

Rivista N°: 3/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 12/09/2014

AUTORE: Roberto Romboli*

CORTE DI GIUSTIZIA E GIUDICI NAZIONALI: IL RINVIO PREGIUDIZIALE COME STRUMENTO DI DIALOGO**

1. Premessa. Il rinvio pregiudiziale come strumento di collaborazione o di sovra e sotto ordinazione. Un parallelo fra la pregiudizialità eurounitaria e la pregiudizialità costituzionale: il ruolo della interpretazione conforme. – 2. Segue: il fenomeno della “doppia pregiudizialità” e le differenti ipotesi in cui può realizzarsi. La giurisprudenza costituzionale italiana, La recente esperienza francese a seguito della introduzione della question prioritarie de constitutionnalité. – 3. Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra la Corte di giustizia ed i giudici comuni: la distinzione tra giudici di ultima istanza e altri giudici e la progressiva riduzione della sua portata. – 4. Segue: alcune specifiche questioni: a) i limiti al potere di disapplicazione da parte del giudice. – 5. Segue: b) i problemi derivanti dal mancato esercizio del rinvio pregiudiziale, i rimedi e le conseguenze. – 6. Segue: c) la delimitazione dei poteri del giudice nella proposizione del rinvio, a proposito di Cons. Stato n. 1244 del 2012. – 7. Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra la Corte di giustizia ed i Giudici costituzionali. Le “prime volte” nel quinquennio 2011-2014: il caso del Tribunal constitucional spagnolo (ord. 9 giugno 2011, n. 86). – 8. Segue: del Conseil constitutionnel francese (ord. 4 aprile 2013). – 9. Segue: del Bundeverfassungsgericht tedesco (ord. 14 gennaio 2014). – 10. Segue: della Corte costituzionale italiana nel giudizio in via incidentale (ord. 18 luglio 2013, n. 207). – 11. Segue: alcune valutazioni conclusive sulle esperienze analizzate. – 12. Il futuro del rinvio pregiudiziale. Il successo dello strumento e le ipotesi “deflattive”. L’incidenza del controllo diffuso in ambito eurounitario sul modello accentrato di costituzionalità: ripensare i modelli? Il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu: una nuova, particolare, ipotesi di pregiudizialità e la possibile situazione di “tripla pregiudizialità”.

1. Premessa. Il rinvio pregiudiziale come strumento di collaborazione o di sovra e sotto ordinazione. Un parallelo fra la pregiudizialità eurounitaria e la pregiudizialità costituzionale: il ruolo della interpretazione conforme

* Ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Pisa.

** In corso di pubblicazione nel Volume, a cura di Adriana Ciancio, “Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa”, per i tipi di Aracne, Roma.

Il ruolo svolto dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nella realizzazione dell'ordinamento eurounitario è unanimemente ritenuto essenziale e strettamente connesso ai caratteri qualificanti dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione.

Di recente Mario Chiti (*Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 745) ha sostenuto che "la procedura di rinvio pregiudiziale è uno dei pilastri su cui si è costruita la Comunità europea quale 'Comunità di diritto'. Con il suo uso, non uso ed abuso è risultata nel tempo paradigmatica del procedere giuridico dell'integrazione".

La mia relazione ha come tema quello del rinvio pregiudiziale quale elemento di dialogo e di collaborazione tra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali e si articola in quattro parti.

La prima è dedicata allo strumento del rinvio pregiudiziale come strumento di collaborazione, specie in raffronto ad altra pregiudiziale, assai più nota da noi, quale è la pregiudiziale di costituzionalità nel sistema accentrato di giustizia costituzionale accolto e realizzato in Italia.

La seconda invece sarà rivolta ad indicare i problemi posti dal rinvio pregiudiziale per l'instaurazione di un dialogo tra Corte di giustizia e giudici nazionali comuni, mentre la terza avrà ad oggetto l'analogo problema con riguardo ai rapporti con il Giudice costituzionale.

Infine con la quarta saranno esaminati alcuni aspetti connessi al futuro del rinvio pregiudiziale e all'incidenza sullo stesso della recente approvazione del protocollo n. 16 alla Cedu.

Iniziando pertanto con il primo ci potremmo porre la domanda, derivata anche da certi atteggiamenti tenuti nei riguardi dello strumento in questione, se il rinvio pregiudiziale sia qualificabile come strumento di collaborazione, e capace quindi di incentivare un dialogo tra gli operatori oppure invece tale da determinare una situazione di sovra e sotto ordinazione.

La posizione maggiormente seguita è senza dubbio nel primo senso, attraverso la sottolineatura della maggiore legittimazione che ne deriva per il sistema, consentendo così una maggiore partecipazione.

Certamente la seconda soluzione viene, in maniera più esplicita, realizzata attraverso il sistema delle impugnazioni – il rinvio pregiudiziale infatti tende, fra l'altro, proprio ad evitare successive impugnazioni del provvedimento giudiziario nazionale di fronte alla Corte di giustizia – mentre la pregiudizialità intende attribuire un ruolo centrale e determinante ai "portieri", a coloro cioè che hanno in mano le chiavi di accesso, ponendoli nelle migliori condizioni per dialogare.

In realtà credo non si possa negare come alla domanda posta non sia possibile rispondere in maniera secca, in un senso o nell'altro, essendo innegabile che il rinvio pregiudiziale, pur essendo uno strumento di dialogo, contenga in sé anche una sorta di inevitabile gerarchizzazione.

Ciò infatti è nella natura stessa del sistema della pregiudizialità, il quale consiste nel disegnare un sistema in base al quale un soggetto, di fronte ad un dubbio che si pone per dare soluzione ad un caso da risolvere, sospende il suo giudizio e chiede l'intervento di altro

soggetto che risolverà il suo dubbio. A meno pertanto di non ricostruire il rapporto in termini di mero parere non vincolante, appare chiaro come il richiedente sarà, in misura più o meno stretta, vincolato alla decisione del soggetto a cui si è rivolto e quindi inevitabilmente identificabile come “superiore”, specie quando ad esso viene riconosciuta in proposito una competenza di tipo esclusivo.

Può risultare utile, come anticipato, un raffronto tra la pregiudizialità eurounitaria e la pregiudizialità costituzionale, pur se, nella loro impostazione originaria, la prima tendesse più specificamente a realizzare “il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario” (così Corte cost. 103/2008) e quindi, pur prevedendo la competenza a giudicare circa la validità degli atti normativi dell’Unione, fondasse la sua esistenza sulla risoluzione dei dubbi in ordine alla interpretazione del diritto eurounitario. Al contrario la pregiudizialità costituzionale, pur non escludendo certamente una funzione interpretativa della Corte costituzionale, aveva principalmente il compito di verificare la conformità delle leggi ai principi costituzionali e quindi di eliminare, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità, le leggi e gli atti aventi forza di legge non conformi.

La pratica realizzazione delle due forme di pregiudizialità porterà, come è conosciuto, ad un notevole riavvicinamento dei due sistemi di pregiudizialità, specie attraverso la tecnica, cui dedicherò tra poco alcuni cenni, della c.d. interpretazione conforme.

Nel raffrontare la posizione del giudice nazionale nella pregiudizialità eurounitaria ed in quella costituzionale, alcuni (Scoditti, *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell’Unione europea*, in *Foro it.*, 2012, III, 371) hanno sostenuto che, mentre nella seconda non sussiste un obbligo di sollevare questione di costituzionalità e tutti i giudici quindi sono posti in una situazione di parità, nella prima invece i giudici di ultima istanza (e solo loro) sono obbligati ad effettuare il rinvio alla Corte di Lussemburgo.

L’affermazione, pur sottolineando elementi certamente desumibili dalla normativa vigente, pare trascurare altri elementi che conducono quasi a ribaltare le conclusioni cui essa giunge.

In realtà la giurisprudenza della Corte di giustizia ha limitato l’obbligo per i giudici di ultima istanza, introducendo tutta una serie di casi (sentenza Cilfit) nei quali il giudice nazionale, pur se di ultima istanza, non è tenuto a proporre il rinvio, ma viene anzi invitato a non farlo, mentre d’altro lato possiamo affermare come il giudice nazionale ha il potere-dovere di verificare l’esistenza dei presupposti stabiliti dalla legge (o dalla giurisprudenza costituzionale) per sollevare questione di costituzionalità (rilevanza, non manifesta infondatezza e, più di recente, impossibilità di interpretare la legge in maniera conforme alla Costituzione). Una volta però che tali presupposti sono ritenuti sussistenti, il giudice ha l’obbligo (e non certo la facoltà) di sospendere il giudizio ed investire della questione la Corte costituzionale.

Pertanto potremmo concludere nel senso che nella questione di costituzionalità il giudice ha sempre l’obbligo, verificati i presupposti, di sollevare questione di costituzionalità, tanto che egli, di fronte ad un’istanza di parte, è tenuto, con specifico provvedimento, a motivare le ragioni per le quali ritiene di non dover accogliere tale richiesta. Al contrario, nonostante gli inviti anche ufficiali ai giudici a fare largo uso del rinvio pregiudiziale, per la pregiudizialità eurounitaria i giudici non di ultimo grado, pur in presenza delle condizioni per propor-

re il rinvio, non sono tenuti a farlo ed il mancato rinvio, a differenza di quello che accade per i giudici di ultimo grado, non può fondare una responsabilità per lo stato.

Come già detto la distinzione tra controllo di validità e giurisdizione di interpretazione, assai evidente sulla carta, è venuta progressivamente riducendosi, specie a seguito delle sentenze interpretative della Corte costituzionale che hanno portato a sostenere che le questioni di costituzionalità si erano ormai trasformate in questioni di interpretazione.

Un ruolo di fondamentale importanza ha svolto in proposito la tecnica della interpretazione conforme, richiamata ed applicata sia con riguardo alla questione di costituzionalità delle leggi, sia al rapporto tra fonti nazionali e fonti eurounitarie.

Davanti alla Corte costituzionale l'interpretazione conforme trova le sue radici nelle sentenze interpretative di rigetto, utilizzate fin dai primi anni di funzionamento della giustizia costituzionale, attraverso le quali la Corte mostrò come fossero possibili differenti interpretazioni di un testo legislativo, suggerendo quella lettura che fosse ispirata ai principi costituzionali e tale quindi da escludere la dichiarazione di incostituzionalità.

Con le sentenze interpretative di rigetto infatti il Giudice costituzionale pose, nella sostanza, ai giudici comuni l'alternativa tra seguire l'interpretazione della legge da essa suggerita come costituzionalmente conforme oppure risolvere la questione di costituzionalità, consentendo alla Corte un intervento demolitorio attraverso la dichiarazione di incostituzionalità.

Per un lungo periodo l'interpretazione conforme fu uno strumento impiegato in una situazione monopolistica da parte della Corte, mentre a partire dalla celebre affermazione contenuta nella sent. del 1996 (le leggi si dichiarano incostituzionali non perché consentono letture incostituzionali, ma solo allorché non permettono di interpretarle in maniera costituzionalmente conforme) viene prima chiesto, poi posto come obbligo, di dimostrare la impossibilità di dare alla legge impugnata una lettura costituzionalmente conforme.

L'effetto è all'evidenza quello di valorizzare l'attività interpretativa del giudice, nonché quello di superare definitivamente la diversità di piani, quello della costituzionalità e quello della legalità (obbligo di interpretare la legge alla luce della Costituzione), pur con la conseguenza, resasi più evidente negli ultimi anni, di determinare una "crisi" del giudizio incidentale, spesso bypassato dai giudici in ragione del ricorso alla tecnica della interpretazione conforme.

Con riguardo all'ambito eurounitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia fin dal 1984 ha affermato che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice deve interpretare lo stesso alla luce del diritto comunitario ed ha sottolineato come l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto l'obbligo di interpretazione conforme deve ritenersi un "effetto strutturale" della normativa comunitaria, concludendo pertanto che il giudice, quando è possibile seguire un'interpretazione conforme, non deve procedere alla disapplicazione del diritto nazionale, che diviene quindi una *extrema ratio*.

Anche in questo caso appare evidente la valorizzazione dell'opera interpretativa del giudice e l'indicazione ad operare un'interpretazione conforme non si limita al diritto eurounitario direttamente applicabile, ma si estende anche al diritto non direttamente applicabile, anche alle decisioni quadro e addirittura alle direttive non ancora scadute.

La pregiudiziale comunitaria, al pari *mutatis mutandis* di quella costituzionale, segna un momento di collaborazione tra i giudici nazionali (con il cappello di giudici comunitari) e la Corte di giustizia, con una teorica ripartizione di competenze che dovrebbe fondarsi sulla distinzione tra l'attività di interpretazione del diritto eurounitario, spettante alla Corte e quella di applicazione dello stesso o di quello nazionale, alla luce del primo, spettante invece ai giudici nazionali.

In realtà il sistema è finito per operare in maniera sostanzialmente diversa ed in certi casi viene fatto di chiedersi, a seguito di quanto adesso riassuntivamente richiamato, quale diritto il giudice nazionale viene in realtà ad applicare, se quello nazionale, quello eurounitario o ancora un diritto "misto". La domanda e la difficoltà di dare una risposta certa deriva dal fatto che non è facile distinguere con un taglio netto il diritto eurounitario dal diritto nazionale interpretato in conformità al primo, come pure l'attività di interpretazione da quella di applicazione del diritto.

L'applicazione della tecnica di interpretazione conforme alla pregiudiziale costituzionale ha posto la stessa in relazione alla questione di costituzionalità, nel senso che il tentativo (riuscito) della prima esclude la proposizione della questione, che nel caso di esito negativo dello stesso diviene altrimenti indispensabile per risolvere il dubbio di costituzionalità.

Più complessa l'applicazione della interpretazione conforme al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in quanto essa viene a porsi, in maniera analoga, quale alternativa ora alla diretta disapplicazione del diritto nazionale nel caso di contrasto con il diritto eurounitario direttamente applicabile, ora alla questione di costituzionalità, nel caso di diritto eurounitario non direttamente applicabile ed in entrambi i casi la ritenuta possibilità per il giudice di fornire una interpretazione conforme si pone in alternativa al rinvio pregiudiziale.

Per quanto concerne la efficacia della risposta alla domanda pregiudiziale (rinvio o questione di costituzionalità), mentre l'effetto è analogo con riguardo alle decisioni sulla validità/costituzionalità dell'atto normativo impugnato che possono condurre alla sua eliminazione, una evidenza differenza è riscontrabile per le pronunce aventi ad oggetto l'interpretazione della Costituzione (o della legge alla luce della Costituzione) oppure del diritto eurounitario.

Nel primo caso infatti le sentenze interpretative della Corte costituzionale non hanno per il giudice, ed in genere, una efficacia vincolante, ma solamente persuasiva e possono condurre alla riproposizione della questione al fine di determinare una pronuncia di incostituzionalità, mentre, per consolidata giurisprudenza, le decisioni interpretative della Corte di giustizia hanno efficacia vincolante e sono infatti ritenute vere e proprie fonti del diritto ed in diverse occasioni la Corte costituzionale ha operato una restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per un riesame della questione alla luce di una sopraggiunta decisione della Corte di Lussemburgo, parificandola quindi, *quoad effectum*, allo *ius superveniens*. Si tratta nella sostanza di una sentenza paragonabile ad una legge di interpretazione autentica, seppure elaborata con riferimento ad un caso concreto e non in astratto.

2. Segue: il fenomeno della “doppia pregiudizialità” e le differenti ipotesi in cui può realizzarsi. La giurisprudenza costituzionale italiana, La recente esperienza francese a seguito della introduzione della *question prioritarie de constitutionnalité*.

Una evidente incidenza sul rapporto di collaborazione, e quindi sul dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia, viene a svolgere l'eventualità in cui le due pregiudizialità (quella costituzionale e quella eurounitaria) vengono a porsi tra loro in contatto e quasi a sovrapporsi.

È il caso, come noto, della c.d. doppia pregiudizialità, ossia dell'ipotesi in cui, con riferimento ad un medesimo giudizio, vengano a porsi per il giudice nazionale le condizioni sia per un rinvio alla Corte di giustizia, sia per sollevare una questione di legittimità costituzionale.

Il rapporto tra le due pregiudiziali, come ha rilevato Valerio Onida (*Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 47), ha soprattutto il valore pratico di adattare il funzionamento del sistema di giustizia costituzionale del nostro paese all'esigenza di garantire la piena osservanza del diritto comunitario, la sua efficacia diretta e il suo primato nei riguardi del diritto nazionale.

L'incidenza del fenomeno sul dialogo tra le corti è apparso evidente dal noto caso del falso in bilancio, per il quale la nuova legge era stata impugnata sia per violazione della Costituzione, sia di una direttiva comunitaria. La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, trattandosi di norme penali di favore ed ha rinviato a nuovo ruolo in attesa del pronunciamento della Corte di giustizia, la quale però non ha potuto risolvere il problema dal momento che il giudice non poteva applicare la legge più favorevole (ritenuta inadeguata dalla Corte di Lussemburgo), né procedere alla disapplicazione, non ponendosi in contrasto con normativa comunitaria direttamente applicabile. Il risultato è stato quello di una sorta di stallo fintanto che il legislatore nazionale non è intervenuto, modificando la disciplina.

Sono state rappresentate, anche di recente (Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti*, in *Rivista AIC*, 24 gennaio 2014, n. 1), differenti possibili ipotesi di doppia pregiudizialità.

Ai nostri fini prenderò in considerazione le seguenti quattro, a seconda che nel medesimo giudizio si verifichi che:

a) per due differenti normative, entrambe applicabili per la soluzione del caso, si ponga la necessità di un ricorso pregiudiziale, in maniera del tutto indipendente, per l'una davanti alla Corte di giustizia, per l'altra davanti alla Corte costituzionale;

b) il dubbio concerna la medesima norma per supposto contrasto con il diritto eurounitario direttamente applicabile e quindi anche con l'art. 117, 1° comma, Cost.;

c) la stessa situazione di cui sopra, ma con riguardo al diritto eurounitario non direttamente applicabile;

d) la medesima norma venga ritenuta in possibile conflitto non solamente con il diritto eurounitario e quindi con l'art. 117, 1° comma, Cost., ma anche con altri principi costituzionali (ad esempio con gli artt. 3, 24 Cost.).

Nel primo caso appare indiscutibile che il giudice possa proporre contemporaneamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sollevare questione di costituzionalità alla Corte costituzionale, con il solo problema di fare una copia degli atti processuali. Le risposte che saranno date dalle due Corti non rischieranno di porsi in contrasto, dal momento che hanno ad oggetto una differente normativa, pur se una delle due risposte si potrà rivelare inutile per la prosecuzione del giudizio principale (si pensi al caso in cui la Corte costituzionale accolga la questione di costituzionalità potendo indirizzare il giudizio in maniera tale da risolvere lo stesso indipendentemente dalla applicazione della normativa per la quale è stato proposto il rinvio pregiudiziale).

In tutti gli altri casi la Corte costituzionale ha seguito in maniera ferma e costante il principio per cui prima debba pronunciarsi comunque la Corte di giustizia, giungendo di conseguenza a ritenere, in caso di doppia pregiudizialità, motivo di inammissibilità della questione di costituzionalità il mancato rinvio da parte del giudice alla Corte di Lussemburgo, escludendo altresì la possibilità di una contemporanea proposizione delle due questioni pregiudiziali e ritenendo di conseguenza inammissibile la questione sollevata dal giudice quando risulti che questi abbia altresì esercitato il rinvio. Anche la semplice pendenza del giudizio, da chiunque proposto, sulla norma davanti alla Corte di giustizia è stata ritenuta ragione di inammissibilità della questione di costituzionalità oppure è stato disposto il rinvio a nuovo ruolo in attesa della decisione a livello europeo.

La giustificazione addotta da parte della Corte costituzionale ha fatto per lo più riferimento alla condizione della necessaria applicabilità della norma nel processo *a quo* (rilevanza della eccezione di costituzionalità), per cui, potendo la risposta della Corte di giustizia determinare la non applicazione (o disapplicazione) del diritto nazionale per contrasto con quello eurounitario (secondo l'interpretazione fornita dalla stessa Corte), occorre attendere la risposta di quest'ultima.

Tale motivazione, se può essere condivisa nel caso *sub b)*, non può invece valere in quello *sub c)*, in quanto l'ipotesi di contrasto della legge nazionale al diritto eurounitario non direttamente applicabile non può condurre alla disapplicazione del primo, ma alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost.

Come esattamente rilevato (Sorrentino, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, in *Diritto comunitario e diritto interno* cit., 470-72), in questo caso l'interpretazione del diritto eurounitario è pregiudiziale al merito e riguarda pertanto non la rilevanza, bensì la non manifesta infondatezza della questione ed il parametro costituzionale invocato. L'eventuale rinvio pertanto dovrebbe semmai spettare al Giudice costituzionale, come giudice del merito e non al giudice comune in sede di mera delibazione della questione di costituzionalità.

L'aver la Corte costituzionale spinto invece anche in questo caso il giudice a passare prima dalla Corte di giustizia ha finito per rendere il più spesso inutile la successiva proposizione di questione di costituzionalità alla nostra Corte.

La Corte costituzionale chiede quindi ai giudici di risolvere comunque prima gli aspetti attinenti al diritto eurounitario, da qui la priorità del rinvio pregiudiziale, secondo una logica che appare però contraddetta dalla stessa Corte a fronte delle ipotesi *sub d)*, nelle quali invece essa affronta in via prioritaria le questioni attinenti ai parametri costituzionali "altri", con

il risultato di relegare ad *extrema ratio* l'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Giovannetti, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in Romboli (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, 335 ss.).

In proposito è stato rilevato da Antonio Ruggeri (*A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" congiuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. n. 245 del 2013)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2014, XVII, 363 ss.) che sarebbe opportuno che la Corte costituzionale esaminasse sempre e comunque la supposta violazione della normativa eurounitaria, anche quando essa non si presenti come strettamente necessaria per la soluzione del caso, senza seguire la tecnica dell'assorbimento dei vizi, risultando questo un prezioso servizio che essa renderebbe agli operatori giuridici.

D'altra parte, qualora la Corte di giustizia seguisse la stessa posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale, il criterio potrebbe agevolmente essere ribaltato, potendo la prima richiedere che venga risolto in via preliminare il problema di costituzionalità (Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013, 191 ss.).

Anche per questo è stato rilevato come le basi sulle quali viene fondata la priorità dell'una pregiudiziale sull'altra sono assai fragili, dal momento che anche la dichiarazione di incostituzionalità rende inapplicabile la disposizione, suggerendo che il criterio da seguire debba essere essenzialmente quello di economia processuale, dovendosi un ordine rigido delle questioni ritenere vincolante solo quando si verrebbero altrimenti ad esercitare poteri in astratto non attribuiti e non quando l'eventuale difetto di competenza deriva dalla sorte di altra questione (Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2013, 2897 ss.).

Credo si possa senz'altro concordare con tale posizione, anche se parrebbe comunque da auspicare il formarsi sul punto di una giurisprudenza tale da poter orientare (e non disorientare, causa la sua mutevolezza) il comportamento dei giudici.

Sul tema della doppia pregiudizialità è interessante la recente esperienza francese, la quale vale quindi la pena di ricordare seppure brevemente e per sommi capi.

Il problema della doppia pregiudizialità, da noi noto da diversi anni (Cartabia, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, *Foro it.*, 1997, IV, 222 ss.), si è posto in Francia solamente a seguito della introduzione di un sistema di controllo delle leggi a posteriori ed in via incidentale con la riforma costituzionale degli artt. 61 e 62 Cost. e l'approvazione della legge organica 10 dicembre 2009 n. 1523, le quali hanno risolto il problema in senso esattamente opposto a quello seguito dalla giurisprudenza costituzionale italiana appena ricordata, ossia stabilendo la "priorità" della questione di legittimità costituzionale.

L'anno seguente (2010) la Corte di cassazione francese, a giudizio di alcuni allo scopo di conservare il proprio potere nel controllo della "comunitarietà" delle leggi nazionali, ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia circa la compatibilità della priorità della questione di costituzionalità con i principi dell'ordinamento eurounitario.

La Corte di cassazione, di fronte ad una questione che poneva problemi di conflitto sia con la Costituzione che con il diritto eurounitario, ha posto il quesito alla Corte di Lus-

semburgo, denunciando che i giudici francesi di ultimo grado, se obbligati a proporre prioritariamente la questione al *Conseil constitutionnel* potevano risultare privati della possibilità (obbligo, per il diritto dell'Unione) di esercitare il rinvio alla Corte di giustizia. La cassazione sottolineava altresì come le decisioni del *Conseil* non sono suscettibili di impugnazione, per cui la limitazione per i giudici francesi di ultimo grado al rinvio pregiudiziale sarebbe così venuta a porsi sia prima, sia dopo l'intervento del *Conseil* (Fabbrini, *Pregiudizialità costituzionale: la riforma francese è contraria al diritto dell'Unione europea?*, in *Quaderni cost.*, 2010, 382 ss.)

Prima che la Corte di giustizia si pronunciasse era intervenuto il *Conseil constitutionnel*, forse con l'intento di rassicurare la prima, ribadendo la propria giurisprudenza in base alla quale il contrasto tra la legge ed i principi dell'Unione europea non è questione di costituzionalità, per cui le due questioni si pongono su piani del tutto diversi e senza interferenze.

La Corte di giustizia ha risposto (sent. 22 giugno 2010, *Melki*), affermando che il giudice nazionale non è privato della facoltà, né dispensato dall'obbligo di sottoporre una questione circa l'interpretazione o la validità del diritto eurounitario per il fatto che la incostituzionalità di una norma di diritto nazionale sia soggetta a ricorso obbligatorio davanti al giudice costituzionale.

Più in specifico la Corte di Lussemburgo ha precisato che, in caso di un giudizio incidentale costituzionale prioritario, l'art. 267 Tfeue esige che il giudice sia comunque libero di adottare qualsiasi misura provvisoria a tutela dei diritti conferiti dalla Unione europea e di disapplicare, al termine del giudizio incidentale, la norma nazionale che ritenga in contrasto con il diritto euro unitario.

Per il caso specifico di norme nazionali meramente riproduttive di norme imperative contenute in una direttiva, la cui eventuale dichiarazione di incostituzionalità potrebbe impedire l'intervento della Corte di giustizia, i giudici di ultima istanza sono comunque tenuti a chiedere alla Corte di pronunciarsi sulla validità della direttiva e successivamente a trarne le dovute conseguenze in ordine al diritto interno.

3. Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra la Corte di giustizia ed i giudici comuni: la distinzione tra giudici di ultima istanza e altri giudici e la progressiva riduzione della sua portata.

Il secondo punto da trattare è quello relativo ai rapporti ed ai problemi che si sono posti per la collaborazione, e quindi per il dialogo, fra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali comuni.

A questi ultimi infatti, anche nella veste di "giudici dell'Unione", è stato attribuito un ruolo formidabile nella realizzazione dell'ordinamento eurounitario, per cui è normale che ci si sia giustamente preoccupati di sensibilizzare in proposito i giudici ordinari ed in specifico di sollecitarli ad un ampio utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale.

Tutto ciò pare avere avuto successo, in quanto i giudici nazionali (anche, e fino ad un certo momento potremmo dire soprattutto, non di ultima istanza) hanno fatto con molta frequenza, ricorso alla Corte di giustizia, tanto che si è parlato in proposito di un "percorso pa-

rabolico”, nel senso che si è passati dal sollecito al timore per un uso smodato del rinvio che potrebbe creare problemi alla funzionalità dello strumento (Ruggeri, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in *“Itinerari”* cit., 2011, XV, 506).

Il giudice comune dello stato membro è infatti chiamato a disapplicare (o non applicare) direttamente il diritto nazionale quando questo sia ritenuto in contrasto con il diritto eurounitario direttamente applicabile, a sollevare questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale allorchè invece ciò accada nei riguardi di un diritto non direttamente applicabile, per indiretta violazione della Costituzione, ad interpretare, come abbiamo visto, la normativa nazionale in maniera conforme al diritto eurounitario ed infine a proporre, a fini interpretativi o di validità di quest’ultimo, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Come è stato sottolineato da Onida (*Nuove prospettive* cit., 67), l’affermarsi di un controllo di tipo diffuso di compatibilità comunitaria ha segnato un “salto culturale”, anche con il conseguente rischio di confusione di piani, per il giudice nazionale, oramai abituato ad un controllo di tipo accentrato, quale quello disegnato con riferimento al controllo interno sulla costituzionalità delle leggi. A ciò si aggiunga come la giurisprudenza della Corte di giustizia ha indicato l’esigenza di un controllo diffuso addirittura nei rapporti tra diritto derivato e principi facenti parte del diritto europeo, in una dimensione quindi tutta europea, finora appannaggio esclusivo della Corte di Lussemburgo.

Il sistema eurounitario fissa, come è ampiamente conosciuto, una distinzione fra i giudici nazionali, a seconda siano o meno qualificabili come giudici di ultima istanza, stabilendo solo per questi ultimi l’obbligo di rinvio pregiudiziale, sia per ragioni interpretative che di validità.

La finalità che si pone alla base del rinvio pregiudiziale, vale a dire quella di garantire la uniforme interpretazione e quindi applicazione del diritto eurounitario, sarebbe stata all’evidenza meglio realizzata imponendo un simile obbligo a tutti i giudici nazionali, per cui la scelta operata sembra potersi giustificare, da un lato sulla base di ragioni di ordine pratico, consistenti nella esigenza di evitare un carico enorme di lavoro per la Corte di giustizia, dall’altro con lo scopo di escludere che in uno stato si venga a consolidare una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme euro unitarie.

La distinzione di cui sopra fra i giudici è venuta in realtà in grande parte a ridursi a seguito della attività paranormativa e della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha condotto ad un avvicinamento delle due posizioni.

Per quanto concerne in particolare quella dei giudici non di ultimo grado, è nota la indicazione ed il forte invito rivolto a tutti i giudici a sollevare questioni pregiudiziali, specie con riguardo alle “nuove interpretazioni” (così nella “Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali”, pubblicata per la prima volta nel 1996 e più volte integrata, da ultimo con nota 2011/C 160/01 e recentemente sostituita dalle “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale”, nota 2012/C 338/01).

Dall'altro lato una limitazione dell'obbligo di rinvio per i giudici di ultimo grado è derivata da quella giurisprudenza introdotta dalla sent. *Cilfit*, attraverso la quale sono stati indicati casi in cui deve ritenersi che l'obbligo non sussista.

Ciò in particolare in tre ipotesi: a) se la questione non è pertinente, ossia rilevante, ai fini della risoluzione del giudizio principale, venendo per questo a fare difetto proprio il requisito della pregiudizialità; b) nel caso di "*act eclare*", ossia di un atto la cui interpretazione può ormai ritenersi chiarita, a seguito di specifici interventi della Corte di giustizia con riguardo ad una fattispecie identica oppure comunque analoga; c) nel caso di "*act clair*", cioè allorchè la corretta interpretazione risulta di assoluta evidenza, tanto da non poter ragionevolmente nutrire dubbi in proposito.

La definizione di "atto chiaro" viene in concreto rimessa alla sensibilità del giudice nazionale, dal momento che il rigoroso rispetto della definizione data dalla Corte di Lussemburgo porterebbe a ritenere la prova richiesta come *probatio diabolica*, tale da escludere in assoluto l'applicazione del criterio.

La Corte di giustizia ha infatti precisato che la "chiarezza" dell'atto sussiste allorchè il giudice ritenga che il significato della disposizione risulti del tutto evidente anche per i giudici degli altri stati membri e della stessa Corte, tenendo conto delle specificità del linguaggio del diritto euro unitario, della necessità di raffrontare le diverse versioni linguistiche della disposizione, dell'esigenza di considerare che le disposizioni del diritto eurounitario debbono essere interpretate sistematicamente.

L'avvicinamento tra le due categorie di giudici è stato poi totale con riguardo al controllo di validità, dal momento che a seguito della sentenza *Foto-Frost* la Corte di giustizia ha trasformato, per i giudici non di ultimo grado, la facoltà di rinvio in obbligo. Ciò nella considerazione che è necessario evitare divergenze in materia tra i giudici degli stati membri, dal momento che la validità, oltre che la uniformità, viene a compromettere anche il principio di certezza del diritto, che il controllo di legittimità delle attività delle istituzioni euro unitarie è assegnato dal Trattato alla Corte di giustizia e che questa è posta nelle migliori condizioni per la valutare la validità degli atti.

4. Segue: alcune specifiche questioni: a) i limiti al potere di disapplicazione da parte del giudice.

Quanto a specifici problemi che si sono posti più di recente e che possono venire in qualche misura ad incidere sul dialogo tra i giudici comuni e la Corte di giustizia o che sono il risultato dello stesso, mi limito a segnalarne tre, in particolare quelli a) dei limiti al potere di disapplicazione del giudice, b) dei problemi derivanti dal mancato esercizio del rinvio pregiudiziale, quando invece lo stesso era dovuto, dei possibili rimedi e delle conseguenze che ne possono derivare per gli stati ed infine c) della delimitazione dei poteri del giudice nazionale nel proporre il rinvio pregiudiziale alla luce di un recente caso proposto dal Consiglio di Stato italiano e della risposta in ordine al medesimo fornita dalla Corte di giustizia.

Sul primo aspetto notevole rilievo suscitò la decisione con cui nel 2005 il Consiglio di Stato italiano (sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207) fece valere i controlimiti quale “limite” all’obbligo di rinvio pregiudiziale ed alla disapplicazione del diritto nazionale.

Di fronte alla domanda di una delle parti di disapplicare la normativa nazionale in quanto contrastante con i principi eurounitari di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali o, in subordine, di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il Consiglio di Stato aveva escluso entrambe sul presupposto che la normativa nazionale doveva ritenersi il risultato di una decisione additiva attraverso la quale la Corte costituzionale aveva dato attuazione e tutela al diritto fondamentale alla salute. A giudizio del giudice amministrativo la possibilità di disapplicare il diritto interno per contrasto con quello eurounitario trova un limite (o controlimite) alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato nell’area dei diritti fondamentali dell’ordinamento nazionale. Di conseguenza il Consiglio ha altresì escluso la necessità di un rinvio pregiudiziale, dal momento che la risposta della Corte di giustizia sarebbe risultata “non pertinente”, non potendo, quale che fosse, svolgere effetti nella soluzione del caso, dal momento che comunque la statuizione della Corte costituzionale avrebbe vincolato il giudice amministrativo all’applicazione della norma in questione, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale.

La dottrina si esprime per lo più in maniera critica nei confronti della surricordata decisione, sottolineando proprio la sua contrarietà allo spirito di collaborazione e di dialogo che invece avrebbe dovuto caratterizzare il rapporto tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia.

Venne in particolare sottolineato come nel caso di specie più che un problema di conflitto tra diritti e quindi di controlimiti, si poneva la necessità di un bilanciamento tra differenti valori ed interessi che venivano in gioco, per cui sarebbe stato assai utile un rinvio pregiudiziale in cui far ovviamente presenti le particolarità e i principi, anche costituzionali, che venivano in considerazione in ambito nazionale oppure rimettere la questione alla Corte costituzionale, ponendo la stessa nella condizione di interloquire con la Corte di giustizia.

La necessità di determinare i confini del potere di disapplicazione del giudice nazionale e, di rimando, anche quello di richiedere l’intervento della Corte di giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale, è divenuta più evidente a seguito della riconosciuta efficacia giuridica attribuita alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione con il Trattato di Lisbona e lo sarà ancora di più se e quando si verificherà l’adesione dell’Unione europea alla Cedu.

Il tema è assai noto e complesso e pertanto non è mia intenzione affrontarlo in questa sede, nella quale vorrei limitarmi a segnalare, a proposito dei limiti che si pongono al giudice nazionale, una recentissima decisione della Corte di giustizia in relazione ad un rinvio pregiudiziale sollevato dal Tar della Sicilia, il quale poneva in sostanza il problema della compatibilità con i principi generali dell’Unione europea di una disposizione nazionale in tema di autorizzazione ad intervenire in zona vincolata per violazione della tutela del paesaggio.

La Corte di giustizia (sent. 6 marzo 2014) ha ricordato al giudice come le disposizioni della Carta dei diritti si applichino solamente per la normativa di attuazione del diritto eurounitario e non pertanto per la normativa nazionale la quale non rientri in tale ambito, dal momento che l’obbligo per gli stati membri di rispettare i diritti fondamentali definiti nell’ambito dell’unione si impone loro solo allorchè agiscano in applicazione del diritto eurounitario.

In particolare la Corte ha precisato che la nozione di “attuazione del diritto eurounitario” richiede l’esistenza di un collegamento dotato di una qualche consistenza che vada quindi al di là della semplice affinità tra le materia prese in considerazione o della influenza indirettamente esercitata da una materia sull’altra.

5. Segue: b) i problemi derivanti dal mancato esercizio del rinvio pregiudiziale, i rimedi e le conseguenze.

Il secondo aspetto è quello concernente il caso di illegittimo mancato rinvio alla Corte di Lussemburgo da parte dei giudici nazionali ed i possibili rimedi allo stesso.

A parte i previsti, ma poco efficaci, rimedi a livello sovranazionale, quali la procedura di infrazione da parte della Corte di giustizia oppure il ricorso, ai sensi dell’art. 6 Cedu, davanti alla Corte di Strasburgo per rifiuto arbitrario di rinvio pregiudiziale, i rimedi più efficaci risultano essere quelli esperibili, nei limiti in cui lo sono, a livello nazionale.

In una visione comparatistica appare evidente come una soluzione spesso soddisfacente può essere individuata nel ricorso diretto al Giudice costituzionale in quegli ordinamenti in cui lo stesso è previsto.

Così ad esempio in Austria il mancato rinvio pregiudiziale, quando esso sia arbitrario ed ingiustificato, comporta la violazione del diritto al giudice naturale precostituito per legge, individuato nel caso nella Corte di giustizia. Il Giudice costituzionale austriaco, se ritiene violato il principio costituzionale, rinvia la questione alla corte inferiore, senza procedere esso stesso ad operare il rinvio alla Corte di giustizia.

Ugualmente in Germania viene fatto riferimento alla garanzia di precostituzione per legge del giudice, allorchè il giudice abbia oltrepassato “in maniera insostenibile” il proprio riconosciuto margine di apprezzamento. In ordine alla violazione del diritto al giudice naturale per omesso rinvio obbligatorio, il Giudice costituzionale tedesco ha precisato di non dover controllare qualsiasi valutazione errata del giudice nazionale, ma solo verificare se la omissione sia avvenuta sulla base di considerazioni illogiche ovvero arbitrarie, considerando tali il caso di ignoranza dell’obbligo di rinvio in caso di dubbi percepiti, di intenzionale divergenza dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, di incompletezza della giurisprudenza esaminata o di non congrua motivazione.

In Spagna, in un primo momento in ragione della separatezza tra questioni di costituzionalità e questioni di “comunitarietà”, era stata esclusa dal *Tribunal constitucional* la possibilità di utilizzare lo strumento dell’amparo costituzionale allo scopo di denunciare una violazione del proprio diritto di difesa (art. 24 CE). Successivamente, a partire dalla ord. n. 58 del 2004, il *Tribunal* ha operato una modifica del proprio consolidato orientamento giurisprudenziale, a fronte di una macroscopica violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale e del principio del primato del diritto eurounitario.

In Italia, con riguardo all’interpretazione del diritto eurounitario non direttamente applicabile, il mancato rinvio da parte del giudice comune potrebbe essere, almeno in alcuni casi, rimediato da parte della Corte costituzionale, dal momento che in questi casi il giudice

dovrebbe sollevare questione di costituzionalità, non potendo procedere direttamente alla disapplicazione del diritto nazionale.

Questo, come in parte ho detto, non si è verificato sia per la ricordata giurisprudenza costituzionale che ha fissato comunque, anche per il diritto eurounitario non direttamente applicabile, la priorità per il giudice del rinvio pregiudiziale, sia per la ritenuta non legittimazione della Corte costituzionale a proporre essa stessa il rinvio alla Corte di giustizia nell'ambito di giudizi sulle leggi attivate in via incidentale, su cui tornerò subito dopo.

Se è vero, come lo è, che la Corte di giustizia ha comunque riconosciuto al giudice nazionale, anche di ultima istanza, un margine di discrezionalità nella interpretazione del diritto eurounitario e quindi anche nella decisione di proporre o meno il rinvio pregiudiziale, è con riguardo al rispetto o al superamento di tale margine che si pone la responsabilità dello stato per il comportamento dei propri giudici.

Largo eco, ed anche qualche strumentalizzazione da parte di chi da tempo pensa ad un ridimensionamento del ruolo della magistratura nel nostro ordinamento, ha avuto, come noto, in Italia la vicenda connessa alla responsabilità dello Stato per l'attività interpretativa del giudice, con riguardo specificamente anche al mancato rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza.

Tale forma di responsabilità trova fondamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale (sentenza *Francovich* del 1991) ha dapprima riconosciuto, in generale, il diritto del cittadino comunitario alla tutela risarcitoria da parte dello Stato per violazione degli obblighi comunitari, specificando successivamente le condizioni per la sussistenza del diritto stesso e, per quanto interessa, che questo deve ritenersi valido qualunque sia l'organo statale responsabile della violazione (sent. *Brasserie du Pecheur* del 1996), purchè a) la norma giuridica violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, b) la violazione sia sufficientemente caratterizzata e c) sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dai singoli.

Alcuni anni dopo la stessa Corte di Lussemburgo (sent. *Kobler* del 2003) ha ulteriormente puntualizzato che il diritto al risarcimento spetta anche quando la violazione derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, anche se, data la particolarità e specificità dell'attività giurisdizionale, ha voluto precisare che la responsabilità per violazione del diritto comunitario "può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice ha violato in maniera manifesta il diritto vigente".

Allo scopo di valutare il carattere manifesto della violazione, il giudice deve tener conto, tra l'altro, della mancata osservanza dell'obbligo di pregiudiziale comunitaria o della ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia.

A seguito di tale giurisprudenza si è posto il problema della compatibilità con essa della normativa sulla responsabilità del giudice contenuta nella l. 117/88 e specialmente della c.d. clausola di salvaguardia, che esclude la sussistenza della responsabilità del giudice allorché si tratti di attività di interpretazione del diritto.

I giudici italiani fornirono in proposito risposte diversificate, per alcuni la l. 117/1988 tutelando un valore fondamentale quale quello dell'indipendenza del giudice non è disapplicabile dal giudice comune, in quanto "controlimite", mentre altri, al contrario, ritennero la pre-

visione della clausola di salvaguardia contraria al diritto comunitario e quindi da disapplicare. Altri ancora scelsero invece di investire nuovamente della questione la Corte di giustizia di Lussemburgo attraverso una richiesta pregiudiziale circa la conformità appunto della clausola di salvaguardia ai principi del diritto comunitario, quali desumibili dalla ricordata giurisprudenza della Corte stessa, la quale è pertanto intervenuta nuovamente sul punto specifico.

La Corte di giustizia (sent. *Traghetti del Mediterraneo* del 2006) in particolare ha affermato che non può escludersi che una violazione manifesta del diritto comunitario avvenga proprio nell'esercizio di attività interpretativa del giudice e che contrasta con il diritto comunitario una legislazione nazionale che escluda comunque la responsabilità dello Stato o che limiti la stessa al dolo o alla colpa grave per attività interpretativa del giudice, ove una tale limitazione possa condurre, di fatto, ad escludere la responsabilità dello stato in caso di violazione manifesta del diritto vigente.

In Italia si è, di conseguenza, aperto un ampio dibattito circa le ricadute di tale giurisprudenza sulla normativa nazionale, sembrando ad alcuni di doverne derivare un vero e proprio scardinamento dell'intero sistema, mentre per altri nulla sarebbe cambiato, dovendosi ricondurre la "violazione manifesta" alle condizioni del dolo o colpa grave.

Le valutazioni circa il suddetto intervento della Corte di giustizia e le conseguenze da trarne non hanno in sostanza condotto ad alcuna innovazione della normativa vigente, per questo, trascorsi ormai cinque anni, la stessa Corte di giustizia, nell'ambito di un giudizio per infrazione, ha, in maniera quasi scontata, condannato l'Italia per essere venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, posto che, ai sensi dell'art. 2, 1° e 2° comma, l. 13 aprile 1988 n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati: a) esclude qualsiasi responsabilità dello stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e b) limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave (sent. 24 novembre 2011, n. 379/10).

Diversi sono i piani, per quanto tra di loro inevitabilmente interconnessi, sui quali sarebbe possibile, anche se certamente non in questa sede, riflettere, distinguendo gli aspetti *de iure condito* da quelli *de iure condendo*, quelli relativi al piano del diritto dell'Unione rispetto a quelli concernenti il diritto nazionale, quelli relativi alla responsabilità dello Stato rispetto a quelli relativi alla rivalsa o alla responsabilità del giudice ed infine quelli relativi al tipo di riforma da suggerire al nostro legislatore (in proposito sia consentito rinviare a Romboli, *La responsabilità dei magistrati nell'ordinamento costituzionale italiano*, in Ventura e Falzea (cur.), *Seminari sulla responsabilità*, Milano, 2013, 85 ss.).

6. Segue: c) la delimitazione dei poteri del giudice nella proposizione del rinvio, a proposito di Cons. Stato n. 1244 del 2012.

Il terzo aspetto risulta strettamente connesso con quanto appena detto ed è riferito ai diversi, interessanti problemi sollevati dal Consiglio di Stato in occasione di un recente rinvio pregiudiziale (Sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244) con il quale sono state poste alcune importanti questioni relativamente ai poteri del giudice nell'operare il rinvio ed alla connessa responsabilità (dello Stato) per l'ipotesi in cui il mancato rinvio sia considerato come "manifesta violazione" del diritto euro unitario.

Con tale pronuncia il giudice amministrativo ha infatti posto alla Corte di giustizia una serie di quesiti, primo fra tutti quello relativo all'eventuale contrasto con l'art. 267 TFUE delle norme processuali (nella specie del processo amministrativo) che pongono al giudice un divieto di modificare la domanda di parte ed in particolare se si ponga in contrasto con l'obbligo per il giudice di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale il riconoscimento al giudice di un potere di "filtro" in ordine alla rilevanza ed alla valutazione del grado di "chiarezza" della disposizione euro unitaria.

Nel caso di specie il problema si poneva in quanto l'istanza di parte risultava carente nella motivazione e mal formulata, per cui si imponeva una decisione di inammissibilità, a meno che il giudice non procedesse ad una integrale riformulazione della stessa. A questo però si oppongono, a giudizio del Consiglio di Stato, le regole del processo amministrativo, in quanto il principio della domanda imporrebbe al giudice di astenersi da interventi sui motivi proposti dalla parte, pena la violazione del principio del contraddittorio (Pignatelli, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, 2012, III, 367 ss.), per cui si chiedeva alla Corte di giustizia quale dovesse essere in proposito il comportamento da tenere da parte del giudice nazionale.

Un secondo quesito riguardava invece i poteri del giudice nella valutazione della pertinenza/rilevanza della questione, vale a dire se il relativo giudizio debba ritenersi riservato al giudice nazionale oppure possa essere sindacato dalla Corte di giustizia. Inoltre il Consiglio di Stato rilevava come non sarebbe chiaro "quale è l'ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto comunitario è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, se il giudice *a quo* esclude la rilevanza della questione di interpretazione del diritto comunitario, errando nel valutare se il diritto comunitario è o meno applicabile al caso concreto".

Per quanto riguarda invece la nozione di "atto chiaro", il Consiglio di Stato domandava alla Corte di giustizia se l'obbligo di rinvio per il giudice di ultimo grado impedisce un vaglio critico che consenta di non rinviare non solo in caso di "assoluta chiarezza", ma altresì, di norma, nella ipotesi in cui, a giudizio del giudice, si verta in una situazione "ragionevolmente chiara".

I differenti problemi sollevati dal giudice amministrativo italiano avevano tutti chiaramente sullo sfondo il tema, come detto assai dibattuto nel nostro paese, della responsabilità del giudice e dello Stato con riguardo al mancato rinvio di questione pregiudiziale alla Corte

di Lussemburgo ed infatti l'ulteriore questione che veniva posta nel rinvio in discussione era quella di un chiarimento circa la nozione di "manifesta violazione" del diritto eurounitario, in presenza della quale scatta appunto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la responsabilità.

La Corte di giustizia (sent. 18 luglio 2013) ha ribadito che il giudice è tenuto, per ragioni di corretta ed uniforme interpretazione del diritto eurounitario a rivolgersi alla Corte di giustizia ma solo quando esso ritenga che la questione sia rilevante per il giudizio in corso.

L'obbligo di rinvio – a giudizio della Corte – per qualsiasi questione venga in essere, è espressione della cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali e si realizza attraverso un procedimento che è estraneo ad ogni iniziativa di parte. Pertanto la determinazione e la formulazione delle questioni spetta solo al giudice, né le parti possono modificarne il tenore, in quanto solo al giudice spetta decidere in via definitiva sia in ordine alla forma che al contenuto del provvedimento di rinvio.

Le regole processuali nazionali non possono limitare questo compito del giudice nazionale nella veste di giudice eurounitario, il quale potrà, se del caso, disapplicare direttamente le disposizioni processuali contrastanti.

La Corte di giustizia non si è invece pronunciata sulla nozione di "manifesta violazione" del diritto eurounitario, ritenendo la stessa manifestamente priva di rilevanza per il giudizio in corso.

7. Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra la Corte di giustizia ed i Giudici costituzionali. Le "prime volte" nel quinquennio 2011-2014: il caso del Tribunal constitucional spagnolo (ord. 9 giugno 2011, n. 86).

Venendo adesso al terzo punto della relazione, vale a dire quello concernente il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo tra la Corte di giustizia ed i Giudici costituzionali nazionali, un elemento che immediatamente balza all'attenzione del commentatore è quanto accaduto in proposito negli ultimi anni. Nel quinquennio 2011-2014 infatti abbiamo assistito alla "perdita di verginità" di diversi Tribunali e Corti costituzionali, i quali "per la prima volta" si sono decisi, anche smentendo in certi casi quanto espressamente affermato in precedenza, ad utilizzare lo strumento del rinvio per rivolgersi direttamente alla Corte di Lussemburgo.

Lo hanno fatto il Tribunale costituzionale spagnolo (2011), il Consiglio costituzionale francese (2013), il Tribunale costituzionale tedesco (2014) e la nostra Corte costituzionale, nell'ambito di giudizi sulle leggi attivati attraverso la via incidentale (2013).

La cosa all'evidenza non può essere casuale, anche se non pare certamente possibile trattare tutte le suddette esperienze allo stesso modo, nel senso di individuare un'unica motivazione valida per tutte le "prime volte" ricordate, sembrando invece più opportuno cercare di porre in luce le particolarità e quindi le giustificazioni delle differenti esperienze.

È ciò che tenterò di fare ripercorrendo in breve le quattro diverse situazioni e tentando poi qualche valutazione conclusiva. L'esame sarà sviluppato per ogni caso, ricostruendo lo stesso intorno a cinque momenti: a) il caso da cui muove il rinvio e le questioni poste con lo stesso; b) la precedente giurisprudenza del medesimo Giudice costituzionale in ordine alla

propria legittimazione a proporre il rinvio pregiudiziale; c) la motivazione posta a fondamento della “prima volta”; d) la risposta (quando c’è stata) della Corte di giustizia; e) i prevedibili riflessi della “svolta” sulla futura giurisprudenza costituzionale.

Iniziando quindi con l’esperienza spagnola e dal momento *sub a)*, il caso oggetto del primo rinvio alla Corte di Lussemburgo da parte del *Tribunal constitucional* (ord. 9 giugno 2011, n. 86) è stato quello relativo alla richiesta di estradizione, da parte dell’Italia, di Stefano Melloni arrestato a Malaga e condannato per bancarotta fraudolenta dal tribunale di Ferrara, con condanna confermata dalla corte di appello di Bologna. Il Melloni aveva ricorso in amparo costituzionale per violazione del proprio diritto di difesa (art. 24 CE) contro la decisione di estradarlo in Italia, denunciando di essere stato condannato in contumacia e che la legislazione del paese di origine non prevedeva la possibilità di una revisione della sentenza.

La giurisprudenza spagnola, in casi simili, era consolidata nel negare l’extradizione, pertanto il *Tribunal constitucional* propone un rinvio pregiudiziale articolato, anche allo scopo di esprimere le differenti posizioni espresse all’interno del collegio.

In particolare pone, in stretta connessione, una questione interpretativa ed una di validità relativamente alla decisione quadro del 2009 in materia di mandato di arresto europeo: con la prima chiede se la stessa possa essere interpretata nel senso di ritenere necessaria la condizione che il condannato in contumacia una volta estradato abbia la possibilità di una revisione della sentenza di condanna, con la seconda, per l’ipotesi in cui tale lettura sia esclusa, pone il problema della validità della decisione quadro con riguardo al diritto fondamentale di difesa. In sostanza una questione che sembrava evocare il tema dei c.d. contro-limiti, viene invece posta in termini più dialoganti di interpretazione-validità.

La decisione di proporre il rinvio alla corte di giustizia da parte del *Tribunal* è stata accolta con favore ed apprezzata dalla generalità della dottrina, la quale ha in particolare sottolineato come la questione sarebbe comunque pervenuta per altra strada all’esame della Corte di Lussemburgo e come sia stato importante che, dato il rilievo costituzionale della stessa, ciò sia avvenuto ad opera non di un giudice comune, ma del *Tribunal constitucional*, il quale ha potuto far presente la interpretazione del diritto di difesa secondo la Costituzione spagnola e determinare così i termini della questione, stabilendo un dialogo diretto con la Corte di giustizia.

Quanto al momento *sub b)*, la consolidata giurisprudenza costituzionale si fonda sulla netta separazione dei rispettivi ambiti di competenza: il contrasto tra norme interne e diritto eurounitario ha natura “infracostituzionale” e quindi non riguarda alcuno dei processi costituzionali che si svolgono davanti al *Tribunal*, né quindi alcuna delle sue competenze, rientrando invece in quelle proprie della magistratura.

Su questa base il *Tribunal* (sent. n. 64 del 1991) aveva escluso di poter “controllare l’adeguamento dell’attività dei poteri pubblici nazionali al diritto comunitario (...). Il compito di garantire la corretta applicazione del diritto comunitario dai pubblici poteri nazionali è, dunque, una questione esclusa dall’ambito del processo di amparo e di ogni altro processo costituzionale”.

Il Giudice costituzionale spagnolo (sent. n. 372 del 1993) aveva di conseguenza escluso altresì di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a fini interpreta-

tivi, dal momento che tale possibilità “risulta operativa unicamente nei processi in cui si debba far applicare il diritto comunitario e, segnatamente, per garantire un’interpretazione uniforme dello stesso, ciò che non è il caso dei processi svolti davanti a questo *Tribunal*”.

Il già ricordato mutamento di giurisprudenza (ord. n. 58 del 2004) con il quale il *Tribunal* ha ammesso il ricorso di amparo, a tutela del diritto di difesa, nei confronti della mancata proposizione da parte del giudice di un rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, aveva lasciato supporre un mutamento di giurisprudenza anche con riguardo alla legittimazione a proporre direttamente il rinvio alla Corte di giustizia e nel 2009 (sent. n. 199) due giudici del *Tribunal* (Perez Trepms e Zapata) avevano presentato voti particolari con i quali, proprio in tema di mandato di arresto europeo, veniva suggerito di fare il rinvio pregiudiziale.

Per il momento *sub c)*, il *Tribunal* riconosce innanzi tutto la propria natura di organo giurisdizionale legittimato a proporre rinvio, visto che le sue decisioni non ammettono ricorso e motiva la “prima volta” con la necessità di chiarire quale fosse il contenuto, opponibile alle autorità di altri paesi, del diritto di difesa, dal momento che, ai sensi dell’art. 10, 2° comma, CE, i diritti fondamentali si interpretano in conformità con i trattati internazionali. Per questo diveniva essenziale conoscere l’interpretazione corretta del diritto eurounitario, come integrativo del diritto fondamentale di difesa.

Come è stato sottolineato (Aguiar Calahorro, *La primera cuestion prejudicial planteada por el Tribunal constitucional al Tribunal de justicia de la Union europea. Auto del TC 86/2011, de 9 de junio*, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/articulos/12AAguilar.htm>), il problema non era tanto stabilire quale fosse la efficacia della decisione quadro europea per la risoluzione del caso, ma quello di definire quale fosse, alla luce della decisione quadro, il contenuto minimo dell’art. 24, 2° comma, CE che permette di applicare la giurisprudenza della “violazione indiretta” del diritto fondamentale da parte della decisione del giudice.

Sulla base di tali considerazioni quindi la “prima volta” non è stata ritenuta in contrasto con la precedente giurisprudenza, dal momento che fin allora le richieste di rinvio riguardavano il caso di norme di diritto interno in contrasto con il diritto eurounitario, mentre nel nostro caso il problema diveniva di natura costituzionale, in quanto l’interpretazione della Corte di giustizia assumeva significato integrativo del dettato costituzionale.

La risposta della Corte di giustizia (momento *sub d)*, quanto all’aspetto interpretativo, è stata nel senso che l’interpretazione, e quindi l’applicazione della normativa relativa all’arresto europeo, non può essere tale da introdurre ulteriori condizioni per la concessione, impedendo l’applicazione di un atto che si propone di agevolare la cooperazione giudiziaria tutelando il diritto di difesa.

Quanto invece alla validità, la Corte rileva che il condannato ha volontariamente rinunciato a partecipare ai giudizi penali nei suoi confronti, nonostante che questo fosse stato regolarmente avvertito, per cui nessuna lesione del diritto di difesa può ritenersi realizzata nella specie, con riferimento a quanto garantito dagli artt. 47 e 48 (diritto ad un ricorso effettivo e diritto di difesa) della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (sent. 26 febbraio 2013, Melloni).

Come esattamente rilevato da Iacometti (*Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costi-*

tuzionale spagnolo, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013), la Corte fa prevalere l'esigenza di uniforme applicazione della decisione quadro e di reciproca fiducia allo scopo di rendere più salda la cooperazione giudiziaria, rispetto alla garanzia del diritto di difesa, attraverso un'operazione di "giurisprudenza pratica", mentre altri (Ruggeri, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato* (a margine della sentenza Melloni), in "Itinerari" cit., 2013, XVII, 87, 91), hanno sottolineato come la Corte abbia guardato alle cose dal proprio punto di vista, quindi in maniera parziale, senza tener conto dei principi fondamentali dell'Unione nel fare "sistema" ed operando pertanto un "bilanciamento squilibrato".

Per quanto concerne infine il momento *sub e*), con riguardo al tema specifico del mandato di arresto europeo, è risultato a tutti chiaro che con la decisione della Corte di giustizia, accolta dal *Tribunal constitucional*, dovrà essere modificata la giurisprudenza spagnola circa la estradizione del condannato in contumacia, finora condizionata al fatto che lo stesso potesse, nel suo paese di origine, ricorrere contro la sentenza, come prescritto dalla garanzia del diritto di difesa e del giusto processo.

Sotto l'aspetto più generale del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo da parte del *Tribunal*, qualcuno (Arroyo Jimenez, *Sobre la primera cuestion prejudicial planteada por el Tribunal constitucional. Bases, contenido y consecuencias. Papeles de derecho europeo e integracion regional*, Ideir, Madrid, 2011) ha posto l'interrogativo se l'integrazione dei diritti fondamentali da parte dell'ordinamento eurounitario (con conseguente possibile utilizzo del rinvio) sia da ritenere limitato ai diritti fondamentali che generano effetti fuori dall'ordinamento spagnolo oppure anche quando tali effetti siano limitati al diritto interno.

8. Segue: del Conseil constitutionnel francese (ord. 4 aprile 2013).

Il *Conseil constitutionnel* francese pone in essere il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel corso dell'anno 2013 (4 aprile), anch'esso con oggetto la normativa relativa al mandato di arresto europeo. In particolare, per il momento *sub a*), il rinvio viene operato nell'ambito della "nuova" competenza del *Conseil* del giudizio sulle leggi attivato *a posteriori* per la via incidentale. La Corte di cassazione, la quale avrebbe ovviamente potuto proporre essa stessa la questione alla Corte di giustizia, decide invece di sollevare questione di costituzionalità della disposizione del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude(va) il ricorso contro la decisione che autorizza la consegna del condannato in applicazione del mandato di arresto europeo, per supposta violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa.

Attraverso il rinvio pregiudiziale il *Conseil* tendeva a sapere dalla Corte di giustizia se la disposizione del codice di rito impugnata doveva ritenersi "eurounitariamente" obbligata oppure come frutto di una scelta discrezionale del legislatore nazionale. Solo nel secondo caso infatti sarebbe stata ravvisabile una competenza del Giudice costituzionale francese a controllarne la conformità alla Costituzione.

Il *Conseil*, in considerazione della materia trattata (libertà individuale) e della ristrettezza dei tempi entro i quali decidere (tre mesi), chiede alla Corte di applicare la procedura d'urgenza.

Venendo al momento *sub b*), diverse erano le ragioni per le quali il *Conseil* fino ad allora non aveva mai effettuato un rinvio alla Corte di Lussemburgo.

Innanzitutto per un problema di ristrettezza dei tempi, dal momento che il controllo delle leggi *a priori*, unica forma di controllo prima della già ricordata riforma costituzionale che ha introdotto la *question prioritaire de constitutionnalité*, doveva effettuarsi entro il termine perentorio di un mese.

Inoltre la giurisprudenza costituzionale poteva dirsi consolidata nell'affermare che non rientra nella competenza del Giudice costituzionale controllare il contrasto tra la legge nazionale ed il diritto eurounitario e che il rispetto dei Trattati da parte della legge spetta ai giudici comuni nell'ambito del controllo di convenzionalità.

Nel caso di specie si trattava di una legge che dava attuazione ad una direttiva eurounitaria e veniva quindi in considerazione la giurisprudenza costituzionale, anch'essa consolidata, che esclude in questo caso la competenza del *Conseil*, con solamente due eccezioni: a) qualora il legislatore eccede dai margini ad esso consentiti dalla direttiva; b) qualora la direttiva si ponga in contrasto con una disposizione espressa della Costituzione o con un principio o regola inerente la identità costituzionale della Francia.

La esclusione permane anche a seguito della introduzione della eccezione di costituzionalità, dal momento che la trasposizione delle direttive eurounitarie non concerne "diritti e libertà" costituzionali, alla cui esclusiva tutela è stata prevista la nuova via di accesso alla giustizia costituzionale.

Anche sulla base di tali elementi il *Conseil* aveva in precedenza escluso, anche esplicitamente (sent. n. 540 del 2006), la sua legittimazione a proporre il rinvio alla Corte di Lussemburgo e la dottrina non reputava possibile, anche dopo la riforma, di pensare in tempi brevi ad un rinvio del *Conseil*, anche perché l'affermazione della "priorità" della questione di costituzionalità sembrava marcare in maniera ancora più netta la separazione tra i due tipi di controllo (costituzionalità e convenzionalità).

Per il momento *sub c*), trattandosi di una legge che simultaneamente era sospettata di non esatta trasposizione della direttiva e di lesione di un diritto garantito dalla Costituzione, si poneva pertanto la necessità di una interpretazione della fonte eurounitaria allo scopo di definire se il contenuto della disposizione processuale fosse imposto dalla stessa.

Mi pare pertanto corretta la lettura (Catalano, *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013), secondo cui la "prima" del *Conseil* appare tutto sommato una decisione che si inserisce, senza scossoni, nel solco della precedente giurisprudenza ed appare caratterizzata dalle particolarità del caso, per cui sembra un po' esagerato, per definire la stessa, parlare di "scossa sismica" (Rovagnati, *Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel*, in *Quaderni cost.*, 2013 641), tale da favorire un nuovo assestamento del sistema giurisdizionale francese e di controllo accentrato delle leggi. Tale netta differenza di opinioni risulta pure dal rilievo che, mentre il primo dei due autori citati ricollega il rinvio alla volontà del *Conseil* di ringraziare la Corte di giustizia per il modo come la stessa ha risolto il caso Melki, di cui ho parlato poco fa, il secondo legge il rinvio come tentativo del Giudice francese di recuperare quanto perduto a seguito della

stessa decisione Melki, esercitando funzioni di garanzia dei diritti fondamentali anche quando venga in rilievo il diritto dell'Unione europea.

La Corte di giustizia (momento *sub d*) ha risposto che la scelta operata dal legislatore francese non poteva ritenersi imposta dalla direttiva eurounitaria, aprendo così la possibilità per il *Conseil* di controllarne la conformità alla Costituzione. Cosa che quest'ultimo ha fatto, concludendo per la incostituzionalità della disposizione processuale e mostrando così di potersi pronunciare su una legge di trasposizione di una direttiva che non adempie correttamente al proprio compito e simultaneamente lede un diritto garantito a livello costituzionale.

Quanto alle prospettive future (momento *sub e*) credo sia da escludere la possibilità di un uso ampio del rinvio da parte del *Conseil*, stante come detto i tempi stretti imposti dalla legge per la decisione della questione di costituzionalità (tre mesi), come pure la particolare fattispecie che dovrebbe ricorrere: allorchè la interpretazione del diritto eurounitario serva a delimitare il campo di applicazione della legge che si suppone in contrasto con un diritto o una libertà garantiti dalla Costituzione.

9. Segue: del Bundesverfassungsgericht tedesco (ord. 14 gennaio 2014).

Nell'anno in corso vi realizza la "prima volta" nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per il Tribunale costituzionale tedesco (ord. 14 gennaio 2014).

L'occasione (momento *sub a*) è data da un ricorso diretto avanzato da un gruppo di deputati e professori euroscettici in ordine ad un provvedimento della Banca centrale europea contenente misure per il salvataggio dell'euro, stabilendo in particolare l'acquisto di titoli di stato dei paesi membri dell'Unione europea.

Il ricorso diretto era utilizzato a tutela del principio democratico ed allo scopo però di denunciare un atto *ultra vires* di un organo dell'Unione, la cui ammissibilità è stata contestata in alcune opinioni dissenzienti e superata, a giudizio di alcuni (Di Martino, *Le outright monetary transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *Federalismi. it*, 19 febbraio 2014, n. 4), in ragione della grande importanza del merito della questione, ritenuta decisiva per le sorti del processo di integrazione.

Il Tribunale federale sostiene espressamente che, "salva l'interpretazione della Corte di giustizia", il provvedimento *de quo* eccede il mandato della Banca centrale europea ed invade le competenze degli stati membri per la politica economica e rileva altresì che lo stesso non sarebbe da censurare se fosse seguita "una interpretazione conforme al diritto dell'Unione" che il Tribunale stesso indica.

Quanto alla giurisprudenza precedente nella quale si inserisce la decisione di esercitare per la prima volta il potere di rinvio (momento *sub b*), il Tribunale federale tedesco ha costantemente negato la propria competenza a giudicare in ordine alla compatibilità tra il diritto nazionale e quello euro unitario, ritenendo ciò un compito dei giudici comuni e dichiarando quindi inammissibili i ricorsi aventi simile oggetto. Nonostante questo in varie occasioni il Tribunale ha espressamente affermato la propria legittimazione, quale autorità giudiziaria di ultimo grado, a proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo, pur non avendolo mai fatto sino alla ordinanza di cui stiamo parlando.

Circa il rapporto tra gli atti normativi dell'Unione europea ed il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali, la giurisprudenza costituzionale ha subito, com'è conosciuto, una evoluzione, passando da posizioni più intransigenti ad altre più permissive nei confronti del diritto eurounitario (sentenze *Solange I* del 1974, poi *Solange II* del 1986 e *Maastricht* del 1993, in proposito Di Martino, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'incostituzionalità della data retention e torna sul rapporto tra libertà e sicurezza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4059 ss.), pur con determinate garanzie per i principi costituzionali e di identità nazionale, specie nel caso in cui il livello di protezione euro unitario scenda al di sotto degli standards minimi richiesti dalla Legge fondamentale tedesca.

Il controllo *ultra vires* consiste nella possibilità da parte del Tribunale federale di verificare se atti di organi o istituzioni europee realizzino un manifesto eccesso delle propria competenza o riguardino una sfera della identità nazionale non trasferita né trasferibile all'Unione. Il primo caso si realizza solo quando tali organi o istituzioni hanno superato i confini della loro competenza in un modo che ha leso in maniera specifica il principio della singola attribuzione limitata, cioè quando la violazione della competenza è "sufficientemente qualificata".

In queste ipotesi è infatti escluso che organi costituzionali, autorità o giudici nazionali possano in qualche modo dare attuazione a tali provvedimenti.

In ordine ai limiti entro i quali il Tribunale può esercitare il controllo *ultra vires* e ai rapporti dello stesso con la funzione interpretativa della Corte di giustizia (e quindi con il rinvio pregiudiziale), la giurisprudenza precedente trova un preciso punto di riferimento nella sentenza *Mangold-Honeywell* del 6 luglio 2010. In essa viene infatti precisato che, secondo l'ordinamento della repubblica federale di Germania, deve essere riconosciuto il primato applicativo del diritto dell'Unione e che il potere di controllo del Tribunale federale deve essere esercitato solo in maniera contenuta e con *favor* per il diritto europeo. Questo significa che il controllo *ultra vires* deve, in linea di principio, osservare le decisioni della Corte di giustizia come interpretazione vincolante del diritto euro unitario, con la conseguenza che "prima di dichiarare l'esistenza di un atto *ultra vires* degli organi ed istituzioni europei il Tribunale è perciò tenuto, nel quadro del procedimento pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, di consentire la possibilità di un'interpretazione del Trattato e di una decisione sulla validità e sull'interpretazione degli atti giuridici in questione".

Pertanto in una logica di cooperazione e di dialogo, alla Corte di giustizia spetta la interpretazione della misura adottata ed al Tribunale federale l'accertamento dell'incomprimibile nucleo della identità costituzionale e se tale misura, nella interpretazione data dalla Corte di giustizia, invada tale nucleo.

Con riguardo alle ragioni a fondamento della "prima volta" tedesca (momento *sub c*), esse trovano una più che esauriente spiegazione nei precedenti appena ricordati ed in particolare nel *favor* verso il diritto dell'Unione e nella necessità di far precedere il controllo *ultra vires* dalla interpretazione del diritto euro unitario da parte della Corte di giustizia. In tal senso era stato infatti notato come, a seguito della giurisprudenza *Mangold*, difficilmente il Tribunale federale avrebbe potuto sottrarsi da operare esso stesso il rinvio, dal momento che il ricorso diretto non contempla necessariamente l'esistenza di un giudice *a quo* (Farraguna, *Il*

caso Mangold-Urteil del BVerfG. Controllo ultra vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich, in Forum di Quaderni costituzionali).

Nonostante questo, l'ordinanza in discorso è stata giustamente ritenuta una "svolta a favore della concezione sovranazionale dell'Unione" (Pinelli, www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=2531) ed è stata in tal senso ad essa attribuita "una portata rimarchevole" (Di Martino, *Le outright monetary transactions* cit.).

La decisione della Corte di giustizia (momento *sub d*) è ancora attesa e certamente si rivela tutt'altro che facile, in quanto essa viene a trovarsi stretta tra due fuochi: la posizione della Banca centrale europea e quella del Tribunale federale (Pinelli cit.). Qualcuno (Luther, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della Bce*, in *Quaderni cost.*, 2014, 424) ha prospettato l'ipotesi di una interpretazione adeguatrice al diritto eurounitario, valutata possibile e non contraria alle intenzioni della Banca centrale espresse nel giudizio principale, la quale potrebbe fondare un rigetto almeno parziale dei ricorsi costituzionali da parte del Tribunale federale.

Circa le prospettive future (momento *sub e*) molto ovviamente dipenderà dal contenuto della risposta della Corte di giustizia, mentre della vicenda vengono evidenziati il rischio che il ricorso diretto a tutela del principio democratico possa essere usato come una sorta di azione popolare ispirata da sentimenti euroscettici (Di Martino, *Le outright monetary* cit.) e la necessità che comunque ciò sia riservato ai soli atti manifestamente *ultra vires*, almeno a quelli per i quali sia prospettabile un'interpretazione adeguatrice alle fonti primarie del diritto dell'Unione (Luther, *Il rinvio* cit, 423).

10. Segue: della Corte costituzionale italiana nel giudizio in via incidentale (ord. 18 luglio 2013, n. 207).

La Corte costituzionale italiana ha operato, come noto, il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio sulle leggi in via principale nel 2008, ma, anche perché in quella occasione lo aveva espressamente escluso, prenderò a base di questa analisi la decisione più recente con cui la Corte ha proposto il rinvio statisticamente per la "seconda" volta, però nell'ambito di un giudizio in via incidentale e la cosa è apparsa, per quanto dirò, di notevole rilievo.

Con riguardo al momento *sub a*), la questione di costituzionalità sollevata davanti alla Corte aveva ad oggetto la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato senza la previsione di una durata massima.

I giudici *a quibus* rilevavano un sicuro contrasto della disciplina nazionale rispetto alla normativa euro unitaria e proprio stante l'evidenza della stessa, non ritenevano di alcuna utilità rivolgersi alla Corte di giustizia a fini interpretativi. Dal momento che si trattava di normativa dell'Unione non direttamente applicabile, i giudici, non potendo procedere alla diretta disapplicazione della legge nazionale, avevano rimesso la questione alla Corte costituzionale per supposta violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost.

La Corte (ord. 18 luglio 2013, n. 207), pur dichiarandosi a conoscenza della giurisprudenza sul punto della Corte di giustizia, ha ritenuto ciò nonostante necessario chiedere

alla stessa la corretta interpretazione della clausola eurounitaria che funziona come norma interposta per la questione di costituzionalità, sussistendo qualche dubbio in ordine alla puntuale interpretazione della stessa.

La giurisprudenza costituzionale precedente aveva subito, come accaduto per altri Giudici costituzionali, un lenta evoluzione rispetto alla quale la 207/2013 segna ad oggi il punto finale.

Assai noto è il c.d. cammino comunitario percorso negli anni dal nostro Giudice costituzionale, per cui evito di ripercorrerlo, limitandomi a ricordare solo gli interventi più importanti che consentono di inserire (momento *sub b*) il rinvio in esame in tale cammino.

In un primo momento la Corte costituzionale si è limitata ad individuare nel giudice ordinario il soggetto che doveva dialogare con la Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale (sent. n. 206 del 1976), successivamente in un'occasione è parsa prospettare l'ipotesi di poter utilizzare essa stessa, quando lo ritenesse opportuno, il rinvio alla Corte di giustizia. Forse anche per il fatto che, quale giudice di ultimo grado, si sarebbe trovata nella condizione di obbligo (e non di facoltà) di esercitare il rinvio, la Corte è tornata indietro sul punto, giungendo ad escludere in radice la possibilità stessa di un rinvio, escludendo cioè di potersi qualificare "autorità giudiziaria" ai sensi di quanto dispone l'art. 267 Tfu (sent. n. 536 del 1995).

Quest'ultima affermazione (la natura delle sue funzioni, non qualificabili come giurisdizionali) costituisce quindi la motivazione "giuridica" del mancato utilizzo da parte della Corte dello strumento del rinvio, mentre le ragioni "politiche" non confessate, ma da più parti fatte notare, sono quelle consistenti nel timore della Corte costituzionale di trovarsi soggetta alle decisioni di altro giudice e quindi in una posizione di sotto ordinazione nei riguardi dello stesso.

Così facendo la nostra Corte decide di sottrarsi al dialogo diretto, pur riconoscendo ovviamente la primazia del diritto eurounitario e l'importanza dell'attività interpretativa della Corte di giustizia, qualificata come fonte del diritto. Come efficacemente rilevato, la Corte costituzionale sceglie di instaurare con Lussemburgo un dialogo indiretto "per interposta persona" (Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in Zanon (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 110).

La dottrina assolutamente maggioritaria ha insistentemente criticato questa posizione di chiusura della nostra Corte, sottolineando i rischi di un suo isolamento dal dialogo che si veniva instaurando tra i giudici e le Corti in Europa.

Molti e diversi gli argomenti utilizzati allo scopo di convincere la Corte a cambiare indirizzo e ad aprirsi al dialogo, sia con riferimento alla necessità di far sentire la propria voce specie in quelle situazioni nelle quali potrebbero venire in gioco i c.d. contro limiti oppure per poter incidere sulla ricostruzione giurisprudenziale delle tradizioni costituzionali e di non lasciare che in questi casi gli interlocutori della Corte di giustizia siano i singoli giudici, i quali potrebbero non risultare i più idonei ad operare, nelle specie, i necessari bilanciamenti (Sorrentino, *La Corte e le questioni pregiudiziali* cit., 471).

Nella considerazione che spesso assumono un peso anche decisivo gli argomenti portati davanti alla Corte di Lussemburgo e l'autorevolezza di chi li sostiene, è stata sottolineata l'importanza che, quando vengono in considerazione principi e valori qualificanti il nostro sistema costituzionale, sia il Giudice costituzionale a far sentire la sua voce (Onida, *Nuove prospettive cit.*, 62).

Non è mancato neppure chi ha fatto notare come l'interpretazione del diritto dell'Unione spetta alla Corte di giustizia e pertanto anche quella relativa alla nozione di "autorità giudiziaria" che individua i soggetti legittimati a esercitare il rinvio, per cui ad essa spetterebbe di decidere se tale possa ritenersi la Corte costituzionale e, in caso di risposta affermativa, lo stato potrebbe risultare responsabile per il mancato rinvio da parte di autorità giudiziaria di ultimo grado.

Nel 2007 la Corte costituzionale dedica il suo seminario, aperto ad un confronto con la dottrina, al rapporto tra diritto comunitario e diritto interno ed anche in quella sede si alza un coro di critiche alla posizione assunta dalla Corte ed un forte invito a partecipare attivamente e direttamente al dialogo, che essa accoglie con una pronuncia dell'anno successivo.

Nel corso di un giudizio di costituzionalità sulla legge proposto in via principale, la Corte costituzionale si trova a dover giudicare circa la costituzionalità di una legge regionale impugnata per violazione del diritto eurounitario e, di conseguenza, dell'art. 117, 1° comma, Cost. Il Giudice costituzionale ritiene necessario richiedere l'interpretazione corretta della norma interposta che viene così a far parte del parametro costituzionale e che essendo essa l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia, ove non avesse provveduto al rinvio pregiudiziale sarebbe risultato "leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario" (ord. n. 103 del 2008).

In tale occasione la Corte opera anche due precisazioni: a) la prima, a modificazione di quanto già sostenuto, nel senso che essa, pur essendo organo supremo di giustizia costituzionale, poteva essere qualificata come giurisdizione nazionale abilitata a proporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo; b) la seconda con la quale ribadisce che la conclusione raggiunta deve ritenersi limitata al controllo sulle leggi attivate in via principale e non può invece valere nel caso del giudizio incidentale, essendovi in tal caso un giudice che può operare il rinvio.

Soprattutto questi due aspetti costituiscono motivo di riflessione da parte della dottrina, la quale rileva giustamente come l'elemento più importante della decisione è proprio l'autoqualificazione come autorità legittimata a proporre il rinvio, dal momento che la sua natura di giudice di ultima istanza è chiaramente fuori discussione.

Anche per questo è stato posto in dubbio che la seconda affermazione di cui sopra potesse davvero essere confermata nel tempo e ci si è chiesti come, una volta riconosciuta la propria astratta legittimazione, la Corte potesse escludere il rinvio nell'ambito di giudizi costituzionali, ancorchè proposti in via incidentale, allorchè fosse venuto in considerazione ad esempio un problema di controlimiti oppure si fosse trattato del contrasto con diritto eurounitario non direttamente applicabile e/o il giudice, perché non obbligato o perché convinto della inutilità, non avesse ritenuto di effettuare il rinvio alla Corte di giustizia (Ghera, *La Corte co-*

stituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008, in *Giur. cost.*, 2009, 1315 ss.).

Le ragioni della svolta (momento *sub c*) sono con buona dose di certezza ravvisabili in quanto appena detto, essendosi in effetti verificato il caso di diritto dell'Unione non direttamente applicabile e di giudici *a quibus* i quali ritenevano di non aver dubbi e quindi di non dover effettuare il rinvio pregiudiziale.

Certamente ha svolto la sua influenza pure l'approvazione del Trattato di Lisbona ed il riconoscimento del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che hanno evidenziato ancora di più i rischi di un isolamento della Corte costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali.

Nessun elemento può invece essere dedotto dalla decisione che per la prima volta ha effettuato il rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio incidentale sulle leggi, dal momento che, nonostante l'assoluta novità della scelta, in contrasto con quanto espressamente affermato cinque anni prima (ord. 103/2008), la Corte non motiva affatto il proprio ripensamento e decide il rinvio come se ciò si ponesse invece in assoluta continuità con la propria precedente giurisprudenza.

Qualcuno ha parlato in proposito di una "meditata ordinanza" (Cerri, *La doppia pregiudiziale* cit., 2899) e da più parti è stata sottolineata, in senso critico, l'assoluta mancanza di motivazione e c'è stato pure chi ha sostenuto che la cosa potrebbe apparire come un uso autoritativo dei poteri di cui la Corte dispone a servizio della legalità costituzionale (Ruggeri, *A proposito dell'ordine giusto* cit., 373).

Nel merito la soluzione comunque è stata per lo più valutata positivamente e addirittura salutata con entusiasmo dai sostenitori della necessità di un dialogo diretto tra le Corti, anche se non è mancato chi invece ha espresso una severa critica alla pronuncia in questione, accusando la Corte costituzionale di "aver ceduto alle sirene del dialogo tra le corti" e di aver rotto le regole processuali sull'accesso alla giustizia costituzionale, richiedendo per la costituzionalità della legge, l'obbligo di interpretazione conforme per il giudice che solleva la questione, mentre con riguardo al contrasto con il diritto dell'Unione ed indirettamente con la Costituzione, il giudice dovrebbe solo operare una mera delibazione, mentre sarebbe la Corte costituzionale a dover valutare l'interpretazione conforme ed eventualmente a proporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale* cit.).

Nell'attesa della risposta della Corte di giustizia (momento *sub d*), è da ritenere che l'ord. 207/2014 segni un momento importante per il dialogo tra le due Corti e che potrà in futuro (momento *sub e*) avere altre applicazioni. Credo altresì si tratti di una decisione che non consente passi indietro, non potendosi condividere la tesi per cui l'assenza totale di motivazione potrebbe indurre a ritenere che si tratti di un caso isolato e che la stessa sia appunto sintomo della volontà della Corte di lasciarsi aperta la possibilità di ritornare sui suoi passi (Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in *Osservatorio AIC*, novembre 2013).

11. Segue: alcune valutazioni conclusive sulle esperienze analizzate.

Volendo quindi svolgere alcune valutazioni conclusive sulla base delle esperienze riassuntivamente richiamate, appare chiaro che il fenomeno delle “prime volte” che ha coinvolto in un ristretto arco temporale importanti Giudici costituzionali europei, nonostante le particolarità e le caratteristiche che ho tentato di evidenziare, non può ritenersi casuale.

Certamente una spinta può essere derivata dal timore di ricevere, prima o poi, una condanna da parte dell’Unione per non aver esercitato il rinvio, secondo quanto imposto dal Trattato alle autorità giudiziarie di ultimo grado, ma forse maggiore è stata l’influenza del riconoscimento della forza normativa pari a quella del Trattato, attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione dopo Lisbona.

A seguito di ciò è risultato chiaro, anche da una serie di applicazioni giurisdizionali, che il bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche era ormai destinato a divenire un bilanciamento a tutto tondo, dal quale il Giudice costituzionale non poteva continuare ad essere escluso, pena il totale isolamento ed il continuo scavalco da parte del raccordo giudici comuni-Corte di giustizia che poteva ridurre la giustizia costituzionale nazionale ad una sorta di primo grado o di giustizia regionale.

Certamente il contatto ravvicinato, che per lungo tempo i Giudici costituzionali nazionali hanno cercato di evitare, aumenta le possibilità di divergenze, se non proprio di scontri, su specifiche fattispecie o questioni, in conseguenza della esistenza di differenti sensibilità in ordine ai valori che concretamente vengono in gioco (si pensi ad esempio al noto caso Pupino).

Agli aspetti positivi del dialogo diretto, e non più per interposta persona, che già ho ricordato come motivi di stimolo per la Corte costituzionale a superare le remore fin allora mostrate, sono infatti da unire anche i rischi di un possibile irrigidimento delle rispettive posizioni specie su tematiche che possono divenire, a seguito della scesa in campo dei Giudici costituzionali, di un livello costituzionale ancora più alto, venendo in certi casi a coincidere con i “vecchi” controlimiti, la cui europeizzazione può certamente favorire il dialogo, ma altrettanto facilmente può realizzare la posizione di superiorità o supremazia della Corte di giustizia sui Giudici costituzionali nazionali.

Ad attenuare un simile rischio, trattandosi di attività di collaborazione tra due soggetti, può essere decisivo il modo come le questioni vengono poste, vale a dire le modalità di impostazione e gli argomenti utilizzati.

Da parte dei Giudici costituzionali, si pensi ad esempio al diverso modo come la questione del mandato di arresto europeo è stata impostata dal *Tribunal constitucional* spagnolo rispetto al *Conseil constitutionnel* francese e soprattutto all’utilizzo fatto di recente del ricor-dato controllo *ultra vires*, elaborato dal Tribunale federale tedesco, dalla Corte costituzionale ceca, la quale ha dichiarato *ultra vires* una sentenza della Corte di giustizia in materia previdenziale, sostenendo che essa si era spinta oltre le competenze cedute all’Unione europea da parte della repubblica ceca, la quale ha esplicitamente ammesso che non darà attuazione alcuna alla suddetta sentenza (Salvino, *L’ultra vires kontrolle visto dall’est: l’attuazione “degenerativa” della dottrina tedesca*, in *Diritti Comparati*, 2012, 12).

Dal lato invece della Corte di giustizia lo spirito di collaborazione sembrerebbe richiedere di norma decisioni che tendano maggiormente a persuadere ed a convincere che ad ordinare ed imporre certi comportamenti, mostrando dosi di tolleranza in ordine all'impatto dei principi eurounitari nell'ordinamento nazionale e nei riguardi dei caratteri peculiari di quest'ultimo.

Nel dialogo collaborativo fra interpreti ed interpretazioni un ruolo fondamentale dovrebbe assumere la motivazione dei provvedimenti, sul presupposto che la realizzazione dei diritti fondamentali è da ritenere un finalità generale e non una materia rientrante nella competenza specifica di un organo, con la conseguenza che le forme di tutela debbono integrarsi tra di loro per raggiungere il massimo risultato, senza in tal senso poter essere viste o considerate come una limitazione della sovranità nazionale.

12. Il futuro del rinvio pregiudiziale. Il successo dello strumento e le ipotesi "deflattive". L'incidenza del controllo diffuso in ambito eurounitario sul modello accentratore di costituzionalità: ripensare i modelli? Il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu: una nuova, particolare, ipotesi di pregiudizialità e la possibile situazione di "tripla pregiudizialità".

Per concludere vorrei svolgere alcune riflessioni sul futuro del rinvio pregiudiziale, sulla base dell'esperienza maturata negli anni di sua applicazione, nonché dei mutamenti normativi che sono intervenuti negli ultimi anni. Questo sia sotto un punto di vista pratico e di efficienza dello strumento, sia delle ricadute della predetta esperienza sul sistema ed i modelli di controllo previsti e realizzati.

Sotto il primo aspetto è fuori dubbio che il sistema del rinvio pregiudiziale, fondato sulla sensibilità dei giudici nazionali nella veste di "giudici comunitari", ha dato un risultato del tutto positivo, forse superando anche le aspettative, ponendo di conseguenza problemi di efficienza, in ragione del numero molto alto di rinvii con l'inevitabile conseguenza dell'allungarsi dei tempi delle risposte da parte della Corte di giustizia.

Per questo, negli ultimi anni, si sono succedute una serie di proposte "deflattive", tra le quali ad esempio l'introduzione di un "filtro" alla base o da parte della Corte. Nel primo senso è stata avanzata la proposta di adottare un sistema simile a quello francese a proposito della questione prioritaria di costituzionalità, vale a dire riconoscere la legittimazione al rinvio solo ai giudici di ultima istanza, i quali dovrebbero funzionare come filtro alle richieste dei giudici "inferiori", mentre nel secondo senso quella di prevedere una selezione dei casi, una sorta di *certiorari*, da parte della Corte di Lussemburgo, sul tipo di quello proprio della Corte suprema americana.

Un'altra proposta, definita "semaforo verde", è stata quella di attribuire al giudice la possibilità, senza esserne obbligato, di proporre lui stesso una soluzione oppure, sempre nella logica di un aumento della "diffusione", è stata prospettata l'attribuzione al giudice del potere di decidere, riservando l'intervento della Corte di giustizia al solo caso di impugnazione della decisione del giudice, *in parte qua*.

Evidente in questi casi il rischio di porre in pericolo i risultati raggiunti con il clima di collaborazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, a seguito della sostituzione dello stesso con un sistema di impugnazioni, maggiormente ispirato ad un criteri di gerarchia.

Certamente più importante, almeno dal punto di vista teorico-ricostruttivo, il secondo aspetto, concernente l'incidenza che il rinvio pregiudiziale, ed il modello diffuso ad esso collegato, ha esercitato sul modello di controllo accentrato di costituzionalità delle leggi previsto ed attuato in Italia.

Alcuni anni fa Valerio Onida (*Nuove prospettive* cit., 67 ss.) rilevava che così come il controllo accentrato previsto dalla Costituzione ha demolito la natura sovrana della legge, quello diffuso in ordine ai rapporti tra diritto nazionale e diritto eurounitario rischia di introdurre l'idea della inutilità della Corte costituzionale. Il giudice comune infatti afferma di disapplicare la legge nazionale non tanto perché contrasta con diritto dell'Unione direttamente applicabile, ma solo perché in contrasto con un principio di diritto europeo di frequente identificato con i diritti fondamentali.

In base a ciò Onida denunciava il rischio del crearsi di un circuito alternativo di sindacato diffuso delle leggi con riguardo ai diritti fondamentali e ricordava come la disapplicazione può essere operata solo allorché il giudice agisce in qualità di giudice dell'Unione e solo per le materie che lo Stato ha ceduto alla stessa e come il sistema del sindacato accentrato non potesse essere derogato solo in considerazione di diritti fondamentali che valgono "anche" per l'ordinamento euro unitario.

In ordine al problema sollevato da Onida è venuto evidentemente a svolgere una influenza significativa l'attribuzione con il Trattato di Lisbona del valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, già votata a Nizza nel 2000.

A seguito del Trattato di Lisbona e quindi della esistenza di due testi costituzionali, aventi per molti aspetti contenuti simili, ci si è chiesto se ciò non porti necessariamente con sé il progressivo abbandono del modello di giustizia costituzionale accentrato a vantaggio di un controllo di costituzionalità di tipo diffuso, fondato sul ruolo del giudice comune.

Sulla base di queste premesse viene avanzata una ipotesi in base alla quale, con riguardo al rapporto tra diritto nazionale e diritto eurounitario, si dovrebbe distinguere due casi, a seconda che: a) il contrasto tra le due fonti si ponga a livello di fonti primarie (legge *versus* diritto eurounitario derivato) oppure b) a livello costituzionale (legge *versus* Carta dei diritti fondamentali).

Mentre nel caso *sub a)* il giudice svolgerebbe il controllo a livello diffuso, con possibile rinvio pregiudiziale e disapplicazione della legge nazionale, in quello *sub b)* dovrebbe necessariamente sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale, ogni volta che si pone quindi un problema non di legalità europea, ma di incostituzionalità europea.

Una simile diversificazione e la giustificazione della deroga presente nella seconda ipotesi deriverebbe da una nuova lettura dei controlimiti, tra i quali dovrebbe essere annoverato il carattere accentrato della giustizia costituzionale, in quanto la natura accentrata trova fondamento nell'art. 134 Cost. e sarebbe da inserire nelle regolarità strutturali imprescindibili

dell'ordinamento costituzionale, in quanto strumento di attivazione delle competenze della Corte costituzionale sul controllo delle leggi (Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 54 ss., spec. 89 ss.).

Un'ipotesi alla quale ho avuto già modo di accennare (*I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Forum di quaderni costituzionali*) potrebbe consistere nella trasformazione del nostro modello di giustizia costituzionale da "misto", quale è attualmente, a "duale", caratterizzato cioè dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati.

È l'esperienza presente, in forme diverse, in Portogallo, in Brasile ed in Perù, dove ad un modello originariamente diffuso è stato successivamente "aggiunto" quello accentrato, senza con ciò però eliminare il primo.

Si porrebbe evidentemente la necessità di prevedere forme di raccordo tra l'ipotesi in cui il giudice decida di proporre una questione di costituzionalità in via incidentale e quella in cui invece decida di disapplicare la legge in quanto ritenuta incostituzionale.

Per questo potremmo pensare di prendere spunto proprio al sistema vigente con riguardo alla pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo, vale a dire distinguendo tra giudici di ultimo grado e tutti gli altri.

A tutti i giudici potrebbe essere riconosciuta la facoltà di scegliere se sollevare questione o disapplicare, ovviamente in questa seconda ipotesi con efficacia solo *inter partes* e per il processo in corso. Ciò potrebbe derivare, a giudizio del giudice, dalla novità o meno della eccezione, dall'esistenza di precedenti specifici della Corte costituzionale, dalla natura manifesta della violazione o anche da un adattamento dei ricordati criteri Cilfit.

I giudici di ultima istanza potrebbero ugualmente, se ritenuto necessario, procedere alla disapplicazione nel caso concreto, ma con l'obbligo di rimettere altresì la questione alla Corte costituzionale, con eliminazione quindi del requisito della rilevanza e sulla base della sola non manifesta infondatezza. Nel caso in cui il giudice ritenesse di dover disapplicare l'atto normativo nazionale, l'ordinanza di rinvio assumerebbe il significato di provvedimento "nell'interesse della legge", privo cioè di effetti sul giudizio *a quo*.

Questo consentirebbe alla Corte di intervenire per pronunciarsi sulla questione, potendo procedere alla dichiarazione di incostituzionalità ed alla eliminazione quindi in maniera definitiva dell'atto normativo dall'ordinamento oppure comunque di fornire utili indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata.

Nel caso in cui sussistano dubbi relativamente alla corretta interpretazione del diritto eurounitario il giudice potrà ovviamente chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo ponendo ad essa il relativo quesito, all'esito del quale procedere di conseguenza, se del caso, come sopra (disapplicazione o questione di costituzionalità). La scelta in quest'ultimo senso potrà anche tenere conto del fatto che la Corte costituzionale, come detto, si è dichiarata legittimata a proporre la pregiudiziale davanti alla Corte di Lussemburgo pure nell'ambito di giudizi proposti attraverso la via incidentale.

Per quanto concerne i giudici di ultimo grado, nel caso in cui questi non nutrano dubbi circa il contrasto della legge nazionale con il diritto dell'Unione potranno, se lo ritengono,

procedere alla disapplicazione nel caso specifico, ma dovranno comunque anche proporre la questione di costituzionalità, sulla base di quanto già detto.

Qualora invece tali giudici abbiano dubbi in ordine alla corretta interpretazione del diritto eurounitario, questi, come noto, avranno l'obbligo (e non solo la facoltà) di chiedere l'intervento della Corte di giustizia. Successivamente, sulla base ed in applicazione della interpretazione da questa fornita, i giudici di ultimo grado potranno, di nuovo, eventualmente disapplicare la legge nazionale, ma saranno obbligati a sollevare la questione di costituzionalità.

Sul futuro della pregiudiziale eurounitaria potrà avere influenza altresì la previsione normativa, ancora in attesa di attuazione, dell'art. 6, 2° comma, TUE che prevede l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, precisando che ciò non porterà modificazioni alle competenze definite nei trattati.

Fermo restando il ruolo e le funzioni esercitate dalla Corte di giustizia, la Corte di Strasburgo dovrebbe pertanto venire ad assumere la competenza a giudicare del rispetto della Convenzione non solamente da parte dei Stati, ma pure da parte della Unione, con la conseguenza che anche una sentenza della Corte di giustizia potrebbe essere impugnata davanti alla Corte europea dei diritti umani per supposta violazione della Cedu.

In questa ottica era stata avanzata l'ipotesi di una pregiudiziale, sul tipo di quella prevista davanti alla Corte di giustizia, a fini interpretativi a favore di quanti debbono fare applicazione delle disposizioni della Convenzione.

In tal senso va per molti versi il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu, adottato dal comitato dei ministri nella seduta del 10 luglio 2013 e aperto alla firma degli stati contraenti dal 2 ottobre 2013, il quale prevede appunto la possibilità di richiedere pareri alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con riguardo al tema della presente relazione, si pone innanzi tutto il problema di valutare se in questo caso la previsione introduca o meno una nuova ipotesi di pregiudizialità e, in caso affermativo, quali siano i suoi rapporti o le similitudini con la pregiudizialità eurounitaria.

Sul primo problema un elemento che potrebbe indurre a dubitare circa la necessità dell'autorità rimettente di sospendere il proprio giudizio in corso è certamente rappresentato dal fatto che nell'art. 1, 1° comma, del Protocollo si parla di pareri richiesti "su questioni di principio" attinenti alla interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà contenuti nella Convenzione (Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizionale nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, *Forum di quaderni costituzionali*).

Nell'economia della disposizione ritengo però prevalenti i riferimenti contenuti nei due commi successivi, nei quali è previsto che la richiesta di parere possa avvenire "solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi" all'autorità richiedente e che questa "deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente". Da questi riferimenti appare evidente la natura concreta che si intende attribuire al parere, alla quale, a mio giudizio, non può non conseguire la momentanea sospensione del giudizio pendente.

La previsione di una ulteriore pregiudiziale determina pertanto il possibile porsi per il giudice nazionale nominato quale soggetto legittimato a chiedere il parere della Corte Edu, di una nuova situazione che potremmo definire della “tripla pregiudizialità”, potendosi infatti verificare che, nel corso di un giudizio, quel giudice ritenga sussistere contemporaneamente le condizioni per proporre tutte e tre le questioni pregiudiziali.

Il giudice, in questo caso, dovrà pertanto coordinare nei modi e soprattutto nei tempi la pregiudizialità costituzionale, quella eurounitaria e quella convenzionale.

Quanto al raffronto tra i due tipi di pregiudizialità finora funzionanti, premetto che, sebbene vi siano certamente elementi di similitudine, ritengo prevalenti quelli che tendono invece a differenziarli, più di quanto ad esempio non accada tra la pregiudizialità costituzionale e quella eurounitaria (diversamente Conti, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta online*, il quale parla di “evidenti sintonie con il fratello maggiore rappresentato dal rinvio pregiudiziale alla Corte Ue”).

Una netta distinzione, di metodo prima ancora che di contenuti, è ravvisabile nella individuazione dei soggetti legittimati ad avanzare richiesta di pareri alla Corte di Strasburgo.

Nella pregiudizialità costituzionale, come pure in quella eurounitaria, è la relativa disciplina che indica il soggetto legittimato a sollevare questione di costituzionalità oppure a esercitare il rinvio (autorità giudiziaria, giurisdizione nazionale), salvo poi la specifica individuazione da parte della giurisprudenza costituzionale o della Corte di giustizia di quali organi debbano essere ricompresi nella relativa nozione.

Nel caso invece del protocollo n. 16, l’art. 1 parla di “*più alte giurisdizioni (...) designate conformemente all’art. 10*”, il quale stabilisce che ciascuna parte contraente, al momento della firma “indica (...) quali *autorità giudiziarie* nomina”, ai fini dell’art. 1.

I soggetti legittimati vengono quindi definiti in maniera assai vaga (“le più alte giurisdizioni” sono poi chiamate semplicemente “autorità giudiziarie”) e la loro individuazione è quindi rimessa alle scelte discrezionali del potere politico di ciascuno stato, tanto che ci si chiede se tra questi debbano o meno ricomprendersi i Giudici costituzionali. Dalla formulazione della disposizione parrebbe che anche questo sia da ritenere affidato alle scelte politiche, di modo che per alcuni stati la risposta può essere positiva e per altri negativa, per cui pare arbitrario ritenere che la possibilità di richiedere pareri debba ritenersi riservata “ai giudici di ultima istanza nazionale” (Conti, *La richiesta* cit.).

Assai particolare, e a mio avviso pure criticabile, la previsione, contenuta nello stesso art. 10, secondo cui le parti contraenti possono “in qualsiasi momento” modificare i soggetti dichiarati legittimati a richiedere il parere, sembrando configurare una possibile situazione di “ricattabilità” dei soggetti nominati in considerazione del comportamento che essi terranno (analogamente Pollicino, *La Corte costituzionale* cit., il quale parla in proposito di pericolosa “spada di Damocle”).

Altro elemento di differenziazione è rappresentato dalla natura meramente facoltativa della richiesta di parere (art. 1, 1° comma, Protocollo: “le più alte giurisdizioni (...) *possono*” presentare richieste di pareri), a confronto con l’obbligo di tutti i giudici, verificata la sussi-

stenza delle condizioni previste dalla legge, di sollevare questione di costituzionalità e dei giudici di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale, salvo il ricorrere delle condizioni Cilfit.

Differente infine pure il tipo di decisione e soprattutto l'efficacia della stessa.

In base a quanto stabiliscono gli artt. 4 e 5 del Protocollo si tratta, come detto, di pareri i quali non assumono efficacia vincolante, anche se giova sottolineare come gli stessi debbano essere motivati (tanto che è prevista la possibilità di opinione dissenziente) e debbono altresì essere pubblicati.

Legittimo pertanto il rilievo di Ruggeri (*Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 7 febbraio 2014, n. 1), secondo cui qualora il giudice che chiede il parere poi nella sua decisione si discosta dallo stesso, appare pressoché scontato il ricorso davanti alla Corte che ha espresso il parere e che poi difficilmente potrà smentirsi quando esamina lo stesso caso nella veste di giudice. Come scrive il noto costituzionalista messinese "il consulente è, insomma, un potenziale giudice e da giudice ragiona".