ii) se il giudice comune, al contrario, adisse primariamente la Consulta, tornerebbe a valere quanto esposto al secondo indirizzo.

È in questo senso che va letta la sentenza del 21 marzo 2019, n. 63, con la quale la Corte costituzionale ha mantenuto fermo il potere di esaminare nel merito le questioni di legittimità costituzionale anche con riferimento alle norme della Carta di Nizza, per poi riconoscere il potere del giudice comune di procedere secondo l'ordine da lui ritenuto più opportuno.

3. Le conseguenze dei tre orientamenti.

Alla luce delle differenti posizioni sin qui esposte, occorre ora esaminare le conseguenze derivanti da ciascun orientamento.

3.1. L'obbligatoria precedenza del giudizio di compatibilità europea.

Quanto alla prima posizione, rivolgersi inizialmente al giudice europeo pare coerente con la logica del procedimento incidentale di legittimità costituzionale. L'applicabilità della norma, infatti, incide necessariamente sulla rilevanza della questione. Questa, pertanto, sarebbe inammissibile qualora il giudice rimettente non avesse previamente accertato la compatibilità della norma interna con il diritto europeo direttamente efficace.

Tuttavia, un simile onere in capo al giudice comune avrebbe come possibile conseguenza l'esclusione della Corte costituzionale dal dialogo. Invero, in caso di pronuncia di incompatibilità della norma nazionale con il diritto europeo (direttamente efficace) sul giudice graverebbe l'obbligo di non applicare la norma interna ai fini della risoluzione del caso di specie, senza necessità di un intervento della Consulta (a meno che il giudice non avanzi ulteriori dubbi di legittimità costituzionale).

⁹ Corte costituzionale, ordinanza del 10 maggio 2019, n. 117; Id., 21 marzo 2019, n. 63; Id., 10 maggio 2019, n. 112.



7-8/2019

In una tale eventualità, la norma rimane vigente nell'ordinamento pur se incompatibile con il diritto sovranazionale. Ad avviso di chi scrive, quest'ultima possibilità fa sorgere almeno tre perplessità.

Il primo profilo di criticità riguarda il rispetto del principio di soggezione del giudice alla legge, disposto dall'articolo 101, comma 2, della Costituzione. Se, invero, si tende oggi ad ampliare il significato della parola *legge* ricomprendendovi "*la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale [...] impone di osservare e applicare*"¹⁰, non v'è dubbio che in essa vi debba rientrare anzitutto il diritto interno.

Un simile ampliamento non elide, ma rischia di eludere il principio di soggezione del giudice alla legge sancito dall'articolo 101, comma 2, della Costituzione. Non si vede, infatti, come si possa legittimare il potere di disapplicazione senza aggirare, implicitamente, il suddetto principio: il giudice che si conformi alla giurisprudenza europea deve, di fatto, disobbedire alla norma costituzionale nella misura in cui disapplica la legge interna rilevante per la soluzione del caso concreto. Nel nostro ordinamento positivo, affermare che ciò avviene in forza del diritto che lo stesso sistema costituzionale impone di osservare e di applicare non giustifica, dal punto di vista del giudice, l'obbligo di non applicare la legge, perché essa è (e rimane comunque, *in primis* per lui) espressione dell'organo di rappresentanza popolare al quale egli è sempre soggetto¹¹. Per questo motivo il giudice comune dovrebbe ritenersi tenuto a sollevare, sulla stessa, la questione di legittimità costituzionale. Probabilmente, è per ovviare a tale difficoltà che la Corte costituzionale ha precisato che la non applicazione della norma interna non equivale alla sua disapplicazione¹². Una simile precisazione terminologica, tuttavia, non vale a risolvere il problema del rispetto dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione, perché anche la *non applicazione* della norma rilevante per la risoluzione della controversia comporta, per il giudice, un'implicita violazione del principio di soggezione alla legge.

¹⁰ Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269.

¹¹ A tal proposito, non si deve dimenticare che il principio di soggezione del giudice alla legge è intimamente connesso all'equilibrio dei poteri nello Stato di diritto, garantendo che nella decisione di tutti i casi concreti egli decida conformemente alla norma legislativa, espressione della volontà popolare (articoli 1, comma 2, 70 e 101, comma 1, della Costituzione), dalla quale non può autonomamente discostarsi. Solo così, d'altronde, può dirsi pienamente rispettato il fondamentale principio di eguaglianza formale di cui all'articolo 3, comma 1, della Costituzione.

¹² Fa riferimento al concetto di disapplicazione, Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389. La distinzione fra "disapplicazione" e "mancata applicazione" è spiegata in Corte costituzionale, 18 luglio 1991, n. 168, secondo cui "*questa Corte [...] ha enunciato il principio fondamentale (ispirato alla dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici) secondo cui i due ordinamenti, comunitario e statale, sono "distinti ed al tempo stesso coordinati" (secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dai Trattati istitutivi) e le norme del primo vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere "diretta applicazione" in quest'ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali. L'effetto di tale diretta applicazione [...] non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario. Può aggiungersi che tale principio, desumibile dal Trattato istitutivo della Comunità europea (per il tramite della sua legge di esecuzione), è coerente con l'art. 11 Cost. che riconosce la possibilità di limitazioni alla sovranità statale, quale può qualificarsi l'effetto di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti)*".

D'altra parte, come già osservato¹³, dalla lettura combinata del primo e del secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione, emerge che la soggezione del giudice alla legge è posta a garanzia della giustizia, amministrata in nome del popolo sovrano. Pertanto, una violazione del principio di soggezione porta inevitabilmente con sé un'indiretta irruzione nella sovranità, trasgredendo altresì quanto sancito agli articoli 1 e 3 della Costituzione. È proprio alla luce di ciò, infatti, che si può comprendere il pieno significato dell'articolo 101 nell'ordinamento: da un lato, si vuole porre il giudice "al servizio dei cittadini, che sono la fonte della sua legittimazione"¹⁴, dall'altro lo si vuole rendere indipendente dall'Esecutivo proprio perché soggetto soltanto alla legge.

In sostanza, se con quest'ultimo termine si vuole fare riferimento alla disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale impone di osservare e di applicare non si potrà che mettere il giudice di fronte a un'autentica contraddizione: soggetto alla legge quale (tipica) manifestazione dell'organo di rappresentanza popolare, egli si trova costretto a non applicarla. Tale incoerenza si avverte soprattutto in tema di diritti fondamentali, laddove è la stessa Costituzione a esigere che la loro limitazione avvenga tramite legge nazionale e, dunque, attraverso l'intervento del Parlamento. Questa aporia dovrebbe essere sufficiente, di per sé, a escludere la bontà della soluzione che riconosce la facoltà, per il giudice comune, di adire primariamente il Giudice europeo, poiché essa potrebbe importare tale contraddizione.

In secondo luogo, l'interpretazione ampia del termine legge di cui all'articolo 101, comma 2, della Costituzione si scontra con un'evidente discrasia interna all'ordinamento nazionale che vale a escluderne la sostenibilità. A seguire tale interpretazione, infatti, nella nozione di diritto dovrebbero rientrarvi anche i regolamenti governativi quali fonti (del diritto) di rango secondario.

Orbene, non si vede come la legge che consente al giudice di disapplicarli non si ponga, con ciò, in contrasto con la suddetta norma costituzionale proprio nella misura in cui viola il principio di soggezione del giudice *al diritto*. In altri termini, se si vuole interpretare il termine legge in senso ampio, non si comprende il motivo per il quale ciò debba essere fatto valere unicamente verso l'alto e non anche verso il basso nella gerarchia delle fonti¹⁵.

¹³ Sia consentito il rinvio a G. MARRA – M. VIOLA, [Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2019, pp. 163-179.

¹⁴ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. del diritto*, Ann. III, Torino, 2010, p. 571.

¹⁵ Invero, l'interpretazione del termine legge unicamente verso l'alto, all'interno della gerarchia delle fonti, potrebbe apparentemente risolvere il dilemma. A ben vedere, tuttavia, nemmeno una simile soluzione andrebbe esente da critiche. Infatti, è evidente che anche questa interpretazione non risolve il problema della soggezione del giudice alla legge ordinaria: non si vede, in effetti, come sia possibile giustificare il potere di disapplicazione della legge con una norma che fissa, *in primis*, la soggezione del giudice alla legge (ordinaria). Inoltre, è certo che non si potrebbe dubitare della illegittimità di un'ipotetica legge costituzionale o di una legge di revisione costituzionale che andassero, rispettivamente, a sospendere o annullare il principio di soggezione di cui all'articolo 101 della Costituzione. Orbene, posto che la disapplicazione sospende – *de facto* – la soggezione del giudice alla legge interna, non si vede come ciò possa trovare giustificazione diretta in una fonte *paracostituzionale* – qual è il diritto dell'Unione europea – e indiretta nella medesima Costituzione (per il tramite degli articoli 11 e 117), senza con ciò violare questo principio dell'ordinamento (*i.e.* l'articolo 101 in combinato disposto con gli articoli 1 e 3 della Costituzione). A stretto

Ora, è chiaro che se ciò non è possibile è perché la legge cui fa riferimento l'articolo 101 della Costituzione è quella ordinaria. I Costituenti, infatti, attraverso l'affermazione del principio di soggezione del giudice alla legge hanno inteso sancire il corollario principio dell'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo: per questo l'effettiva possibilità per i giudici di non applicare il regolamento governativo contrastante con la fonte immediatamente sovraordinata (*i.e.* la legge ordinaria) non pone dubbi di legittimità costituzionale.

Da quanto esposto emerge che la soggezione del giudice alla legge (ordinaria) è un principio del nostro ordinamento, volto a garantire l'equilibrio nell'assetto costituzionale dei poteri: è questa la ragione per la quale non dovrebbe essere in alcun modo disattesa. È a fronte di questa esigenza che, in materia di doppia pregiudizialità, l'intervento della Consulta dovrebbe sempre porsi come prioritario rispetto a quello del Giudice europeo, in quanto organo di garanzia giurisdizionale della Costituzione e, quindi, unico soggetto istituzionale preposto al controllo dell'assetto dei poteri previsto dal nostro ordinamento.

Inoltre, quanto al terzo profilo di criticità, è certo che la pronuncia d'incompatibilità con il diritto europeo ponga già, di per sé, un problema di legittimità costituzionale della norma dichiarata non compatibile, del quale il giudice comune non può che essere consapevole: il contrasto con gli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione. A questo punto, riconoscere che quest'ultimo possa procedere alla non applicazione della norma – che *sa* essere illegittima per violazione degli articoli 10, 11 e 117 della Costituzione –, senza sollevare su di essa la questione di legittimità costituzionale, contrasta inevitabilmente con il principio del sindacato accentrato previsto dal nostro ordinamento agli articoli 134 della Costituzione e 1 della L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1¹⁶.

Così, in definitiva, il giudice comune sarebbe chiamato a violare due volte l'assetto costituzionale, sia andando contro l'organo rappresentativo, in forza del mancato rispetto del principio di cui all'articolo 101, comma 2, della Costituzione, sia sottraendo consapevolmente la norma al giudizio di legittimità da parte della Consulta.

rigore, dunque, il diritto positivo nazionale rende problematica l'accettazione del meccanismo della disapplicazione della legge da parte del giudice. Per questa ragione una soluzione più in linea con l'assetto costituzionale potrebbe essere quella di un intervento prioritario della Consulta, a seguito del quale la norma interna potrà essere annullata (anche) per incompatibilità con il diritto europeo ovvero essere applicata dal giudice comune alla luce dell'interpretazione fornita dal Giudice di Lussemburgo (chiamato a intervenire dalla stessa Corte costituzionale). Le suddette aporie si spiegano in ragione di un fatto: l'istituto della disapplicazione della legge non appartiene alla nostra tradizione giuridica positiva, ma a quella degli ordinamenti di matrice giurisprudenziale. In sintesi, la difficoltà del trapianto di un istituto in ordinamenti a lui estranei ha ragioni prettamente giuridiche e non può che scontrarsi, quindi, con la realtà degli ordinamenti positivi.

¹⁶ Ai sensi dell'articolo 1, l. cost. 8 febbraio 1948, n. 1, "*la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica [...] è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione*". Mentre, ai sensi dell'art. 134 Cost., "*la Corte costituzionale giudica [...] sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni*".

3.2. L'obbligatoria precedenza del giudizio di legittimità costituzionale.

Quanto al secondo orientamento esposto, l'indicazione di sollevare la questione di legittimità costituzionale *senza ricorrere preventivamente* alla Corte di giustizia risolverebbe parzialmente le conseguenze negative sottese al primo indirizzo. Giova ribadire che una simile possibilità è ammessa anche dalla giurisprudenza europea, secondo la quale l'ordinamento sovranazionale non osta al carattere preventivo del giudizio di legittimità costituzionale dinnanzi alle rispettive Corti nazionali.

Invero, il previo ricorso alla Consulta, implicando un (possibile) intervento *erga omnes* in materia di violazioni dei diritti della persona, potrebbe avere i seguenti esiti: *i*) inammissibilità della questione, per motivi diversi rispetto alla irrilevanza per mancato accertamento della compatibilità della norma con il diritto europeo direttamente efficace; *ii*) rigetto della questione per infondatezza, previo o meno rinvio pregiudiziale; *iii*) rigetto della questione per interpretazione conforme della norma, previo o meno rinvio pregiudiziale; *iv*) accoglimento della questione, con conseguente annullamento della norma.

Orbene, il primo caso sembra non profilare particolari criticità. Anche l'ultimo, in realtà, pare non comportare problemi di sorta, poiché l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale elimina la norma dall'ordinamento e risolve, così, il dubbio in maniera definitiva.

Per quanto riguarda, invece, il secondo e il terzo caso occorre distinguere.

Nell'ipotesi di previo rinvio pregiudiziale, la soluzione del precedente intervento della Consulta assicura il dialogo tra le Corti e la conformità degli ordinamenti, offrendo al giudice una soluzione univoca e certa per la decisione del caso concreto. Al contrario, il mancato previo rinvio pregiudiziale comporta la possibilità per il giudice comune di adire la Corte di giustizia per qualsiasi questione reputi necessaria, a fronte di persistenti dubbi di compatibilità della norma interna con l'ordinamento europeo. Orbene, in questa eventualità, qualora la Corte di Lussemburgo offra una soluzione in linea con la precedente pronuncia di rigetto della Consulta, *nulla quaestio*. Diversamente, se il Giudice europeo pronuncia una soluzione in contrasto con la decisione della Corte costituzionale, ritenendo la norma interna non compatibile con il diritto europeo, allora: *a*) il giudice comune deve disapplicare la norma interna, discostandosi però dall'interpretazione della stessa offerta dalla Consulta; altrimenti, *b*) il giudice comune può decidere di sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale per contrasto della norma interna con il parametro interposto (*i.e.* l'ordinamento europeo, come letto nella pronuncia della Corte di giustizia) e per conseguente violazione del diritto o del principio bilanciato. D'altronde, l'ipotesi di un secondo intervento da parte della Consulta non costituirebbe un paradosso, come sostenuto in dottrina, poiché la Corte si pronuncerebbe sì sulla medesima materia, ma non sulla medesima questione¹⁷. Infatti, in tal caso cambierebbe necessariamente il parametro della questione di legittimità

¹⁷ G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 2019.

costituzionale in forza della sopravvenuta pronuncia della Corte di Lussemburgo che, come noto, costituisce *jus superveniens*¹⁸.

La soluzione espressa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269 del 2017, tuttavia, non è esente da criticità. Infatti, l'ipotesi *sub a*) riproporrebbe le problematiche esposte in riferimento agli articoli 1, 3, 101, comma 2, e 134 della Costituzione, nella misura in cui fa salvo il potere di disapplicazione della legge da parte del giudice comune indipendentemente dall'intervento della Corte costituzionale. Alla luce di ciò, l'ipotesi *sub b*) non dovrebbe essere espressa in termini di potenzialità, ma di doverosità poiché solo in questo modo si offrirebbe una soluzione costituzionalmente legittima. Con ciò non si intende negare l'operatività *tout court* del potere di disapplicazione da parte del giudice nazionale così come riconosciuto dalla Corte di giustizia, ma circoscriverne l'utilizzo esclusivamente nell'ambito della doppia pregiudizialità che non attenga ai diritti e ai principi fondamentali. Come si avrà modo di affrontare nel prosieguo, ciò si spiega in ragione della distinzione tra la Costituzione e i Trattati¹⁹.

3.3. La facoltà di scelta da parte del giudice comune.

Venendo ora al terzo e ultimo orientamento, l'ordinanza del 10 maggio 2019 n. 117 ha ribadito le conclusioni della giurisprudenza riconducibile al secondo orientamento contribuendo, tuttavia, ad alimentare dubbi sul loro effettivo significato.

I punti fermi sono i seguenti: (i) la competenza della Corte costituzionale a vagliare le disposizioni di legge nazionali sia con riferimento alle norme della Costituzione, sia con riferimento alle norme della Carta di Nizza, così riprendendo quanto statuito con la sentenza n. 269 del 2017; (ii) il potere per i giudici comuni di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualsiasi stato del giudizio, ogni questione pregiudiziale a loro avviso necessaria, ribadendo, così, quanto affermato dalla pronuncia n. 20 del 2019; (iii) al ricorrere dei relativi presupposti, il dovere di non applicazione della norma nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, così come già precisato dalla sentenza n. 63 del 2019.

Se l'ordinanza in commento sembra cogliere unità tra le pronunce citate, come fossero passaggi successivi di un solo ragionamento, tuttavia la lettura delle tre sentenze evidenzia alcune discrasie. Occorre, infatti, distinguere le decisioni in base al loro contenuto.

Da un lato, come già osservato, la sentenza n. 269 del 2017 fissa l'ordine di intervento delle Corti nell'ambito della doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali, imponendo al giudice comune il previo esperimento del giudizio in via incidentale in virtù della necessità di una pronuncia *erga omnes* da parte della Corte costituzionale. Questa conclusione è confermata dalla sentenza n. 20 del 2019, con la quale la Corte costituzionale spiega la bontà del suo previo intervento in ragione del

¹⁸ Sul punto, G. MARRA – M. VIOLA, *Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune*, cit., pp. 163 ss.

¹⁹ V. *infra* par. 3.3.

rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco: infatti *“non erra [...] il giudice a quo quando segnala la peculiarità dell’esame cui deve essere soggetta la disciplina legislativa che egli si trova ad applicare e quando sottolinea che tale esame va condotto dalla Corte costituzionale”* (par. 2.2. del *Considerato in diritto*).

Dall’altro lato, la sentenza n. 63 del 2019 contraddice questo indirizzo sotto due profili: (i) affermando che il potere del giudice nazionale di procedere al rinvio pregiudiziale è esercitabile *anche prima* del giudizio incidentale di legittimità costituzionale; (ii) escludendo la necessità dell’intervento della Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali.

Infatti, come già chiarito, il potere di disapplicazione ancorato alla possibilità del previo intervento della Corte di giustizia rende del tutto superfluo l’intervento del Giudice delle leggi, annullando così quanto deciso dalle precedenti sentenze.

Emerge così la disomogeneità delle pronunce della Consulta sul tema.

Sulla base di queste premesse, non è dato allora comprendere come sia possibile giustificare una tesi (la facoltà di scelta dell’ordine di intervento) richiamandosi a sentenze, di fatto, antitetiche (perché, invece, fissano un ordine di intervento). L’ordinanza n. 117 del 2019, infatti, riconosce la facoltà per il giudice comune di stabilire l’ordine secondo il quale adire le Corti invocando a sostegno alcuni passaggi delle precedenti pronunce (soprattutto nn. 20 del 2019 e 269 del 2017), ma ribaltandone i presupposti.

Infatti, il fondamento del passaggio della sentenza n. 20 del 2019 sull’esistenza di un concorso dei rimedi giurisdizionali posti a tutela dei diritti fondamentali, così come del passaggio sulla *“costruttiva e leale cooperazione”* tra le Corti sancito nella sentenza n. 269 del 2017, è il previo e necessario intervento della Consulta rispetto a quello della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali. L’ordinanza, invece, modifica il principio espresso da quelle sentenze circa l’ordine di intervento delle Corti e, ciononostante, dichiara di porsi in linea con la precedente giurisprudenza. Ciò risulta evidente dal fatto che la Consulta, come palesato dall’utilizzo dell’inciso *“in proposito”*, abbia considerato che le ragioni del riconoscimento della facoltà di scelta dei rimedi siano *“ulteriormente”* chiarite attraverso i richiamati passaggi delle sentenze nn. 20 e 269.

Al contrario. Secondo quelle pronunce, il concorso dei rimedi giurisdizionali che *“arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali”* permettendo alla *“Corte costituzionale di contribuire [...] a rendere effettiva la possibilità [...] che i diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo [...] siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”*, si avvera solo nel caso in cui sia fissato l’ordine di intervento secondo lo schema della sentenza n. 269 del 2017. Qualora, infatti, il giudice comune opti per il previo rinvio alla Corte di giustizia non vi sarebbe necessità di intervento da parte della Consulta sulla norma ai fini della decisione del caso concreto, né vi sarebbe possibilità di un concorso di rimedi giurisdizionali. In realtà, il dialogo tra le Corti non verrebbe valorizzato, ma fortemente inficiato dalla facoltà di scelta riconosciuta al giudice comune.

Non si vede, dunque, come tali passaggi possano essere posti a sostegno di una tesi che, di fatto, li sconfessa.

Infine, resta da dire che la possibilità per il giudice comune di scegliere l'ordine di intervento delle Corti pare non potersi giustificare nemmeno attraverso l'assimilazione degli effetti delle rispettive pronunce.

Infatti, l'efficacia di fatto *erga omnes* delle sentenze del Giudice europeo non può essere assimilata all'efficacia delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale²⁰, essendo diverso il parametro dei rispettivi giudizi. La Costituzione, infatti, non può essere equiparata – come sostenuto da parte della dottrina – a una qualsivoglia carta dei diritti²¹. Pur parzialmente condividendo il contenuto (*i.e.* i diritti), le carte sovranazionali e internazionali non possono assimilarsi alle Costituzioni nazionali perché difettano, anzitutto, dell'indispensabile volontà costituente.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, le carte sono trattati internazionali e, quindi, accordi tra Stati. Come noto, il potere di impegnare lo Stato sul piano internazionale rientra nella sfera del potere esecutivo: per questo, perlomeno nel nostro ordinamento positivo, l'efficacia interna dell'accordo presuppone una legge di ratifica da parte del Parlamento nazionale. Orbene, per quanto qui interessa, questo vale sia per i Trattati dell'Unione europea, sia per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In entrambi i casi, infatti, nessuno ha mai dubitato della loro (in parte differente) natura di patto internazionale e, conseguentemente, dell'assenza di volontà costituente: in effetti, l'accordo tra Stati, per definizione, non ha alcuna legittimazione diretta da parte del δῆμος, condizione che invece assiste necessariamente ogni patto costituzionale.

Il discorso si fa apparentemente più complesso da quando, con il Trattato di Lisbona, si è riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali il medesimo valore giuridico dei Trattati (articolo 6 T.U.E.), inserendosi così, a fronte dell'esito negativo del procedimento di ratifica del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", un catalogo dei diritti tra le fonti primarie dell'Unione europea. In forza di ciò, parte della dottrina, nonostante l'esito formalmente negativo del suddetto procedimento, ritiene che Lisbona abbia, comunque, di fatto reso materialmente costituzionali i Trattati²². Sotto questo aspetto occorre preliminarmente osservare che non si riesce a comprendere, già sul piano logico, come una fonte (esterna) recepita *dai* Trattati possa conferire loro un valore giuridico superiore. In sostanza, se prima dell'adozione del Trattato di Lisbona non v'era dubbio circa la natura *non* costituzionale dei Trattati e della Carta stessa, singolarmente considerati, l'espressa parificazione giuridica tra la seconda e i primi

²⁰ Sull'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia, v. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2017, pp. 224-228, secondo il quale non si potrebbe propriamente parlare di efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, bensì "solo in via di fatto esse producono effetti analoghi a quelli *erga omnes*: nel senso che, in relazione diretta rispetto al grado di consolidamento della giurisprudenza, il giudice nazionale finisce con l'essere vincolato dagli orientamenti della Corte di giustizia, a meno di non voler proporre un rinvio e causare, quindi, un mutamento di giurisprudenza".

²¹ A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *ConsultaOnline*, Studi 2019/II, p. 242 ss.

²² *Ibidem*. Infatti, "i principi-valori caratterizzanti, dapprima elaborati in sede giurisprudenziale e poi inseriti nei trattati, la Carta dei diritti, la presenza di un complesso di organi e di fonti normative, la presenza di soggetti destinatari delle normative, il sistema di garanzie giurisdizionali, sono tutti elementi da cui viene desunta la natura costituzionale della normativa di riferimento". Così, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2017, p. 21.

(avvenuta a opera di questi) non consente comunque di concludere per la natura costituzionale dell'ordinamento europeo.

Nel merito, occorre negare la bontà della tesi della natura (materialmente) costituzionale dei Trattati europei almeno per due ragioni fondamentali. Anzitutto, perché ogni Costituzione deve accompagnarsi a un formale vincolo giuridico con la comunità politica di riferimento tramite “il processo di individuazione e definizione [...], mediante modalità elettive libere di investitura dell'organo costituente [...]”²³. Inoltre, perché tratto distintivo di ogni ordinamento costituzionale moderno è il monopolio nell'uso della forza quale capacità di far valere la propria volontà a fronte di un'opposizione.

Orbene, è certo che entrambe le condizioni difettano nell'Unione europea: sotto il primo profilo vale, infatti, quanto già riferito a proposito della natura internazionale dei Trattati istitutivi. Quanto al secondo, invece, è pacifico che l'ordinamento sovranazionale sia fondato unicamente sul consenso degli Stati membri, i quali non hanno ceduto la propria sovranità rispetto all'utilizzo della forza. Invero, l'Unione europea mai potrebbe imporre coattivamente la propria volontà nei loro confronti, sintomo del fatto che sia priva di una forza diretta. In effetti, quantomeno secondo la tradizione continentale, gli Stati non avrebbero potuto acconsentire a una simile cessione senza con ciò perdere definitivamente la propria statualità. Se, dunque, l'ordinamento sovranazionale è privo del *pactum subiectionis* è perché, evidentemente, manca il *pactum unionis*: nessun ordinamento costituzionale moderno potrebbe, infatti, esercitare legittimamente la forza senza avere l'assenso espresso della comunità politica di riferimento. La mancanza dell'effetto si spiega con l'assenza della causa.

Ad avviso di chi scrive, è inoltre possibile negare il carattere costituzionale dei Trattati guardando agli effetti che il diritto europeo produce nell'ordinamento nazionale. Infatti, se è vero che il diritto dell'Unione europea incontra il limite del rispetto dei principi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento nazionale, ciò significa che esso soggiace al nucleo duro della nostra Costituzione, perché espressione della volontà costituente. Il diritto primario europeo incontra, quindi, un limite invalicabile, innanzi al quale è costretto ad arrestarsi. La ragione di ciò dipende dalla circostanza che solo una volontà costituente successiva può prevalere su una volontà costituente precedente: pertanto, soltanto se i Trattati fossero espressione di una simile volontà non gli sarebbero più opponibili i contro-limiti. Ebbene, il fatto che lo siano è il sintomo evidente dell'impossibilità di parlare di un ordinamento sovranazionale costituzionale.

Per tali ragioni, la presenza di un catalogo dei diritti non vale a giustificare, di per sé, il carattere fondamentale della fonte perché, a tal fine, “non è sufficiente riscontrare l'individuazione di principi-valori e di disciplina dei diritti e della organizzazione che ricordano da vicino l'impostazione sistematica di una costituzione statale”²⁴. Per il riconoscimento del valore costituzionale di una carta, quindi, non è dirimente spostare la prospettiva di osservazione sul piano della teoria dell'interpretazione, dovendosi piuttosto risolvere sul piano della teoria delle fonti²⁵. Da un lato, infatti, vi è una Costituzione che è

²³ G. DE VERGOTTINI, *op. cit.*, p. 22.

²⁴ *Ivi*, p. 21.

²⁵ A. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici*

espressione di un potere costituente; dall'altro, vi è una fonte che Costituzione non è perché da essa deriva. È per questo che alla Costituzione deve essere riconosciuto un "predominio assiologico" rispetto a ogni altra fonte del diritto²⁶.

Pertanto, l'intervento della Corte di giustizia non può costituire, come sostenuto in dottrina, un implicito salvataggio del principio del controllo di costituzionalità accentrato previsto nell'ordinamento interno semplicemente in forza dell'efficacia *erga omnes* riconosciuta alle sue sentenze²⁷. Almeno tre ragioni si oppongono: in primo luogo, perché il controllo di compatibilità non è il controllo di legittimità costituzionale, per l'evidente ragione che nel primo non c'è alcuna Costituzione; in secondo luogo, perché il significato ultimo del controllo di legittimità costituzionale non è riducibile esclusivamente all'efficacia delle pronunce di accoglimento della Consulta, dovendosi piuttosto ricondurre all'effetto che ne consegue: l'annullamento della norma illegittima per contrasto con la Costituzione; in terzo luogo, perché ciò lo impone il ruolo della Corte costituzionale nell'ordinamento, anche in caso di mancato annullamento. È quest'ultima, infatti, a garantire il rispetto dei principi fondamentali enunciati nella Carta costituzionale, fra i quali rientrano il rispetto del principio di divisione dei poteri e il corollario principio di soggezione del giudice alla legge.

I principi sono, dunque, diversi.

Orbene, la conseguenza del controllo del Giudice europeo che accerti l'eventuale incompatibilità della norma non è la sua immediata espunzione dall'ordinamento interno, ma l'obbligo per il giudice di disapplicarla²⁸: per questa ragione sembra non essere corretto affermare che il *principio* del controllo di costituzionalità sia comunque assicurato dall'intervento della Corte di Lussemburgo. Infatti, la pronuncia di incompatibilità da parte di quest'ultima non garantisce, di per sé, che la norma interna non possa essere applicata in un diverso giudizio. Con riguardo all'efficacia extraprocessuale delle sentenze della Corte di giustizia, invero, va precisato che il giudice nazionale (diverso da quello che ha effettuato il rinvio pregiudiziale) mantiene un potere di interpretazione della sentenza, in base al quale potrebbe ritenerla non vincolante rispetto al caso di specie. Così, l'efficacia delle pronunce sembrerebbe essere affidata, piuttosto che alla forza della sentenza della Corte di giustizia, al meccanismo delle impugnazioni, al quale si accompagna un aggravio del sistema giustizia in termini di economia processuale e numero di giudizi pendenti. Così, a subire le conseguenze di tale meccanismo sarebbero soprattutto le parti processuali, costrette a impugnare la sentenza che si sia discostata dalla pronuncia europea. Oltre a quanto sin ora esposto, resta comunque da chiarire che le aporie sottese a quest'ultimo orientamento sono le

nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019), in *ConsultaOnline*, Studi 2019/II, p. 242 ss.

²⁶ Sul punto, Corte costituzionale, 27 febbraio 2019, n. 25; Id., 26 marzo 2015, n. 49.

²⁷ In questo senso, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, op. cit.

²⁸ Come chiarito, d'altronde, anche dalla Corte di giustizia con la sentenza 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak* e, precedentemente, con la sentenza 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, *In.Co.Ge.* '90, in *Racc.* p. I-6307. Anche la Corte costituzionale ha sin da subito chiarito che "la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta [...] nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario". Così, Corte costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170.



7-8/2019

medesime già chiarite in merito all'obbligatoria precedenza del giudizio di compatibilità europea. In particolare, si fa riferimento ai problemi connessi con il rispetto del principio di soggezione del giudice alla legge e al principio del sindacato accentrato di legittimità costituzionale²⁹.

Simili ragioni dovrebbero far propendere per la soluzione sposata dalla sentenza n. 269 del 2017, integrata dalle considerazioni sopra esposte circa la doverosità e non la mera possibilità dell'intervento della Consulta³⁰, poiché solo così si assicura un serio e costruttivo dialogo tra le Corti e, soprattutto, si salvaguarda la tenuta dei principi dell'ordinamento positivo nazionale.

²⁹ Sul punto, v. *supra* par. 3.1.

³⁰ V. *supra* par. 3.2.