

**RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO
E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.
NUOVI SCENARI E NUOVE PROSPETTIVE
NEL CROCEVIA SOPRANAZIONALE**

SOMMARIO: 1. Da dove veniamo. Luci ed ombre di una chiusura duratura. – 2. Il prezzo della chiusura alla luce di un esempio: il gioco e le scommesse tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. Che fine hanno fatto le questioni di legittimità costituzionale? – 3. Le elusioni della chiusura: se una “sapiente” ordinanza di rimessione è in grado di aggirare l’impostazione della Corte costituzionale. – 4. Prove tecniche di trasmissione. Riflessioni sul primo, timido ed incompiuto, tentativo di apertura. – 5. La tanto attesa, ma inaspettata, apertura. L’ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale dalla sede incidentale. – 6. Alcune considerazioni di natura processuale. La necessità di valutare la compatibilità del sindacato costituzionale in via incidentale con il rinvio pregiudiziale. – 6.1. Il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale ed il rinvio pregiudiziale interpretativo. – 6.2. Il requisito del sufficiente sforzo interpretativo e la questione pregiudiziale comunitaria. – 7. Osservazioni d’insieme sullo scenario presente e sulle prospettive future. Alcune importanti implicazioni e alcune necessarie cautele.

Come un fulmine a ciel sereno, il 18 luglio 2013 è giunta, in un’atmosfera apparentemente immota, l’ordinanza n. 207 della Corte costituzionale. Ordinanza nella quale, con la medesima fulminea asciuttezza e decisione, appare l’affermazione «questa Corte – nella citata ordinanza n. 103 del 2008 – ha sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione in un giudizio in via principale; (...) deve ritenersi che questa Corte abbia la natura di “giurisdizione nazionale” ai sensi dell’art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea anche nei giudizi in via incidentale».

Si tratta di affermazione densa di significati e di portata tanto innovativa da essere in grado di rinnovare radicalmente moltissime delle prospettive del sindacato di costituzionalità, del rapporto fra ordinamento interno ed ordinamenti sopranazionali, di quello fra Corti apicali nel sistema integrato. Si tratta di poche parole, ma colme di storia, di rifles-

sioni, di dibattiti; poche parole, eredi di un bagaglio di ritrosie e di condivisibili preoccupazioni, ma in grado di schiudere con consapevole prospettiva nuovi scenari dell'integrazione e nuove prospettive nella tutela dei diritti.

Per cogliere i molti piani del discorso racchiusi in queste proposizioni, per intenderne la dirompende portata innovativa, occorre muovere qualche passo indietro, osservare quel che accade intorno e provare a guardare in avanti.

1. *Da dove veniamo. Luci ed ombre di una chiusura duratura*

È a partire dal 1976 che la Corte costituzionale italiana ha escluso la possibilità di un dialogo diretto, privo di intermediari, con la Corte di giustizia, negando la propria legittimazione a sollevare una questione pregiudiziale comunitaria¹. Il ragionamento svolto dalla Corte muoveva dalla asserita mancanza di legittimazione soggettiva, ritenendo essa di non potersi qualificare organo giurisdizionale, sia nell'accezione interna del concetto², sia nella sua accezione comunita-

¹ In questo senso, implicitamente, l'ordinanza n. 206 del 1976. Si vedano, poi, espressamente, le ordd. n. 536 del 1995, con nota di R. BARATTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giustizia civile*, 1996, 932 ss.; 319 del 1996; 108 e 109 del 1998; 249 del 2001; 85 del 2002, con nota di F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 781 ss.; 62 del 2003; 454 del 2006. In un solo caso, che è però rimasto isolato, la Corte aveva ammesso in via del tutto ipotetica la possibilità di proporre rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia (cfr. sent. n. 168 del 1991, con osservazione di F. SORRENTINO, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 1418 ss.) evitando però di adire la Corte di giustizia, per la «chiara evidenza» del significato delle disposizioni oggetto del suo esame.

² Si v. la storica sentenza 23 marzo 1960, n. 13, con nota di V. ANDRIOLI, *Intorno all'applicabilità della l. 25 marzo 1958, n. 260 ai giudizi avanti la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, 125 ss., ove si è affermato «è (...) da respingere l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giurisdizionali, ordinari o speciali che siano, tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali». Per un *excursus* della giurisprudenza costituzionale in tema di definizione dei criteri che contraddistinguono gli «organi giurisdizionali» all'interno del nostro ordinamento, si v. la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 164 del 2008 e, in dottrina, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 142 ss.; M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica. Relazione al Convegno «Corte costituzionale e processi di decisione politica»*, Otranto 4-5 giugno 2004, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi*

ria³, ma non v'è dubbio che in questa decisione abbia inciso in maniera determinante il timore di assoggettarsi alle decisioni della Corte europea e, conseguentemente, di perdere il ruolo di giudice ultimo delle decisioni di rilievo costituzionale⁴.

Si è trattato senz'altro di un timore giustificato poiché l'immagine della Corte costituzionale uscente da un confronto immediato con la Corte europea potrebbe essere per molti versi minata nella sua autorevolezza e poiché il "privilegio" dell'ultima parola è, in sede interpretativa, assolutamente determinante⁵. Queste considerazioni divengono ancora

di decisione politica, Torino 2005, 288 ss. Per avere un quadro globale della questione, ricordiamo che la Corte ha accolto il principio di "relatività" del concetto di giurisdizione, ammettendo così che in capo al medesimo organo possa essere ravvisata l'una o l'altra natura a seconda della funzione che di volta in volta esso è chiamato a svolgere o, di più, a seconda del momento del procedimento in cui lo svolgimento di un determinato compito si verifica. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 180.

³ Delineata, fra le altre, da CGE, 14 dicembre 1971, 43/71, *Politi*; Id., 14 maggio 1977, 107/76, *Hoffman-La Roche c. Centrafarm*; Id., 5 marzo 1986, 318/85, *Greis Unterweger*; Id., 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali c. X*; Id., 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*; 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre*. In dottrina, v. L. DANIELE, *Commento all'art. 234 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, Milano 2004, 1105 ss.

⁴ Così, tra gli altri, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, 99 ss.; S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 349 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Intervento al Seminario "Corti europee e corti nazionali"*, in <http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html>.

⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale (Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto pubblico generale. Università degli Studi di Roma "La Sapienza")*, Torino 2007, 44: «nel diritto, il percorso circolare dell'interpretazione si arresta quando una certa soluzione è imposta avvalendosi della forza legittima. Ferma restando, tuttavia, la possibilità che la circolarità riprenda una volta che la soluzione autoritativamente imposta sia contestata con successo sollecitando un'altra soluzione (essa pure da imporre autoritativamente)». In sede di interpretazione costituzionale, poi, questa considerazione si fa ancora più rilevante dal momento che nel ruolo ultimo della Corte costituzionale con riferimento ad essa autorevole dottrina – qui condivisa – ravvisa un elemento (estrinseco) di specificità dell'interpretazione costituzionale (cfr., per tutti, C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 50 ss.; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., 20 s.; R. NANIA, P. SAITTA, *Interpretazione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, IV, Milano 2006, 3208; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpreta-*

più importanti se si pone attenzione al fatto che, ove ammessa la propria legittimazione, la Corte costituzionale non possiede una mera *facoltà* di sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, ma diviene soggetta ad un *obbligo* di rinvio, in quanto giudice di ultima ed unica istanza⁶.

Eppure, molte critiche sono state – a nostro parere a ragione – opposte a questo orientamento, poiché molti altri argomenti muovevano in direzione opposta e verso una altrettanto urgente necessità di superare questa chiusura. In particolare, su tutti, primeggiava il rischio che la Corte costituzionale potesse così rimanere esclusa da un circuito interpretativo-integrativo che sempre più andava guadagnando terreno, man mano che procedeva ed assumeva nuove forme l'avanzata comunitaria⁷.

D'altra parte, la Corte costituzionale, con giurisprudenza piuttosto concessiva in termini di spazi di apertura al diritto comunitario, ha esibito altrove un atteggiamento ben più disponibile al riconoscimento delle istanze europee, ed anche di quelle percepibili come lesive dei suoi poteri e della sua autorità. Si pensi, ad esempio, alle pronunce con le quali ha “ceduto” di fronte alle esigenze di speditezza e di automatismo nell'applicazione del diritto comunitario, auto-escludendosi dal sindacato sulle eventuali violazioni, da parte delle norme interne, di norme del diritto comunitario direttamente applicabile⁸. Tale giurisprudenza ha aperto alla possibilità che sia il giudice comune a poter divenire “giudice ultimo” nelle questioni per le quali possa affacciarsi una doppia pregiudizialità (una costituzionale, una comunitaria); ipotesi che, lungi dal riuscire a “trasferire” il vincolo del rispetto della decisione europea al solo

zione, Padova 1998, 84; ID., *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 214 ss.).

⁶ Come previsto dall'art. 267, comma 3, TFUE e pacificamente ammesso dalla stessa Corte costituzionale nelle ordinanze nn. 103 del 2008 e 207 del 2013. Sull'importanza di questo elemento, v. T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, 171 ss.

⁷ Cfr., fra gli altri, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997, V, 222 ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto pubblico*, 2002, 508 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4783; A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 337 s.

⁸ Così, la storica sent. n. 170 del 1984.

giudice comune, rischia invece di produrre in capo alla Corte costituzionale un vincolo doppio: non solo nel merito, ma anche nell'*an*.

Nell'*an* perché la possibilità che la questione doppiamente pregiudiziale pervenga al cospetto della Corte costituzionale dipende dalla soluzione interpretativa europea e dalla circostanza che essa non preconstituisca gli elementi per cui il giudice comune debba ravvisare un contrasto della normativa interna con quella europea; nel merito perché la peculiare capacità espansiva delle decisioni europee – declinata dalla stessa Corte costituzionale nelle forme dell'autoritatività *erga omnes* – implica una soggezione a quel *decisum, pro futuro*⁹.

Scaturiva, insomma, dalla combinazione di questi diversi orientamenti costituzionali un atteggiamento “dissociato”: di chiusura, da un lato, di estrema apertura, dall'altro; di esclusione del dialogo, da un lato, di ammissione di grandi “interferenze”, dall'altro.

Per comprendere quanto importante possa essere l'“interferenza”, anche indiretta, della Corte di giustizia sulle questioni doppiamente pregiudiziali, può guardarsi ad esempio alla nota vicenda *Filipiak*¹⁰ in cui la Corte del Lussemburgo si è pronunciata su due questioni relative alla compatibilità con il diritto comunitario di alcune disposizioni polacche relative ad imposte e contributi sulle quali si era già espressa la Corte costituzionale statale, sancendone l'incompatibilità con alcuni principi costituzionali, ma differendo la produzione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità ad una data successiva a quella della sentenza. La Corte di giustizia, interpellata da un Tribunale amministrativo provinciale, accertata l'incompatibilità della disciplina oggetto della questione pregiudiziale anche con i principi di cui agli artt. 43 e 49 TCE, ha ritenuto che il giudice del rinvio avrebbe dovuto disapplicare la normativa in questione anche prima del termine stabilito dalla Corte costituzionale per la produzione degli effetti dell'annullamento.

Dinnanzi a pronunce di tale portata ci pare piuttosto difficile dubitare ancora che il dialogo diretto con un giudice comune, e solo indiretto con la Corte costituzionale, sia in grado di proteggere l'autorevolezza di quest'ultima.

⁹ È questo, peraltro, un ulteriore elemento sul quale la Corte ha concesso spazi ampissimi, ed, anzi, addirittura più ampi di quelli ammessi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ove non si arriva ad affermare con altrettanta perentorietà l'efficacia *erga omnes* delle pronunce interpretative pregiudiziali. Sul punto dovremo dunque tornare a riflettere *infra*, al par. 7.

¹⁰ Sentenza del 19 novembre 2009, in causa C-314/08.

Occorre allora, a nostro modo di vedere, riponderare i *pro* ed i *contra* dell'apertura al rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce di questi dati. E, sempre alla luce di questi, verificare se il vantaggio (di "immagine") che la Corte costituzionale potrebbe lucrare dall'esclusione dal confronto diretto con la Corte di giustizia valga il costo di tale esclusione, tenendo a mente che si tratta di un prezzo piuttosto elevato. Si pensi solo alla totale preclusione dalla possibilità per il Giudice interno di esprimersi nel merito di una serie di questioni (quelle sui diritti o sul bilanciamento fra contrapposti diritti, interessi, principi, ad esempio) ove sempre più importante è che questi possa "presentare" alla Corte di giustizia la sensibilità costituzionale dell'ordinamento, per consentirle di tenerla in considerazione o – se non altro – costringerla a motivare l'eventuale decisione difforme: quanto più saranno numerose le Corti che dialogheranno con la Corte del Lussemburgo, tanto più quest'ultima dovrà tenere conto dei loro orientamenti, sia nel metodo che nel merito, ponderando tanto le istanze interne quanto le ipotesi ricostruttive delle istanze comunitarie e della combinazione di esse con il diritto statale (secondo un *metodo*, in poche parole, *davvero* circolare ed integrativo)¹¹.

2. *Il prezzo della chiusura alla luce di un esempio: il gioco e le scommesse tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. Che fine hanno fatto le questioni di legittimità costituzionale?*

Il 30 marzo 2001 il Tribunale di Ascoli Piceno¹² adiva contestualmente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. Il Pubblico ministero ed il Giudice per le indagini preliminari di Fermo avevano infatti individuato un'organizzazione di agenzie italiane di gioco e scommesse collegate via internet con un *bookmaker* inglese, con compiti di ricezione e trasmissione delle scommesse effettuate in Italia entro un sistema informatico e bancario inglese. Siffatta condotta integrava il reato di cui all'art. 4, legge n. 401/1989 (e successive modificazioni), per violazione del regime di monopolio Coni sulle scommesse sportive, procurando un danno per lo Stato ed ingiusti profitti. Gli avvocati difensori formulavano allora eccezioni di incompatibilità di tale fattispecie di reato con la

¹¹ Per questo orientamento, v. J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 5 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note*, cit., 4787 ss.

¹² Ordinanza n. 600 del 2001, in *Gazz. Uff., Prima Serie speciale*, n. 33 del 2001.

libertà di stabilimento e prestazione di servizi (garantite dal diritto comunitario) e con la libertà di iniziativa economica (di cui all'art. 41 della nostra Costituzione). La disposizione poneva altresì dubbi di ragionevolezza, specie a seguito dell'integrazione operata dal legislatore del 2000, il quale estendeva la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 4¹³ a chiunque svolga in Italia attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere, da chiunque accettate in Italia o all'estero. Si dubitava, in particolare, che tale disposizione fosse coerente con l'interesse che la norma incriminatrice era tesa tutelare, ossia la prevenzione dei fenomeni distorsivi e criminosi spesso collegati al mondo del gioco e delle scommesse, apparendo piuttosto volta al fine di garantire un monopolio statale sui relativi guadagni. Inoltre, la liceità dell'attività di raccolta e di trasmissione delle scommesse su eventi sportivi esteri, ricavabile dall'originaria formulazione dell'art. 4, aveva determinato lo svilupparsi di una rete di operatori che avevano investito capitali e mezzi nel settore e che vedevano improvvisamente pregiudicata la regolarità e liceità della loro posizione.

Sulla base di tali rilievi si paventava, contestualmente, una violazione delle libertà comunitarie sopra menzionate, dell'art. 3 della Costituzione per mancata giustificazione delle limitazioni in funzione della salvaguardia di introiti fiscali; dell'art. 41 della Costituzione, per la limitazione all'iniziativa economica privata su attività non assoggettate ad introito fiscale da parte dello Stato italiano (scommesse su eventi sportivi esteri o su eventi non sportivi); dell'art. 10 della Costituzione, perché il trattamento degli operatori stranieri all'interno dello Stato italiano non appariva conforme alle norme ed ai trattati internazionali.

Per tali ragioni, il giudice rimettente sceglieva di interpellare contemporaneamente la Corte di giustizia, perché esaminasse i profili di "comunitarietà" della norma interna, e la Corte costituzionale, perché potesse verificare la sua compatibilità con la Costituzione, tanto con riferimento ai parametri interni, quanto con riferimento ai parametri comunitari che, norme di principio, non potevano ritenersi autoapplicativi e dunque potevano fungere da norma interposta nel sindacato costituzionale per la verifica della violazione indiretta dell'art. 11 Cost.

¹³ Punizione con la reclusione da sei mesi a tre anni per chiunque eserciti abusivamente l'organizzazione di scommesse che la legge riserva allo Stato o altro ente concessionario o su attività sportive gestite dal Coni dalle organizzazioni da esso indipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE).

Il punto di equilibrio fra le esigenze della libera prestazione di servizi, da un lato, e la prevenzione da frode e rischi di criminalità, dall'altro, nella disciplina del gioco e delle scommesse erano oramai da tempo oggetto dell'attenzione della Corte di giustizia, la quale si è pronunciata per la prima volta sul punto con la sentenza *Schindler*¹⁴ e, con riferimento al sistema italiano, su richiesta del Consiglio di Stato, con la sentenza *Zenatti*¹⁵. In queste occasioni la Corte dell'Unione europea, dopo aver precisato che attività di questo genere possono essere qualificate come attività di prestazione di servizi, ha avuto modo di affermare che le disposizioni del trattato relative alla libertà di prestazione di servizi non ostano ad una normativa statale che limiti tale libertà in relazione a talune attività, per perseguire fini di tutela dei consumatori, prevenzione della criminalità, tutela della moralità pubblica e limitazione della domanda di giochi d'azzardo¹⁶. La verifica se la normativa statale sia effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti a limitare gli effetti nocivi di tali attività e se le restrizioni da essa imposte non siano sproporzionate rispetto a tali obiettivi non può essere peraltro svolta dalla Corte di giustizia, ma spetta ai giudici nazionali.

Dunque, in una prima fase della giurisprudenza europea in punto di equilibrio fra i due elementi in bilanciamento nella disciplina del gioco e delle scommesse, la Corte di giustizia faceva un passo indietro, esercitando un *self restraint* in favore di valutazioni (come quella sulla congruità della norma e sulla sua proporzionalità rispetto ai fini da perseguire) che meglio avrebbero potuto essere compiute da giudici appartenenti all'ordinamento interno.

È in questo quadro che occorre collocare la summenzionata ordinanza di rimessione del Tribunale di Ascoli Piceno; giudice che mostra di conoscere la giurisprudenza europea, ad essa più volte richiamandosi,

¹⁴ Sentenza del 24 marzo 1994, causa C-275/92.

¹⁵ Sentenza del 21 ottobre 1999, causa C-67/98.

¹⁶ Nel senso che tali ragioni costituiscano legittimi limiti alla libertà di prestazione di servizi, v. già le sentenze *Van Wesemael*, 18 gennaio 1979, cause riunite 110/78 e 111/78, § 28; *Commissione/Francia*, 4 dicembre 1986, causa 220/83, punto 20; *Société générale alsacienne de banque*, 24 ottobre 1978, causa 15/78, con la precisazione che gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi derivanti da misure nazionali indistintamente applicabili possono essere ammessi solo se tali misure sono giustificate da esigenze imperative connesse all'interesse generale, se sono atte a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e se non eccedono quanto necessario a tal fine. In questo senso, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, §§ 13 ss.; conf., CGE, 21 settembre 1999, *Laara*, causa C-124/97; Id., 11 settembre 2003, *Anomar*, causa C-6/01.

ma che ritiene di non poter da solo svolgere le dovute considerazioni poiché, da un lato, la parziale differenza della fattispecie oggetto del suo giudizio rispetto a quelle precedentemente prese in considerazione dalla Corte del Lussemburgo imponevano di rivolgersi nuovamente a quest'ultima per verificare l'estendibilità di quelle considerazioni al caso *de quo* e, dall'altro lato, si ponevano in parte autonomi, in parte sovrapposti, profili di dubbio di conformità a Costituzione, che richiedevano di interrogare la Corte costituzionale.

Ebbene, mentre in risposta al quesito del rimettente la Corte costituzionale si asteneva dal pronunciarsi nel merito poiché la verifica dell'applicabilità della norma oggetto dipendeva dalla risposta della Corte di giustizia¹⁷, quest'ultima rinnovava il proprio orientamento in materia – pur con qualche prima differenza che a breve verremo a dire – esercitando un *self restraint* nei confronti delle valutazioni giudiziali in punto di proporzionalità e congruità della limitazione alle libertà di stabilimento e prestazione di servizi¹⁸. L'esito finale della doppia richiesta è stato insomma quello di un ritorno delle questioni insolute nelle mani del giudice *a quo*, chiamato dalla Corte di giustizia a verificare da sé l'esistenza dei margini di “ragionevolezza” che consentono l'applicabilità dell'articolo in questione e, in funzione di questa scelta, la necessità di risolvere la questione di legittimità costituzionale.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2002.

¹⁸ Cfr. CGE, sent. *Gambelli e altri c. Italia*, 6 novembre 2003, causa C-243/01: «Una normativa nazionale che, in mancanza di concessione o autorizzazione rilasciata da uno Stato membro interessato, contenga divieti – penalmente sanzionati – di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE che, per essere giustificata, deve fondarsi su motivi imperativi di interesse generale, essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo ed essere applicata in modo non discriminatorio. In proposito, spetta ai giudici nazionali verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto agli obiettivi. In particolare, laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale. Inoltre, se una sanzione penale è irrogata a chiunque effettui scommesse dal proprio domicilio in tale Stato membro via Internet, con un *bookmaker* situato in un altro Stato membro, i giudici nazionali devono esaminare se ciò non costituisca una sanzione sproporzionata».

Unica differenza, rispetto al marzo del 2001, è quella del decorso – infruttuoso – di due anni e otto mesi.

Per la verità, come accennavamo, la sentenza *Gambelli* ha iniziato però a tracciare un nuovo percorso, pur in apparente continuità con il precedente riserbo europeo: nell'assenza delle indicazioni giudiziali interne più volte sollecitate e, anzi, nel reiterato ricorso al rinvio pregiudiziale, pur disincentivato a Lussemburgo, la Corte di giustizia ha iniziato infatti a tracciare alcune linee, parametri e criteri per la verifica della proporzionalità della normativa interna. Mentre, insomma, nelle prime decisioni non si diceva nulla circa i *test* di verifica della compatibilità con la normativa comunitaria, in occasione della pronuncia del 2003 la Corte ha precisato invece che l'introduzione di limitazioni alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi deve rispondere ad alcuni requisiti essenziali: la coerenza e sistematicità (cosicché, qualora uno Stato persegua, per esigenze finanziarie, una politica di forte espansione delle scommesse, non è poi legittimato ad invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di gioco); di non discriminazione (nel senso che i limiti posti dalla legge interna devono applicarsi con omogeneità a tutti gli operatori comunitari, evitando posizioni di vantaggio per quelli nazionali); di proporzionalità fra gli obiettivi perseguiti e la consistenza dei limiti posti alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

È stata, insomma, la scelta di non decidere dei giudici statali – scelta condivisa dai giudici comuni e dalla Corte costituzionale – ad aprire le porte – o forse, di più, a richiedere – che fosse la Corte di giustizia a fissare i paletti della disciplina.

A seguito della sentenza *Gambelli* le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, confermando che l'articolo in questione non si poneva in contrasto con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea, in quanto funzionali alla tutela dell'ordine pubblico¹⁹.

¹⁹ Cass. SS.UU., 26/04/2004, nn. 23271, 23272 e 23273. Nello stesso senso, v. già Cass., Sez. III, 28 aprile 2000, n. 7764; Id., 13 gennaio 2000, n. 124, nonché, di particolare interesse per i nostri studi, sent. 11 luglio 2001, n. 36206, che dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento ai principi di libera iniziativa contenuti nel Trattato CE ed agli artt. 3, 41, 10 e 11 Cost., sotto il profilo della possibilità di ricomprendere nella fattispecie incriminatrice anche l'ipotesi in cui ad operare senza autorizzazione sia una ditta collegata telematicamente con una società di *bookmakers* situata in territorio estero. A seguito delle pronunce delle

Ciò nonostante, alcuni giudici di merito hanno continuato a dubitare della compatibilità della normativa interna con quella europea, specie a seguito della cosiddetta “liberalizzazione” del settore²⁰, e sollevato ulteriori questioni pregiudiziali, sollecitando ancora l'intervento della Corte di giustizia. In occasione della sentenza *Placanica*²¹, dunque, la Corte del Lussemburgo ha rotto ogni indugio e sciolto i dubbi che la giurisprudenza italiana continuava a manifestare circa l'interpretazione del diritto interno e la sua compatibilità con quello comunitario, esercitando direttamente quel vaglio che nelle altre occasioni era stato demandato al giudice nazionale²². In particolare, il Giudice del Lussemburgo ha ritenuto che il regime autorizzatorio italiano, limitatamente alla parte in cui nega la concessione all'esercizio dell'attività di gioco e scommesse solo in considerazione delle caratteristiche dell'azionariato senza prevedere una diversa misura di controllo sostitutiva, non sia proporzionato all'obiettivo d'ordine pubblico perseguito, andando oltre quanto è necessario per assicurare che i soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo non siano implicati in attività criminali o fraudolente.

Il gioco dei punti di equilibrio, a seconda delle fattispecie concrete di volta in volta oggetto di giudizio è stato a questo punto svolto tutto fra la Corte di Cassazione e la Corte di giustizia²³, finché non è stata la Cassa-

Sezioni Unite, cfr. conformi Cass., Sez. I, 10 novembre 2005, n. 41728; Cass., Sez. III, 04 maggio 2004, n. 26849.

²⁰ Cfr. d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, che subordina l'esercizio di tali attività all'ottenimento di una concessione, previa pubblica gara, e di un'autorizzazione di polizia. Il sistema delle concessioni resta collegato da un lato, a norma dell'articolo 88 T.U.L.P.S., ad una serie di controlli di pubblica sicurezza, per cui la relativa licenza può essere concessa unicamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di ministeri o altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzare o gestire scommesse (C.O.N.I., U.N.I.R.E., A.A.M.S.) e dall'altro al sistema sanzionatorio di cui all'art. 4 più volte menzionato. Si è pertanto dubitato del rispetto da parte di tale disciplina dei principi comunitari, per via della creazione di ostacoli all'ingresso nel mercato nazionale di operatori stranieri che non rispondano ai requisiti occorrenti per l'ottenimento della concessione o della licenza di pubblica sicurezza, nonché il conseguente divieto di prestazione di servizi – anche per via telematica – sul territorio nazionale da parte di professionisti stranieri, abilitati all'attività secondo le regole dello Stato membro ove ha luogo la sede (lo stabilimento) dell'impresa.

²¹ CGE, 6 marzo 2007, *Placanica ed altri*, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04.

²² In questi termini, cfr. Cass. pen., sent. 21 giugno 2012, n. 24656.

²³ Dopo la sentenza *Placanica*, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ribadito che non integra il reato di cui all'art. 4, l. 401/89, l'attività organizzata per l'accettazione e raccolta di scommesse operata, per conto di società quotate aventi sede in altro Stato mem-

zione stessa a sollevare questione pregiudiziale interpretativa²⁴. Nella sentenza *Costa e Cifone*²⁵, di risposta al quesito della Cassazione, la Corte di giustizia ha dunque, infine, elencato i motivi imperativi di interesse generale che consentono le limitazioni interne alla libertà di stabilimento e prestazione di servizi nel settore del gioco e delle scommesse (gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva legata al gioco, di prevenzione di turbative dell'ordine sociale in generale) e precisato che l'autorità concedente è tenuta ad un obbligo di trasparenza (quale corollario del principio di eguaglianza), consistente in particolare nel garantire ad ogni potenziale offerente un livello di pubblicità adeguato, tale da consentire

bro, da soggetti esclusi dal rilascio delle autorizzazioni, di cui all'articolo 88 T.U.L.P.S., per il solo fatto che la raccolta viene effettuata per conto di società con azionariato anonimo, e che non hanno potuto partecipare per tale ragione alle gare per l'attribuzione delle licenze, sebbene in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato membro, in quanto tale disposizione si pone in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi e non appare giustificata da finalità di controllo per motivi di ordine pubblico (Cass., Sez. III, 28 marzo 2007, nn. 16968 e 16969; Id., 22 ottobre 2008, n. 2417/09); ha affermato il principio secondo cui l'esercizio in Italia, da parte di un soggetto titolare di un centro di trasmissione dati privo di licenza di P.S., dell'attività di raccolta di scommesse per conto di un allibratore straniero, già titolare di concessione rilasciata dall'A.A.M.S. e successivamente decaduta per rinuncia del medesimo gestore estero, integra il reato, dovendosi escludere in una simile ipotesi qualsiasi contrasto con la libertà di stabilimento contemplata dall'articolo 49 del Trattato CE (Cass., Sez. III, 10 novembre 2009, n. 5914/2010); che la raccolta in proprio di scommesse da effettuare con diverse società, sia italiane che straniere, svolta in difetto dell'autorizzazione richiesta dall'articolo 88 T.U.L.P.S. da parte del gestore di un *internet point* costituisce il reato di esercizio abusivo di attività organizzata per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive (Cass., Sez. III, 8 giugno 2011, n. 29523).

²⁴ Cass., Sez. III, 10 novembre 2009, nn. 2993/10 e 2994/10, formulando il seguente quesito: «quale sia l'interpretazione degli articoli 43 CE e 49 CE con riferimento alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nel settore delle scommesse su eventi sportivi, al fine di stabilire se le citate disposizioni del Trattato consentano o meno una disciplina nazionale che stabilisca un regime di monopolio in favore dello Stato ed un sistema di concessioni e di autorizzazioni che, all'interno di un numero determinato di concessioni, preveda: a) l'esistenza di un indirizzo generale di tutela dei titolari di concessioni rilasciate in epoca anteriore sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori; b) la presenza di disposizioni che garantiscono di fatto il mantenimento delle posizioni commerciali acquisite sulla base di una procedura che illegittimamente ha escluso una parte degli operatori (come l'obbligo per i nuovi concessionari di collocare i loro sportelli a una distanza minima da quelli già esistenti); c) la fissazione di ipotesi di decadenza della concessione e di incameramento di cauzioni di entità molto elevata, tra le quali l'ipotesi che il concessionario gestisca direttamente o indirettamente attività transfrontaliere di gioco assimilabili a quelle oggetto della concessione».

²⁵ CGE, 16 febbraio 2012, cause C-72/10 e C-77/10.

l'apertura della concessione alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di attribuzione²⁶.

Insomma, alla luce di questo complesso giurisprudenziale, un dato risulta chiaramente ed è stato di recente ribadito dalla Corte di Cassazione²⁷: la norma incriminatrice interna sopravvive al contrasto con il diritto comunitario ed è *applicabile* entro i limiti dettati da un punto di equilibrio i cui criteri e test sono fissati attualmente dalla giurisprudenza congiunta della Corte di Cassazione e della Corte di giustizia, ma la cui verifica finale spetta al giudice comune, caso per caso²⁸.

All'esito di questo estenuante percorso giurisprudenziale, a nostro parere, è compito del costituzionalista domandarsi: che fine hanno fatto le questioni di legittimità costituzionale? Che fine ha fatto la Corte costituzionale?

La questione dalla quale aveva preso le mosse la nostra analisi era infatti una questione *doppiamente* pregiudiziale ed i profili di dubbio circa la legittimità della norma oggetto investivano anche una serie di disposizioni costituzionali. Eppure la Corte costituzionale, dietro il manto della priorità processuale della questione comunitaria non ha mai affrontato le questioni interne, pur a fronte di una più volte chiarita persistente applicabilità dell'art. 4 e di un atteggiamento – non a caso progressivamente decrescente – di *self restraint* della Corte di giustizia. L'occasione di esprimersi sul punto, peraltro, le era stata offerta anche in altre circostanze, ma la scelta è sempre stata quella di astenersi in virtù di un'affermata impossibilità di pronunciarsi su questioni “manifestamente inammissibili”, per priorità logica e giuridica della questione comunitaria e pur a fronte di giudici rimettenti che profilavano solo questioni di legittimità costituzionale (alla luce del *self restraint* europeo)²⁹ o lamentavano espressamente l'implausibilità dell'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione (assurto a “diritto vivente”) che risolveva nel senso dell'applicabilità il complesso di disposizioni interne afferente al regime di concessioni e sanzioni in materia di gioco e scommesse³⁰.

²⁶ Cfr. in questo senso già CGE, sentt. *Sporting Exchange*, 3 giugno 2010, causa C-203/08; Id., *Engelmann*, 9 settembre 2010, causa C-64/08, nonché, sul principio di trasparenza come corollario di quello di uguaglianza, Id., *Commissione/CAS Succhi di Frutta*, 29 aprile 2004, causa C-496/99 P; Id., *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, 13 dicembre 2007, causa C-250/06.

²⁷ Cass., sent. n. 24656 del 2012.

²⁸ Cfr. ad esempio, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sent. 18 giugno 2012, nn. 279, 280 e 281.

²⁹ Cfr. sent. n. 454 del 2006.

³⁰ Sentenza n. 284 del 2007.

Il dato che emerge dal complesso giurisprudenziale esaminato è dunque quello di un pericoloso “assorbimento” delle questioni di legittimità costituzionale nella risoluzione delle questioni comunitarie³¹. Quali che siano le ragioni (se la necessità di evitare un ulteriore e molto probabilmente inutile, allungamento del processo o quella di una avvertita inutilità di rivolgersi alla Corte costituzionale ove siano presenti anche dubbi di compatibilità con il diritto comunitario) quel che ai nostri occhi appare chiaro è che da un siffatto indirizzo l'autorevolezza della Corte costituzionale risulta essere per nulla tutelata, profilandosi all'opposto un grande rischio per la possibilità stessa di verificare la legittimità costituzionale delle norme interne.

Dinnanzi all'espansione del diritto comunitario, poi, tale rischio appare di crescente consistenza non solo perché la legislazione e la giurisprudenza comunitaria appaiono oggi assolutamente onnipersive, ma anche perché tali aree investono profili di primaria importanza costituzionale³².

3. *Le elusioni della chiusura: se una “sapiente” ordinanza di rimessione è in grado di aggirare l'impostazione della Corte costituzionale*

Un'ulteriore – rapidissima – considerazione merita di essere svolta prima di giungere all'esame delle prime aperture della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale interpretativo: l'esito della sollevazione di una questione doppiamente pregiudiziale al giudice costituzionale dipende in larghissima parte dalla maniera nella quale è formulata l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*. Una formulazione *ad hoc*, costruita al fine di

³¹ Cfr., significativamente, T.A.R. Puglia, Lecce, sentenza 23 febbraio 2012, n. 358, che, dopo avere nel dettaglio esaminato le questioni comunitarie, alla luce della giurisprudenza europea e della Corte di Cassazione, da quelle motivazioni desume: «da quanto esposto consegue che l'assoggettamento al disposto dell'art. 88 T.U.L.P.S. di chi voglia, anche come intermediario, raccogliere scommesse non lede alcuno dei diritti che la nostra Costituzione tutela e che sono pertanto manifestamente infondate le questioni sollevate». Si v. anche T.A.R. Lombardia, sezione I, sentenza 31 gennaio 2013, n. 296, che pur tenendo in considerazione la sentenza n. 300 del 2011 della Corte cost. (ove si è affermata la competenza della Provincia autonoma di Bolzano ad intervenire nella disciplina del gioco per fini di tutela dei “soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perché bisognosi di cure di tipo sanitario o socio assistenziale” e per “prevenire forme di gioco cosiddetto compulsivo”) inquadra le problematiche giuridiche tutte alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

³² Si veda, per qualche ulteriore riflessione sul punto, *infra*, par. 7.

escludere la rilevanza della questione comunitaria per il caso *de quo*, oppure una formulazione ove non si faccia cenno alla possibile esistenza di una parallela questione comunitaria, può portare verso una pronuncia sulla legittimità costituzionale della normativa interna – se non vi siano altre parti che sollecitino l'attenzione della Corte sul punto – pur nell'esistenza di possibili rilievi di comunitarietà³³. A tal proposito ci sembra utile ricordare un episodio che a quanto ci consta è rimasto isolato, ma che a nostro parere rimane tuttavia molto significativo.

Nel 2008 il Tribunale di Milano, chiamato pronunciarsi in merito alla richiesta di una rendita da decesso per infortunio sul lavoro, negata dall'INAIL alla convivente *more uxorio* del *decuius*, dubitava della normativa interna sia con riferimento alla sua compatibilità con la Costituzione italiana, sia con riferimento alla sua conformità ai trattati comunitari. Il giudice rimettente, onde evitare di imbattersi nella scure della Corte costituzionale presentando un'ordinanza congiunta dalla quale emergesse questa duplice pregiudizialità, sceglieva allora di sollevare contestualmente, ma separatamente, due questioni: una pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione europea (riferita alla compatibilità con il principio di non discriminazione di cui all'art. 13 TUE delle disposizioni del testo unico sugli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nella parte in cui prevedono una tutela differenziata della posizione del coniuge rispetto a quella del convivente *more uxorio*); una costituzionale (per l'assunta violazione degli articoli 2, 3, 10, 11, 30, 31, 38 e 117 Cost.), senza però dar conto ad entrambe le Corti della contemporanea pendenza di un giudizio pregiudiziale presso l'altra. L'esito è consistito in due indipendenti pronunce³⁴ rese in tempi sostanzialmente coincidenti³⁵ e, fortuitamente, compatibili nei contenuti. Mentre la Corte costituzionale, infatti, dichiarava che le questioni riferite agli artt. 11 e 117, primo comma, non erano ammissibili poiché insufficientemente motivate, la

³³ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 187, acutamente osserva che «le pregiudiziali comunitarie precedono in genere quella costituzionale tendenzialmente solo in quanto effettivamente sollevate»: dal momento che il giudice comune attualmente possiede il monopolio della rilevabilità di tali questioni, gli unici casi in cui il Giudice delle leggi potrebbe intervenire, rinviando al giudice *a quo* una questione che questi abbia sollevato senza accorgersi della possibilità di un contrasto con una norma comunitaria di dubbio significato, sarebbero casi limite, di contrasto «evidente».

³⁴ La sent. n. 86 del 2009 della Corte costituzionale e l'ord. 17 marzo 2009 della Corte di giustizia europea.

³⁵ La pronuncia della Corte costituzionale è giunta il 27 marzo 2009 e quella della Corte di giustizia il 17 marzo 2009.

Corte di giustizia offriva una soluzione interpretativa non incompatibile con la normativa italiana³⁶. L'eventualità di due pronunce difformi avrebbe però aperto ad uno scenario inedito e tutt'ora possibile: il componimento dei risultati delle due decisioni sarebbe stato affidato al giudice comune.

L'episodio, a nostro modo di vedere, dimostra senza necessità di ulteriori parole l'inadeguatezza delle scelte costituzionali di chiusura al rinvio pregiudiziale al perseguimento del fine di evitare il contatto con la Corte di giustizia e, soprattutto, del fine di mantenere il dominio della situazione in capo alla Corte costituzionale; palesa invece, all'opposto, la conseguente integrale dipendenza dei meccanismi integrativi dal concreto atteggiarsi di ogni giudice comune nei confronti delle questioni comunitarie.

4. *Prove tecniche di trasmissione. Riflessioni sul primo, timido ed incompiuto, tentativo di apertura*

È alla luce di tutte queste considerazioni, e con la mente volta anche al quadro d'insieme, che a nostro parere occorre guardare a quella che, per cinque anni, è stata la peculiarissima soluzione italiana al problema del confronto con il giudice europeo: a partire dall'ordinanza n. 103 del 2008, infatti, la Corte costituzionale ha ammesso di poter sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale, limitando però tale apertura alla sola sede di ricorso principale³⁷. Le argomentazioni addotte per giustificare questo solo parziale

³⁶ Cfr. i commenti di A. ROVAGNATI, *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 717 s.; L. CAPPUCCIO, *La convivenza «more uxorio» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale*, in *Foro italiano*, 2010, 3, 1, 804 ss.; B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Corriere giuridico*, 2010, 95 ss.

³⁷ Il caso in oggetto riguardava un ricorso del Presidente del Consiglio avverso una legge regionale sarda istitutiva di un'imposta regionale sugli aeromobili e le unità da diporto che facessero scalo nella Regione. Il ricorrente sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge regionale n. 4 del 2006, che assoggettava all'imposta tutti i non residenti, compresi i cittadini comunitari, ritenendo che violasse l'art. 12 TCE (ora 18 TFUE); quanto all'art. 4 della medesima legge della Regione Sardegna, se ne asseriva il contrasto con l'art. 49 del Trattato CE (ora art. 56 TFUE), nella misura in cui introduceva una restrizione alla libera prestazione dei servizi nel mercato sardo dei servizi nautici ed aerei che, costituendo una parte rilevante del mercato europeo, si riteneva sog-

overruling non erano però esenti da contraddizioni e presentavano qualche debolezza argomentativa, come la dottrina non ha mancato di evidenziare³⁸.

Una via che forse ci può consentire di comprendere le talora contraddittorie affermazioni contenute nelle pronunce nn. 102 e 103 del 2008 è quella di tenere in considerazione, contestualmente, il doppio intento che sembra esservi sotteso. Da una parte, infatti, la Corte costituzionale sembra aver voluto rielaborare alcune sue asserzioni in ordine ai rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario al fine di adattare alle sempre più pressanti esigenze di flessibilità nei rapporti tra sistemi e, dall'altra, sembra aver voluto inventare un *escamotage* per entrare nel circuito del dialogo, senza però contraddire nettamente le posizioni precedentemente assunte. A tale scopo, i cardini sui quali si muovevano le argomentazioni erano sostanzialmente due: quello del valore del nuovo art. 117, primo comma, della Costituzione e quello della differenza tra la via incidentale e quella principale di proposizione delle questioni di legittimità. L'impostazione di fondo del ragionamento, però, rimaneva quella consueta: l'ingresso del diritto comunitario all'interno del nostro ordinamento avviene per il tramite dell'art. 11 della Costituzione e delle limitazioni di sovranità cui esso acconsente in favore delle organizzazioni internazionali che, in condizione di parità con gli altri Stati, assicurino la pace e la giustizia tra le Nazioni. La parte «tradizionale» del ragionamento è

getto alla disciplina comunitaria; si ravvisava, infine la violazione dell'art. 81 (ora 101 TFUE), coordinato con l'art. 3, lett g) e 10 del Trattato, per la distorsione al gioco della concorrenza che l'imposta regionale avrebbe potuto comportare, e dell'art. 87 (ora 107 TFUE), per l'aiuto alle imprese della Regione cui la previsione impositiva avrebbe potuto dar luogo. Considerato complessivamente il combinato delle disposizioni oggetto della questione di legittimità, il ricorrente ne affermava il contrasto con il fondamentale principio comunitario della libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione, così come inteso nella giurisprudenza comunitaria.

³⁸ Per alcuni commenti alla decisione, si v. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 4-5, 898 ss., disponibile online in www.forumcostituzionale.it; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, *ibidem*, 1312 ss.; T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. PESOLE, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in www.federalismi.it; I. SPIGNO, *La Corte Costituzionale e la vexata questio del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.osservatoriosulfonti.it. Per alcune nostre riflessioni critiche sia consentito rinviare a *La Corte costituzionale: organo giurisdizionale dinanzi al suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Contraddizione, apertura o "dissociazione"?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 47 ss.

costituitedunque dalle fondamenta sulle quali viene edificato il discorso: il quadro ordinamentale e l'impostazione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario rispondono ancora ad una visione quasi-dualistica in ragione della quale l'ordinamento comunitario viene trattato come un ordinamento giuridico «autonomo, integrato e coordinato» con quello interno, il cui recepimento è “costituzionalizzato” in virtù dell'art. 11 Cost.³⁹.

In questo discorso si innesta l'arricchimento del primo comma dell'art. 117, che, da una parte, ha ribadito un'impostazione già desumibile dal testo costituzionale previgente ma, dall'altra, ha aperto la porta ad una differenziazione nella risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme comunitarie in ragione dei casi, dei tipi di norme interne coinvolte, del giudice e del giudizio nel corso del quale l'antinomia deve essere verificata. E da questa – arricchita – piattaforma la Corte parte per modulare il vincolo al rispetto del diritto comunitario in maniera differenziata: ove il giudizio penda di fronte al giudice comune, questi deve disapplicare la norma interna (statale o regionale) incompatibile con le norme comunitarie aventi efficacia diretta e, qualora il vaglio di tale incompatibilità richieda la soluzione di un dubbio interpretativo, avvalersi del rinvio pregiudiziale alla CGE; nell'evenienza in cui, invece, il giudizio penda di fronte alla Corte costituzionale, diviene necessario distinguere a seconda che la questione sia pervenuta in via incidentale od in via principale. Nel primo caso, provenendo la questione da un giudice ed essendo questi a dover verificare preventivamente la sussistenza di “questioni comunitarie”, la pervenuta ordinanza è inammissibile poiché la questione di legittimità costituzionale può essere utilmente promossa solo ove, interrogata la Corte di giustizia in via pregiudiziale, essa abbia fornito una risposta alla questione comunitaria tale da non comportare problemi di compatibilità della normativa interna con quella europea (ossia una in-applicazione della norma interna), essendo altrimenti la questione irrilevante⁴⁰.

³⁹ Per la giurisprudenza, oramai costante in tal senso, si vedano tra le tante Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, cit.; Id., 22 febbraio 1985, n. 47; Id., 22 febbraio 1985, n. 48; Id., 20 marzo 1985, n. 81; Id., 19 novembre 1987, n. 403; Id., 16 marzo 1990, n. 132; Id., 6 dicembre 2001, n. 390; Id., 14 giugno 2002, n. 238.

⁴⁰ Vi sono stati, inoltre, casi in cui la Corte costituzionale ha prescelto la via della restituzione degli atti al giudice rimettente poiché, dopo che la questione era stata sollevata, la Corte di giustizia si era pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dallo stesso giudice in analogo procedimento (cfr. ord. n. 125 del 2004) o la via del rinvio a nuovo ruolo di questione sostanzialmente coincidente con altra pendente dinanzi alla Corte di giustizia (ord. n. 165 del 2004).

Se il giudizio di legittimità costituzionale è stato promosso in via principale, invece, non essendo un giudice a sollevare la questione comunitaria, tale problema non sussiste. In tal caso, dice la Corte, le norme comunitarie «fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost. (...) o, *più precisamente*, rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. (come chiarito, in generale, dalla sentenza n. 348 del 2007), con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme regionali che siano giudicate incompatibili con il diritto comunitario» (corsivo aggiunto).

Posto questo *novum* in punto di impostazione teorico-positiva dei rapporti fra ordinamenti, la Corte avrebbe potuto però escludere comunque, a rigor di logica, la possibilità di svolgere in sede principale il rinvio pregiudiziale interpretativo, fondandosi quest'ultima sulla distinta questione della possibilità di rinvenire in capo ad essa la legittimazione soggettiva. E su quest'ultimo punto la pregressa giurisprudenza era pressoché monoliticamente negativa. Ciò, però, avrebbe comportato l'ammissione dell'esistenza di un'area del controllo della compatibilità fra norme interne e norme comunitarie (quella della via principale) dalla quale la Corte di giustizia sarebbe stata del tutto esclusa.

È quest'ultima circostanza, allora, ad aver fornito alla Corte l'espedito argomentativo per rivedere parzialmente le proprie posizioni, sottoarticolandole in due filoni: quando la Corte opera come giudice di unica istanza occorre tenere presente che l'adempimento dei vincoli comunitari è possibile solo per il suo tramite⁴¹; ai fini del rinvio pregiudiziale, la nozione di «giurisdizione nazionale» deve essere desunta dall'ordinamento comunitario.

Si tratta di affermazioni entrambe condivisibili, mentre meno condivisibile, a nostro parere, appariva l'*iter* logico nel quale venivano propo-

⁴¹ Pone l'accento su questo aspetto S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss., che ravvisa nella scelta delle argomentazioni da parte della Corte l'indice che essa è «motivata da preoccupazioni di ordine comunitario». Da tempo la dottrina faceva presente il problema della compatibilità del diniego della nostra Corte costituzionale a rivolgersi alla CGE con i casi in cui è giudice di unica istanza. In proposito si vedano, ad esempio, R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, 3, 493 ss.; S.M. CARBONE, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, *ibid.*, 715 ss.; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, 452 ss.

ste, che faceva dipendere la seconda dalla prima. Se, infatti, poche perplessità destava l'affermazione che la sfera di legittimazione attiva a rivolgersi ad un giudice debba rispondere ai criteri dell'ordinamento cui quel giudice appartiene, meno solida era invece la circoscrizione dell'affermazione alla sola via principale, determinata dalla ragione (di opportunità) che si trattava dell'unica soluzione per garantire il rispetto degli obblighi comunitari. Detto in altri termini: perché, se la nozione di giurisdizione nazionale deve essere desunta dall'ordinamento comunitario, ciò non vale quando la Corte opera in sede incidentale?

Non sembra sostenibile l'idea che la distinzione potesse costituire uno sviluppo di quella giurisprudenza consapevole ed elaborata che tende a promuovere la peculiarità dei giudizi in via principale in rapporto al sindacato di conformità delle disposizioni interne a norme comunitarie, nell'ottica che le modalità di accesso al giudizio di costituzionalità influenzano, in maniera determinante, le caratteristiche sostanziali e processuali dello stesso⁴². La Corte costituzionale non ha voluto, nel-

⁴² Cfr., Corte cost., 10 novembre 1994, n. 384, con note di F. SORRENTINO, *Una svolta apparente nel «cammino comunitario» della Corte: l'impugnativa statale delle leggi regionali per contrasto con il diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3456 ss.; F. BIENTINESI, *Regolamenti comunitari e controllo preventivo delle leggi regionali*, *ibid.*, 3458 ss.; F. DONATI, *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, *ibid.*, 3467 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Giudizio in via di azione su leggi regionali ed obblighi comunitari*, *ibid.*, 3477 ss.; P. GIANGASPERO, *Note sull'utilizzazione del diritto comunitario immediatamente applicabile nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, *ibid.*, 3482 ss.; P.F. LOTITO, *Nota a Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 1994, n. 384*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, 153 ss.; Corte cost., 31 marzo 1995, n. 94, con osservazioni di G. GUZZETTA, *Spunti ed interrogativi in tema di processo costituzionale e di certezza del diritto in una recente sentenza della Corte in materia comunitaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 2137 ss. In proposito, si veda anche R. BIN, *All'ombra della "La Pergola"*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/95-94.htm>. Le motivazioni che si adducevano (allora come ora) erano sia di natura sostanziale, sia di natura processuale: da una parte, si sottolineava che una pronuncia della Corte costituzionale è maggiormente in grado di soddisfare l'esigenza di certezza del diritto poiché dotata di efficacia *erga omnes*; dall'altra, che l'inesistenza nel giudizio in via principale di un giudice *a quo* tenuto a disapplicare la norma interna, comporta che le questioni di legittimità sollevate non soffrano della «irrelevanza necessaria» che impone alla Corte di astenersi dal sindacato delle questioni comunitarie quando adita in via incidentale. La dottrina non ha mancato di evidenziare, però, come il problema non potesse ridursi a quello della rilevanza della questione: adottare una decisione che implichi l'illegittimità costituzionale di una norma in contrasto con il diritto comunitario *self executing*, infatti, significa implicitamente ammettere che il contrasto con disposizioni di un altro ordinamento possa determinare l'insorgere di un vizio in capo a quella interna, minando dalle fondamenta l'im-

l'ordinanza n. 103 del 2008, incardinare su questo punto la motivazione della differente valutazione circa la legittimazione a proporre ricorso pregiudiziale interpretativo. Le riflessioni svolte in quell'occasione, anzi, non lo sfiorano affatto, ponendo come fulcro della decisione l'applicazione della nozione comunitaria – anziché quella nazionale – di giurisdizione, senza motivare in ordine alle ragioni per le quali nell'un caso si potesse applicare la prima e nell'altro la seconda.

È questa inspiegata deroga, nella via incidentale, al principio generale per cui l'esercizio di una funzione all'interno di un ordinamento debba essere regolato dalle norme di quell'ordinamento, per come interpretate dai suoi organi, ad essere oggi sanata dall'ord. n. 207 del 2013. Prima di addentrarci nell'analisi di quest'ultima pronuncia, merita dunque svolgere qualche brevissima considerazione circa le problematiche che a nostro parere sollevava la distinzione e l'argomentare dell'ordinanza n. 103, per poter intendere appieno il passo oggi compiuto dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare, vorremmo soffermare la nostra attenzione sull'ultimo tassello del ragionamento ivi svolto e sulla trattazione congiunta di questioni che invece, a nostro parere, devono essere considerate del tutto indipendenti (quella della qualifica della giurisdizionalità dell'organo e quella della verifica se esso operi come giudice di ultima istanza).

Si tratta, infatti, di due condizioni da cui derivano due conseguenze giuridiche differenti.

La prima – logicamente preliminare – è che l'organo in questione sia un giudice: ad essa si collega la conseguenza giuridica della legittimazione a sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo; la seconda è che il giudice sia di ultima istanza: ad essa si collega la conseguenza giuridica della nascita di un *obbligo* a sollevare la questione interpretativa, volto al fine di tutelare l'interesse all'interpretazione uniforme del diritto comunitario all'interno di tutti gli Stati membri. Si tratta, è vero, di questioni logicamente consequenziali, ma nella direzione inversa rispetto a quella tracciata dalla Corte nell'ordinanza n. 103: la verifica se un giudice sia di

piano teorico per cui il rapporto fra ordinamento interno e ordinamento comunitario debba essere ricostruito in termini dualistici. In questo senso, E. GIANFRANCESCO, *Giudizio in via di azione*, cit., 3478 ss., che, commentando la prima pronuncia della Corte costituzionale in tal senso, vi rinveniva una «prima crepa arrecata dall'esterno all'edificio degli "ordinamenti distinti e coordinati". Il richiamo al preciso dovere di eliminazione delle norme interne incompatibili sembra, infatti, rimettere in discussione il postulato dell'indifferenza reciproca tra i due sistemi, che trova nella disapplicazione della norma interna il suo suggello pratico».

ultima istanza dipende dalla previa verifica che l'organo in considerazione sia un giudice; non è logicamente sostenibile l'opposto, secondo cui l'attribuzione della qualifica di organo giurisdizionale possa dipendere dalla ultimità decisoria dell'organo.

Nell'impostazione adottata dalla Corte con le decisioni nn. 102 e 103 del 2008, invece, i problemi si confondevano e venivano mescolate le condizioni con le conseguenze giuridiche che se ne dovevano ricavare: la mancanza di altri soggetti che potessero rivolgersi alla CGE a tutela dell'uniforme interpretazione del diritto comunitario – ossia l'unicità ed ultimità della Corte costituzionale in sede principale – veniva addotta come argomento decisivo per sostenere il riconoscimento in capo a quest'ultima della legittimazione (e, dunque, della qualifica di giudice), mentre si trattava di caratteristica che avrebbe potuto incidere sulla sola valutazione del se incombesse in capo ad essa un obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale interpretativo (*dopo e se* si fosse ritenuta sostenibile la sua natura di organo giurisdizionale; argomentata sulla base dei requisiti richiesti dal giudice e dall'ordinamento di riferimento).

Si confondeva così il rapporto fra premesse e conseguenze giuridiche sia in un senso – quello dell'attribuzione della qualifica di organo giurisdizionale in funzione del suo carattere ultimale – sia nell'altro – quello dell'attribuzione di un obbligo ad un giudice non di ultima istanza, quale è, nei casi che vedremo, il giudice comune che solleva la questione di legittimità costituzionale in via incidentale⁴³.

Ulteriori contraddizioni sistemiche dell'approccio differenziato in ragione della via di accesso al sindacato di legittimità erano, poi, una contraddizione interna ed una esterna.

La prima si sostanziava nella sperequazione fra leggi regionali e leggi statali in contrasto con il diritto comunitario: ammettendo la possibilità di rinvio pregiudiziale solo in via principale si ammetteva – in via di fatto – la possibilità per la Corte costituzionale di intervenire solo in caso di contrasto delle leggi regionali con il diritto comunitario, mentre le regioni non avrebbero avuto verosimilmente molte possibilità di sollevare analoga questione su legge statale, se non nelle limitate ipotesi in cui l'an-

⁴³ Simili sovrapposizioni ci sembrano ravvisabili anche nella sentenza n. 168 del 1991 nella quale la Corte, nel concedere che all'occorrenza avrebbe potuto sfruttare la facoltà di rinvio al giudice comunitario, affermava che non si sarebbe trattato però di un obbligo, bensì di una mera facoltà. Sul punto la dottrina aveva già avanzato numerose critiche (cfr. F. SORRENTINO, *Rivisitando l'art. 177 del Trattato di Roma*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano 1994, 646 ss.; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 245 s.).

tinomia avrebbe potuto comportare una lesione delle proprie sfere di competenza⁴⁴. Per di più, secondo tale impostazione, il medesimo vizio avrebbe trovato componimenti differenti (incostituzionalità e annullamento, in un caso; disapplicazione, nell'altro) in ragione dell'ente che ha emanato l'atto, in contrasto con l'approccio teorico (quello, sì, unico) riferito al rapporto fra ordinamento interno ed ordinamento comunitario ed in contrasto con l'anima ispiratrice della riforma costituzionale del 2001, che ha voluto sostanzialmente equiparare la fonte legislativa regionale a quella statale. Insomma, dal dislivello fra Stato e Regioni circa la rilevabilità dei vizi di legittimità, combinata con questo orientamento, sarebbe derivata anche un'opinabile differenza in ordine alle conseguenze che la violazione del diritto comunitario è in grado di comportare sulla disposizione interna difforme.

La contraddizione esterna si sostanziava invece nei termini della differente apertura verso la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea rispetto a quella, ben più ampia, concessa alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, avviata con le pronunce nn. 348 e 349 del 2007 e poi costantemente ribadita⁴⁵: mentre il dialogo con la Corte di Strasburgo ed il recepimento della giurisprudenza Cedu oggi conoscono il filtro e la collaborazione della Corte costituzionale, nei termini del bilanciamento fra istanze interne ed istanze convenzionali, alla ricerca del maggior *standard* di protezione dei diritti, quello con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea non avrebbe potuto conoscere analoghe possibilità.

⁴⁴ Cfr. R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2010, 363 s.: «strane asimmetrie del sistema! Le regioni non possono concorrere ad impedire che norme in contrasto con il diritto europeo si consolidino (e obblighino le stesse regioni ad infrangere le direttive), ma per assicurare l'effetto utile del diritto europeo bisogna attendere che sia un privato a reagire davanti ad un giudice comune e denunciare tale contrasto in via incidentale: il che, come si sa, non sempre può avvenire. Il "cammino comunitario" della Corte non incrocia il suo "cammino regionalistico", che attualmente sembra non procedere, ma regredire. Le regioni sono state le principali "vittime" dell'applicazione dei vincoli comunitari da parte della Corte costituzionale». Occorre precisare però che in dottrina sono state evidenziate talune recenti tendenze ad ammettere che il ricorso regionale possa sollevare questioni afferenti anche a *soli* parametri differenti da quelli relativi alla competenza, attenuando così la sperequazione qui paventata. Ci si riferisce, ad esempio, alla sentenza n. 52 del 2010, con commento di D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2010*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 280 ss.

⁴⁵ Fra le altre, Corte cost., 39 e 129 del 2008; 311 e 317 del 2009; 93, 138, 187 e 196 del 2010; 1, 80, 113, 236 e 257 del 2011 e, di recente, la fortissima sent. n. 210 del 2013.

Se poi si considera che tutto questo avveniva in nome della difesa dell'autorevolezza della Corte costituzionale – autorevolezza che, come si è tentato di dimostrare sopra, non poteva essere per tale via garantita⁴⁶ – e che il costo dell'autoesclusione della Corte dal circuito del dialogo interpretativo si fa crescente, appare ancora più encomiabile l'odierna riconsiderazione da parte del Giudice costituzionale di alcune rigidità.

5. *La tanto attesa, ma inaspettata, apertura. L'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale dalla sede incidentale*

Come dicevamo in apertura, infatti, nell'aria immota e nel silenzio che per cinque anni ha seguito l'ordinanza n. 103 del 2008, è giunto il fulmine dell'ordinanza n. 207 del 2013 con la quale la Corte costituzionale ha per la prima volta riconosciuto la propria qualifica di organo giurisprudenziale – nell'accezione comunitaria – e sollevato un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

E, come dicevamo, le argomentazioni del *revirement* sono spesso allusive (se non talvolta elusive) e richiedono al lettore di andare oltre l'asciuttezza del tono, indagando la storia giurisprudenziale che si nasconde fra le righe della motivazione e le numerose problematiche processuali⁴⁷ che si intravedono nelle valutazioni della Corte.

La vicenda sorge da una problematica scottante, che più volte e in diverse sedi ha toccato giudici statali e giurisdizioni sopranazionali: l'abuso della contrattazione di lavoro a tempo determinato nella pubblica istruzione⁴⁸. In estrema sintesi, la questione si pone nei seguenti termini.

La direttiva europea 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, ad essa allegato) si è occupata di prevedere alcuni limiti all'uso del contratto di lavoro a termine ed alcuni rimedi avverso il suo abuso da parte dei datori di lavoro. La direttiva è

⁴⁶ L'ordinanza n. 103 del 2008 aveva, anzi, alimentato alcune problematiche, rendendo possibile che la Corte costituzionale potesse essere vincolata, in sede incidentale, al rispetto di decisioni interpretative europee pronunciate su suo stesso ricorso, sollevato dalla via principale.

⁴⁷ Alle quali dedicheremo il prossimo paragrafo.

⁴⁸ La questione è oggetto di una vertenza condotta da diverse sigle sindacali presso le amministrazioni scolastiche di tutta Italia e conta più di ventimila ricorsi pendenti.

stata recepita in Italia con d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il quale, conformemente ad essa, fissa a trentasei mesi il periodo massimo nel quale un lavoratore può essere impiegato con successivi contratti a termine, pena la conversione del contratto in uno a tempo indeterminato ed il risarcimento del danno sofferto dal lavoratore. L'idea sottesa a tale disciplina è che il reimpiego continuato di un lavoratore a tempo determinato maschera, dietro l'utilizzo di una forma contrattuale "flessibile", un'esigenza lavorativa di natura invece duratura e costante e che ciò costituisca un abuso meritevole di sanzione, a tutela della più debole posizione contrattuale del lavoratore dipendente.

Tanto vale sia nella contrattazione fra privati che per i contratti stipulati dal lavoratore con la pubblica amministrazione⁴⁹, con la differenza che in quest'ultimo caso la disciplina sanzionatoria è parzialmente differente, ostando alla conversione del contratto di lavoro in forma indeterminata, fra le altre cose, il principio del pubblico concorso e della necessaria copertura legislativa della spesa pubblica. Nella contrattazione pubblica, dunque, la sanzione prevista in caso di abuso della contrattazione a termine consiste nel solo risarcimento del danno⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. CGE, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, §§ 54 ss.; Id., 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, § 39; Id., 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, in tutto analoga.

⁵⁰ La compatibilità di questa disciplina sanzionatoria speciale con la normativa comunitaria è stata oggetto di controversie tuttora non del tutto placate, ma che interessano solo in maniera tangenziale le presenti indagini. Per un approfondimento di queste facciamo rinvio alla giurisprudenza in cui la Corte di giustizia ha affermato che la differenza nella sanzione non collide, in sé, con la disciplina comunitaria, a condizione, però, che il regime sanzionatorio sia in grado di garantire determinate caratteristiche: deve trattarsi di «misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro. (...) esse non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Ne consegue che, quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono "prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva"» (cfr. in tal senso CGE, *Adeneler*, cit., §§ 94 ss.; Id., 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, § 12 (ed ivi ulteriori richiami giurisprudenziali); Id., *Marrosu e Sardino*, cit., §§ 51 ss.; ord. 1° ottobre 2010, *Affatato*, in causa C-3/10). Per la conforme giurisprudenza interna si v. Corte cost., 89 del 2003, ove si è so-

Regime ulteriormente derogatorio è, poi, quello riferito al reclutamento del personale scolastico, ove è possibile (in certi casi doveroso) per le autorità scolastiche assumere un medesimo lavoratore da un anno all'altro con contratti a tempo determinato, anche ripetuti nel tempo, al fine di coprire i posti vacanti e dunque garantire la continuità dell'insegnamento. L'art. 70, comma 8, del d. lgs. n. 165 del 2001 prevede che: «sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni e integrazioni» e l'art. 4 della legge n. 124 del 1999 prevede che possono essere stipulati, tra l'amministrazione e i docenti, diverse tipologie di contratti a tempo determinato⁵¹. Fra queste, oggetto della questione sono in special modo le cd. "supplenze annuali", mediante le quali l'art. 4, commi 1 e 11, ammette la copertura di posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che prevedibilmente rimangano tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero.

Sulla compatibilità di tali disposizioni con la direttiva comunitaria menzionata e l'accordo ad essa allegato sussistono divergenti orientamenti giurisprudenziali. Moltissimi giudici di merito hanno sostenuto l'illegittimità dell'apposizione del termine oltre trentasei mesi di contratti continuativi, rinvenendovi una violazione della normativa comunitaria e del principio di non discriminazione – dei cd. "precari della scuola" rispetto agli altri "precari"; dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato – condannando il Ministero e la pubblica amministrazione al risarcimento del danno⁵²; altri hanno ri-

stenuta la compatibilità della normativa con gli articoli 3 e 97 Cost.; Corte cass., sent. n. 4417 del 2012: «deve ritenersi conforme ai principi comunitari, oltre che alla Carta costituzionale, il divieto di conversione dei contratti a tempo determinato sottoscritti dalla pubblica amministrazione in modo illecito, in quanto riproposti senza soluzione di continuità, dovendosi infatti ritenere il risarcimento del danno previsto dall'ordinamento italiano rimedio sufficiente a prevenire e sanzionare eventuali abusi da parte degli enti pubblici». I giudici di merito sembrano essersi adeguati a questo orientamento.

⁵¹ Supplenze annuali su organico "di diritto", riguardanti posti disponibili e vacanti con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto); supplenze temporanee su organico "di fatto", relative a posti non vacanti ma comunque disponibili, con scadenza al termine delle attività didattiche (30 giugno) e supplenze temporanee, brevi, per le ipotesi residuali, destinate a durare fino alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte, senza previsione di tetti massimi di durata o di reiterazione dei relativi contratti.

⁵² V., fra le altre, Trib. Sassari, sent. 2 maggio 2008; Trib. Bologna, sez. lav., 7 dicembre 2010; Trib. Treviso, 16.11.2011; Trib. Alba, sez. lav., sent. n. 84 del 2012; Trib. Trani, sent. n. 2701 del 2012; Trib. Trapani, 15 e 22 febbraio 2013.

tenuto insussistenti tali violazioni, ritenendo l'apposizione del termine sostenuta dalle «ragioni obiettive» che lo stesso diritto comunitario ammette quali possibili giustificazioni alla deroga alla disciplina generale⁵³.

Mentre, dunque, alcune delle sentenze che accordavano il risarcimento del danno passavano in giudicato, altre proseguivano il loro percorso nei successivi gradi del giudizio, sino a giungere alla Corte di cassazione, sez. lav., che, con sent. n. 10127 del 20 giugno 2012, ha contrastato l'orientamento maggiormente diffuso fra i giudici comuni, ritenendo legittime e compatibili con la normativa comunitaria le reiteratezioni dei contratti a termine, senza ritenere necessario interpellare la Corte di giustizia.

Quanto al merito della questione, la Corte di cassazione sosteneva fosse un principio di “diritto vivente” quello per cui nel pubblico impiego sono praticabili il contratto a termine ed altre forme negoziali flessibili, ferma la previsione di uno specifico regime sanzionatorio da parte del d. lgs. n. 165 del 2001, consistente nel risarcimento del danno per violazione di norme imperative⁵⁴. Il Giudice della nomofilachia sosteneva la compatibilità della disciplina delle assunzioni nella scuola (in sintesi, del sistema delle graduatorie a progressiva ascesa mediante lo svolgimento di supplenze a termine) con il principio di ragionevolezza, con il principio del pubblico concorso e con la tutela dell'insegnamento, nonché con le esigenze di carattere economico che richiedono, a detta della Cassazione, flessibilità in entrata anche nel mondo del lavoro pubblico. Quanto alla compatibilità con la disciplina comunitaria, la Cassazione richiamava poi la giurisprudenza del Lussemburgo ove si ammette l'apposizione del termine in presenza di ragioni obiettive⁵⁵ e – ritenuto l'accordo, nello specifico la clausola 5, punto 1, lett. a), non autoapplicativo⁵⁶ – quella che richiede da parte del giudice l'interpretazione della normativa interna in senso conforme alle direttive comunitarie inattuato⁵⁷; ciò che

⁵³ Cfr. Trib. Roma, 18.09.2012; Corte app. Milano, sent. n. 708 del 2012, che però ammetteva l'illegittimità del mancato riconoscimento degli scatti di anzianità (per quest'ultimo punto v. anche, conf. Corte app. Torino, n. 205, 14 febbraio 2013).

⁵⁴ Cass., 20 marzo 2012, n. 4417; Id., 31 gennaio 2012, n. 392; Id., 15 giugno 2010, n. 14350; Id., 7 maggio 2008, n. 11161.

⁵⁵ CGE, *Affatato*, cit.

⁵⁶ CGE, *Adeneler*, cit., §§ 94 ss.; Id., 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, §§ 71, 78 e 79; Id., 23 aprile 2009, causa C-378/380/07, *Angelidaki*, § 196.

⁵⁷ Cfr., fra le altre, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*; Id., *Adeneler*, cit.; Id., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*.

legittimerebbe gli Stati a prevedere norme specifiche e dettagliate a tal uopo⁵⁸.

Quanto alla necessità di interpellare la Corte di giustizia, la Corte di cassazione riteneva invece di non aver bisogno di un sussidio interpretativo, rinvenendo nella giurisprudenza europea richiamata sufficienti ed esaustivi lumi⁵⁹.

Diversa l'opinione di altri giudici comuni e della Corte costituzionale, i quali hanno dato una differente interpretazione della giurispru-

⁵⁸ Sulla scorta di CGE, 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sordino*; Id., *Adeneler*, cit.; Id., *Angelidaki*; Id., 26 gennaio 2012, causa C-586/2010, *Küçük*.

⁵⁹ La Corte riconduce tale asserzione alla dottrina dell'*acte clair*. Teniamo invece a precisare che non tanto ad essa avrebbe dovuto far riferimento, quanto alla dottrina dell'*acte éclairé*. Troppo spesso, infatti, si confonde la dottrina dell'atto "chiarito" (che implica la possibilità di riferirsi a precedenti giurisprudenziali della Corte di giustizia) con la dottrina dell'atto "chiaro" (che, se posta in termini semplicistici, sembrerebbe rievocare quell'opinabile idea per cui *in claris* [non sarebbe necessaria] *interpretatio*). Il problema dell'atto chiaro si è posto infatti all'attenzione della Corte di giustizia in termini piuttosto complessi e con riferimento alla possibilità per il giudice nazionale di non sollevare una questione interpretativa comunitaria sollevatagli dalle parti qualora ritenga non vi sia ragionevole dubbio in merito alla sua soluzione (una sorta di vaglio di "non manifesta infondatezza", verrebbe da dire). A tal proposito la Corte europea ha ammesso (nella sentenza *Cilfit*, 6 ottobre 1982) tale possibilità, ma predisponendo una serie di cautele che ci pare dimostrino le ragioni di economia e di politica processuale ad essa sottese. Riporta bene i termini della soluzione P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro italiano*, 1986, V, 36, quando afferma che la Corte «ha riconosciuto che possono esistere situazioni in cui una questione di diritto comunitario posta ad un giudice nazionale non dia luogo ad un dubbio ragionevole e che, in una tale situazione, il giudice può assumersi esso stesso la responsabilità di darvi una soluzione senza servirsi del rinvio pregiudiziale» (corsivi nostri). Che ciò non si traduca in una affermazione della "chiarezza" assoluta del testo appare dimostrato dal fatto che, immediatamente dopo, la Corte richiede al giudice di essere cosciente della relatività del suo modo di guardare alla disposizione comunitaria; dell'angolo prospettico offertogli dal caso, dal problema e dal suo ordinamento nazionale; di porsi anche nell'ottica di altri ordinamenti giuridici, di altre lingue coinvolte; della differenza fra ordinamento comunitario ed ordinamento statale. Per utilizzare ancora le parole di P. PESCATORE, *loc. cit.*, il giudice, per avvalersi della dottrina dell'atto chiaro, deve dimostrare di essere cosciente della «responsabilità comunitaria» che si assume con tale decisione e «della relatività del suo modo di pensare. Esso non può quindi ritenere *a priori* che ciò che sembra chiaro alle sue proprie coordinate lo sia anche in base a quelle degli altri Stati membri e a quelle della Comunità».

Per la dottrina dell'*acte éclairé*, che a nostro parere sarebbe stata più propriamente richiamata dalla Corte di Cassazione, v. invece CGE, 27 marzo 1963, 28-30/62, *Da Costa en Schaake*; Id., 6 ottobre 1982, C-283/81, *Cilfit*, 13; Id., III sez., 11 settembre 2008, C-279/06, *CESPA Estaciones de Servicio*, 33-34, nonché, per Corti differenti da quella del Lussemburgo, cfr. Cedu, 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabek*; Cass., 26 marzo 2012, n. 4776.

denza europea richiamata e ritenuto non altrettanto “chiari” i relativi enunciati ai fini dell’esame della questione di rilievo nei casi di specie. E così, mentre alcuni giudici ritenevano di doversi rivolgere direttamente alla Corte di giustizia in via pregiudiziale interpretativa⁶⁰, altri ritenevano ancora di poter disapplicare la normativa interna perché in contrasto con la normativa comunitaria, per come precisata dalla Corte di giustizia⁶¹, altri ancora decidevano di sollevare questione di legittimità alla Corte costituzionale perché, ritenuta la normativa comunitaria rilevante non autoapplicativa, traducevano la questione di comunitarietà in una questione di costituzionalità, per violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost.

Così il Tribunale di Roma e quello di Lamezia Terme che, nelle ordinanze nn. 143-144 del 2 maggio 2012 e 248-249 del 30 maggio 2012, proponevano una ben differente lettura della giurisprudenza europea, ricorrendo ad esempio alla pronuncia *Adeneler* («senza equivoci») l’applicabilità della direttiva europea a tutti i lavoratori indistintamente (pubblici o privati), nonché un concetto molto restrittivo delle ragioni obiettive che possono giustificare deroghe alla reiterazione dei contratti a termine⁶². Su quest’ultimo aspetto, in particolare, si appunta l’attenzione dei giudici rimettenti, i quali ritengono incompatibili con le «ragioni obiettive», per come intese a Lussemburgo, le ragioni addotte a giustificazione della reiterazione strutturale dei contratti a termine nella pubblica istruzione: la vacanza di organico e la contestuale esigenza di garantire il servizio pubblico di insegnamento, le esigenze di contenimento del costo dell’istruzione e di risparmio pubblico non sono di per sé riconducibili ad una finalità di politica sociale (come sostenuto da parte minoritaria dei giudici di primo grado, dall’Avvocatura dello Stato e dalla Corte di cassazione). Tale ricostruzione, adottata a giustificazione della legislazione oggetto, aveva la pretesa di strutturarsi infatti in un’alternativa secamente binaria: date le esigenze di contenimento della spesa pubblica, o si garantisce la continuità del pubblico insegnamento, legittimando la protrazione *ad libitum* della contrattazione a termine nel rapporto di impiego degli insegnanti; o si garantiscono agli insegnanti diritti equivalenti

⁶⁰ Trib. Napoli, ord. 31 luglio 2012, causa C-361/2012, *Carratù c. Poste Italiane SpA*; Id., 17 gennaio 2013, causa C-22/2013, *Mascolo c. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*.

⁶¹ Trib. Trapani, n. 90 del 2013, scaricabile dal sito <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2013-02-27/maxirisarcimento-precario-scuola-191444.shtml?uuid=AbVZ7yYH>.

⁶² Il Tribunale di Roma richiamava le pronunce *Adeneler* e *Angelidaki*.

a quelli dei lavoratori privati e dei lavoratori in altre pubbliche amministrazioni, senza però garantire la completezza e l'omogeneità dell'offerta pubblica di insegnamento; *tertium non datur*.

Si può esserne certi? Non esiste possibilità alcuna di garantire contestualmente la pubblica istruzione ed il pari trattamento degli insegnanti pubblici?

La domanda non si limita ad essere questione politica (uno dei mille rivoli della più nevralgica delle questioni di politica economica e sociale odierne), ma è, in questo quadro, anche una relevantissima questione giuridica; più precisamente: è una questione attinente alla ragionevolezza del *bilanciamento* fra diritti ed interessi svolto dal legislatore. Bilanciamento che deve oggi essere valutato alla luce non solo dei parametri costituzionali di riferimento, ma *anche* alla luce della normativa comunitaria che *integra e rende operativi* alcuni di quei parametri costituzionali di riferimento⁶³.

Se infatti, come a chi scrive sembra evidente, *tertium datur*, allora con riferimento alla disciplina comunitaria si pone la specifica questione che l'"obiettività" delle ragioni poste a sostegno della legislazione speciale per la pubblica istruzione può essere messa in discussione. La compatibilità di quelle ragioni con la normativa europea dipende dunque da una questione interpretativa del "parametro comunitario", ossia dall'estensione che si voglia riconoscere al termine «obiettive». Quest'ultimo è precisamente il punto dove permangono orientamenti discordi e dove altrettanto discordi sono le interpretazioni delle decisioni europee adottate a sostegno dell'una o dell'altra interpretazione della clausola.

La giurisprudenza comunitaria che si occupa della delimitazione e/o della estensione di quest'ultima, infatti, è oramai abbastanza consistente⁶⁴ e, secondo la Corte di cassazione, è "chiara" in un senso; secondo al-

⁶³ *Ex art.* 117, primo comma, insieme all'art. 11 Cost., come ha precisato la Corte costituzionale già nella pronuncia n. 103 del 2008 e nel "*Premesso*" dell'ordinanza n. 207 del 2013.

⁶⁴ Cfr. CGE, sent. *Adeneler e a.*, cit., §§ 69 ss.: «la nozione di "ragioni obiettive" ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in questo particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. Per contro, una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo

cuni giudici comuni è “chiara” in altro senso; secondo altri ancora non è affatto chiara e richiede ulteriori precisazioni, nell’ottica della risoluzione del caso di specie. Fra questi ultimi si è collocata la Corte costituzionale.

Data la confusione e la consistente eterogeneità di orientamenti presenti fra i giudici comuni, correttamente ci pare allora che il Giudice costituzionale abbia scelto di riconoscere a sé la competenza ad occuparsi della questione, sostenendo trattarsi di questione di costituzionalità (dal momento che la normativa comunitaria interessata non è autoapplicativa). Ciò le ha consentito di presentare alla Corte di giustizia l’entità delle problematiche del bilanciamento dal punto di vista interno e la propria visione circa la compatibilità di questo con l’assetto costituzionale e con quello comunitario.

Si tratta, infatti, di una visione in parte differente da quella prospettata dai giudici rimettenti e che, proprio per questo, mostra con chiarezza l’utilità *per la Corte* di sollevare da sé il rinvio pregiudiziale: se avesse demandato il compito ai giudici rimettenti – come da costante giurisprudenza pregressa⁶⁵ – difficilmente il tono dell’ordinanza di rinvio sarebbe stato il medesimo.

Nell’ordinanza si svolgono una serie di *distinguo* che non erano emersi dalla giurisprudenza di merito e che portano la Corte a sostenere parte delle scelte legislative di bilanciamento, la loro compatibilità sia con l’assetto di interessi e diritti contemplati dalla Costituzione⁶⁶, sia con

determinato successivi non soddisferebbe i requisiti precisati nei due punti precedenti. Infatti, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l’esistenza di fattori oggettivi relativi alle caratteristiche dell’attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l’effettività dell’accordo quadro. Quindi, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di diritto e senza ulteriore precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell’accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall’instabilità dell’impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro. Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell’attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un’esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto»; conformi CGE, 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*; Id., ord. *Vassilakis e a.*, cit., punti 88 e 89); Id., *Angelidaki*, par. 96 s.

⁶⁵ E qui vale il richiamo alla ricordata vicenda della disciplina sul gioco e le scommesse.

⁶⁶ La Corte individua alcune «esigenze peculiari ed insopprimibili» del settore sco-

la clausola comunitaria delle «ragioni obiettive», ravvisate proprio in questo “ragionevole” bilanciamento legislativo⁶⁷. In particolare, il sistema delle graduatorie permanenti del personale a tempo determinato, affiancato a quello del pubblico concorso, è in grado secondo la Corte di garantire «sia che l’assunzione del personale scolastico a tempo determinato avvenga con criteri oggettivi – cioè senza abusi né disparità – sia di consentire a detto personale di avere una ragionevole probabilità, nel tempo, di diventare titolare di un posto di ruolo, con un contratto a tempo indeterminato». Il problema risiederebbe dunque non tanto nella disciplina normativa, quanto nella prassi⁶⁸; non tanto nella parte in cui la normativa ammette il conferimento di supplenze annuali, quanto nella parte in cui prevede che il conferimento delle supplenze annuali su posti effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre abbia luogo «in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente non di ruolo»; previsione che potrebbe configurare la possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi

lastico, di rilievo costituzionale, che comportano la «necessità» di procedere alla stipula di contratti a tempi determinato per le supplenze non solo “temporanee” ma anche “annuali”. Fra queste gli artt. 33 e 34 della Costituzione, che affermano il diritto fondamentale allo studio, «il quale impone allo Stato l’organizzazione del servizio in modo da poterlo adattare anche ai costanti cambiamenti numerici della popolazione scolastica». In particolare, «non si potrebbe stabilire che all’attribuzione di tutte le supplenze annuali (su posti vacanti e disponibili) si provveda con i contratti a tempo indeterminato, perché in questo modo la Pubblica Amministrazione si esporrebbe alla concreta possibilità di avere un numero di docenti superiori al necessario, ipotesi, quest’ultima, da evitare in linea generale e, in particolare, nel periodo attuale nel quale sussistono gravi necessità di contenimento della spesa pubblica, anche in base ad impegni derivanti da vincoli posti dall’Unione europea».

⁶⁷ Così uno stralcio dell’ordinanza: «in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro; e che, viceversa, l’esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola (sentenza 26 gennaio 2012, in causa C-586/10, *Kucuk*, punti 30-31)».

⁶⁸ La Corte è infatti “costretta” ad ammettere che, a partire dal 1999 – data di entrata in vigore della legge – i concorsi per l’assunzione a tempo indeterminato hanno subito un arresto e sembra voler “giustificare” il sistema italiano di fronte alla Corte di giustizia quando afferma che il ricorso a contratti a tempo determinato è in netta diminuzione e che le procedure concorsuali sono in fase di riavvio, a partire dal concorso del 2012, e tuttora in corso di svolgimento.

certi per lo svolgimento dei concorsi. È «questa condizione – unitamente al fatto che non vi sono disposizioni che riconoscano, per i lavoratori della scuola, il diritto al risarcimento del danno in favore di chi è stato assoggettato ad un'indebita ripetizione di contratti di lavoro a tempo determinato – [che] potrebbe porsi in conflitto con la citata clausola 5, punto 1, della direttiva n. 1999/70/CE».

A modesto avviso di chi scrive, d'altro canto, le ragioni obiettive elencate per sostenere l'uso della contrattazione a termine⁶⁹ sono, sì, fisiologiche ragioni di flessibilità del sistema scolastico, ma non sono queste le fattispecie delle quali si occupa la direttiva comunitaria, che non osta all'assegnazione di contratti a termine per esigenze temporanee, ma si premura di rimediare a quelle situazioni in cui una *ripetizione* (oltre i trentasei mesi) di contratti a termine maschera esigenze di copertura di posto di lavoro in realtà durature. Ipotesi che può verificarsi a prescindere dalla circostanza che la normativa preveda espressamente o meno la possibilità di rinnovo.

Poco conta però che la nostra opinione circa la costituzionalità/comunitarietà della normativa censurata si discosti parzialmente da quella sostenuta dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio; quel che conta, al fine delle presenti indagini, è che gli scenari che si aprono a partire da questa ordinanza sono di assoluto interesse, poiché per la prima volta la Corte costituzionale ha voluto presentare il *proprio* punto di vista e le problematiche di rilievo costituzionale che, *a suo modo di vedere*, si porrebbero qualora fosse sostenuta in sede europea una differente soluzione.

Se le riflessioni sin qui svolte portano dunque a dire che è maggiormente opportuna – e coerente con l'approccio integrativo sostenuto dalla Corte costituzionale – l'apertura al rinvio pregiudiziale interpretativo, occorre però svolgere qualche considerazione in ordine alla presenza di alcuni ostacoli processuali che, nella sede incidentale, possono impedire alla Corte costituzionale di rivolgersi al Giudice europeo anche una volta ammessa la sua legittimazione attiva o che, quantomeno, richie-

⁶⁹ Personale docente il larga parte femminile, che apre alla necessità di sostituzione in caso di congedi di maternità; costante e per certi versi imprevedibile mutamento locale della popolazione scolastica (fenomeni di immigrazione, flussi migratori interni da regione a regione, scelta di indirizzi scolastici da parte delle famiglie, trasferimenti di personale docente di ruolo, presenza di sedi disagiate e assegnazioni provvisorie, soprattutto nelle isole e zone di montagna); scelte governative (frequenti accorpamenti di istituti; diverse modalità di programmazione delle classi; unificazione di indirizzi scolastici congedi di maternità).

dono lo svolgimento di una serie di controlli e dimostrazioni preliminari. Si tratta di profili che, infatti, possono puntualmente riscontrarsi nell'ordinanza n. 207 del 2013.

6. *Alcune considerazioni di natura processuale. La necessità di valutare i limiti di compatibilità del sindacato costituzionale in via incidentale con il rinvio pregiudiziale*

Dall'ordinanza di rinvio emerge che, affinché la questione comunitaria sia correttamente posta dal giudice rimettente e consenta alla Corte di affrontarla – eventualmente rivolgendosi alla Corte di giustizia – è necessario che il diritto comunitario sia non autoapplicativo⁷⁰ e che il ravvisato contrasto non sia risolubile dal giudice in sede ermeneutica⁷¹. Ciò costruisce un “ordine” dei controlli che il giudice comune è chiamato a svolgere prima della sollevazione della questione di costituzionalità perché l'ordinanza di rimessione sia adeguatamente motivata; ordine direttamente discendente dalle peculiarità processuali del giudizio di legittimità costituzionale nel nostro ordinamento.

Alla luce del nuovo scenario di possibilità di dialogo con la Corte di giustizia merita dunque di svolgere alcune considerazioni sui limiti processuali di questo strumento; limiti dei quali la Corte costituzionale si mostra assolutamente consapevole.

⁷⁰ La motivazione dell'ordinanza si diffonde sul punto, utilizzando a sostegno di tale asserzione la giurisprudenza europea che ha sostenuto la discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione e nell'applicazione della clausola delle «ragioni obiettive» e, di conseguenza, il carattere non autoapplicativo della clausola.

⁷¹ Così i giudici rimettenti, che pur riconoscendo il proprio onere di tentare il perseguimento di un'interpretazione orientata della normativa interna alla normativa comunitaria (sulla scorta delle pronunce *Von Colson e Kamann*; *Marleasing*; *Faccini Dori*, *BMW e Pfeiffer*) affermano che «l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (sulla scorta di CGE, 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; Id., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino, Adeneler, Impact*). Nella specie, peraltro, il tribunale di Roma sosteneva l'impossibilità di rimediare al contrasto in via ermeneutica «stante il carattere chiuso e in sé esauritivo della normativa di settore da cui origina, e l'inequivoca volontà legislativa – da ultimo ribadita con l'art. 9 d.l. 70/11, conv. in L. 106/11 – di mettere siffatta normativa al riparo da ogni contaminazione con regole e principi di genesi o derivazione europea.

6.1. Il requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale ed il rinvio pregiudiziale interpretativo

Un primo limite del modello di controllo incidentale di costituzionalità italiano discende, com'è stato a più riprese sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, dal requisito della rilevanza; più precisamente, dalla maniera in cui quest'ultimo è stato inteso dalla Corte nel corso degli anni. È noto, infatti, che la Corte costituzionale ha fatto proprio un concetto "forte" di rilevanza, al fine di promuovere la funzione di filtro delle questioni affidata ai giudici comuni⁷². Esplicazione di questo indirizzo è, tra le altre, quella per cui la questione di legittimità avente ad oggetto una disposizione in capo alla quale penda un dubbio di conformità al diritto comunitario risulta viziata da insufficiente motivazione sulla rilevanza poiché il giudice *a quo* non potrebbe applicare la norma oggetto ove il

⁷² A tal proposito, nel dubbio se il controllo sulla rilevanza attenesse alla verifica della mera applicabilità della disposizione oggetto della questione al processo *a quo*, ovvero di una effettiva influenza e necessarietà della stessa ai fini della definizione del procedimento principale, è stata scelta la seconda opzione. Per una disamina di queste problematiche, cfr. in dottrina, fra i molti, A. PIZZORUSSO, *Ancora sulla valutazione della rilevanza e sui controlli ad essa relativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, 1478 ss.; D. NOCILLA, *Riflessioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di controllo della rilevanza*, *ivi*, 1970, 631 ss.; F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano 1972; V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Diritto e società*, 1973, 79 ss.; F. SPATOLISANO, *Il requisito della rilevanza e l'autonomia del giudizio costituzionale: alcune riflessioni sulla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (1977-1982)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1469 ss.; P. CARNEVALE, «Irrilevanza di fatto e sopravvenuta» e valutazione giudiziale della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, 2387 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova 1984; L. CARLASSARE, *L'influenza della Corte costituzionale, come giudice delle leggi, sull'ordinamento italiano*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2000, 85; A. DI BLASI, *La «rilevanza» come applicabilità della legge o come influenza sulle sorti del giudizio principale: la riproposizione di una questione inammissibile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 871 ss.; L. AZZENA, *La rilevanza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 601 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 189 ss., spec. 192. In giurisprudenza si veda la sentenza n. 344 del 1990: «la rilevanza di una determinata questione va valutata, non già in relazione agli ipotetici vantaggi di cui potrebbero beneficiare le parti in causa, ma, piuttosto, in relazione alla semplice applicabilità nel giudizio *a quo* della legge di cui si contesta la legittimità costituzionale e, quindi, alla influenza che sotto tale profilo il giudizio di costituzionalità può esercitare su quello dal quale proviene la questione». L'indirizzo è poi stato confermato (*ex plurimis*) con le pronunce nn. 415 del 1991; 117 del 1996 e 184 del 2006 della Corte costituzionale.

dubbio si trasformasse in certezza, a seguito dell'esperimento del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. La necessità di disapplicazione si traduce, insomma, in una ininfluenza della soluzione della questione di costituzionalità per la definizione del processo *a quo*⁷³. Sono e rimarranno dunque – senza dubbio – erroneamente motivate in punto di rilevanza le questioni sollevate dal giudice comune nelle quali si ammette espressamente l'eventualità che sussista un contrasto con norma comunitaria autoapplicativa o le questioni ove il contrasto con il diritto comunitario autoapplicativo sia prospettato come un'incostituzionalità (per violazione degli articoli 11 e 117, primo comma).

Esistono però diverse ipotesi in cui la proposizione della questione di legittimità costituzionale su una disposizione di dubbia conformità al diritto comunitario non è “necessariamente” irrilevante. Ciò accade, innanzitutto, quando la questione di costituzionalità si intreccia con una questione di comunitarietà nella quale la disposizione comunitaria interessata non sia autoapplicativa. Ed è, infatti, il caso verificatosi nell'ordinanza n. 207 del 2013. In secondo luogo, pur quando venga in questione diritto comunitario direttamente applicabile, permane un'area – quella dei controlimiti – la verifica del cui rispetto spetta esclusivamente alla Corte costituzionale. In questa ipotesi l'ammissione che la Corte costituzionale stessa possa sollevare la questione comunitaria, secondo il proprio convincimento, potrebbe consentire non solo di chiarire alla Corte di giustizia i termini del suo dubbio, ma anche di presentare al Giudice europeo l'eventuale problematica dell'interpretazione della normativa comunitaria o dell'interpretazione della norma interna “obbligata” dalla sua conformità ad un'area intangibile della Costituzione, mettendo il Giudice europeo in contatto con le sensibilità costituzionali statali⁷⁴.

Fra questi due estremi esistono poi molteplici fattispecie possibili, ove un'adeguata motivazione sulla rilevanza è differentemente prospettabile.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un giudice sollevi questione di legittimità costituzionale dopo aver escluso che sussista un contrasto con il diritto comunitario. In questi casi, può ben accadere che la Corte costituzionale, nell'esercizio delle proprie discrezionali valutazioni, sia di

⁷³ Ciò costituisce la naturale conseguenza della cd. “dottrina *Simmenthal*” (CGE, 9 marzo 1978, causa C- 106/77) pienamente riconosciuta dalla nostra Corte costituzionale a partire dalla sentenza *Granital* (Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170).

⁷⁴ Cfr., per una ricostruzione delle varie ipotesi possibili in tale ambito, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 245 s.

diverso avviso. Può accadere, ad esempio, che nell'esercizio dell'attività interpretativa riferita all'una o all'altra disposizione o alle combinazioni dei risultati interpretativi, il giudice comune pervenga ad un risultato e la Corte costituzionale ad un altro; può accadere che nell'individuazione delle norme applicabili al caso di specie, il giudice e la Corte costituzionale pervengano a valutazioni differenti o che il giudice comune non ritenga necessario interrogare la Corte di giustizia in merito al significato della disposizione comunitaria, ritenendo chiara o sufficientemente esplicativa la giurisprudenza comunitaria precedentemente intervenuta a chiarirne il senso⁷⁵.

In queste evenienze, ove la Corte costituzionale sia di diverso avviso, necessiterebbe di un chiarimento da parte della Corte di giustizia. E sarebbe precisamente la Corte – non il giudice comune – a poter proficuamente far uso della questione pregiudiziale comunitaria, poiché la risoluzione del dubbio interpretativo servirebbe a dipanare il filo del *suo* ragionamento: il giudice rimettente, infatti, avendo già ritenuto insussistente la questione comunitaria, se non avesse avuto anche dubbi di costituzionalità *avrebbe applicato* la norma interna al caso oggetto del suo giudizio; considerazione che ci pare dimostrare, se non la rilevanza della questione di legittimità, quantomeno l'adeguata motivazione in punto di rilevanza dell'ordinanza di rimessione⁷⁶.

⁷⁵ Avvalendosi dunque delle dottrine dell'*acte clair* e dell'*acte éclairé*.

⁷⁶ Per quanto attiene al "merito" della delibazione sulla rilevanza, può non essere superfluo ricordare che l'"onere della prova" da parte del giudice *a quo*, seppur connesso ad un intendimento della rilevanza nel suo senso più pregnante, deve ritenersi limitato – secondo elaborazione giurisprudenziale e dottrinale oramai consolidata – alla dimostrazione di una «ragionevole probabilità» che la norma della cui costituzionalità si dubita sia indispensabile per la risoluzione del giudizio *a quo*. Allora, correlativamente, l'"onere della verifica" in capo alla Corte costituzionale non può andare oltre l'accertamento della «non implausibilità» della motivazione resa in ordine a tale ragionevole probabilità (così, a partire già dalle sentenze nn. 48 e 108 del 1957, su cui v. V. CRISAFULLI, *Sulla sindacabilità da parte della Corte costituzionale della «rilevanza» della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 608 ss.). Il punto è importante poiché definisce il campo dei dati e delle argomentazioni richieste e, soprattutto, il campo di competenza dell'uno e dell'altro giudice in merito a tale controllo: ove la Corte costituzionale andasse oltre la verifica dell'"esistenza", della "non manifesta arbitrarietà" o della "non manifesta implausibilità" della motivazione del giudice *a quo*, essa invaderebbe la sfera di competenza a questi riservata «perché valutare *funditus* la rilevanza significa stabilire quale norma è effettivamente applicabile al caso e ciò implica giudizi sulla ricostruzione del fatto (...) che sono riservati, appunto, al giudice della fattispecie controversa» (in questi termini A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 144). Sul rapporto fra giudizio principale e giudizio di costituzionalità v., fra le altre, Corte cost., sent. n. 227 del 1998.

Sinora, invece, in maniera molto simile a quanto accade in caso di “sanzione” dell’attività interpretativa giudiziale contenuta nelle ordinanze interpretative di inammissibilità, la Corte costituzionale ha “sostituito” le proprie valutazioni a quelle del giudice comune, domandandogli di risolvere il dubbio interpretativo che ritiene “pregiudiziale” alla sollevazione della questione di legittimità. A differenza, però, dal caso delle decisioni interpretative, la Corte non sollecita per tale via una diretta applicazione della Costituzione mediante interpretazione conforme a Costituzione (cosa che appartiene all’area del compito che l’ordinamento le affida), ma una disapplicazione della normativa interna in favore di quella comunitaria. L’interrogativo circa il vincolo che sono in grado di produrre ordinanze di tal fatta sul giudice *a quo* (e, ancor più, sugli altri giudici dell’ordinamento) o circa l’autorevolezza che esse possano tentare di avere nel confronto giurisprudenziale è in questi casi, a nostro parere, ineludibile per valutare “a tutto tondo” la scelta circa i meccanismi del dialogo interpretativo che meglio possano garantire la valutazione delle esigenze costituzionali nel percorso integrativo. Se, infatti, le sentenze e le ordinanze interpretative riescono ad affermare il loro ruolo nel “sistema” per via della particolare autorevolezza in punto di interpretazione costituzionale e conforme a Costituzione assegnata alla Corte⁷⁷, altrettanta efficacia non si replica inalterata con riguardo a decisioni in cui la Corte ed il giudice siano in disaccordo sull’interpretazione del diritto comunitario e del suo rapporto con la normativa interna.

Ove vi sia una divergenza in ordine al significato della disposizione interna, all’esistenza del contrasto con la disposizione comunitaria, alla necessità di un chiarimento interpretativo della disposizione comunitaria, la Corte costituzionale non sembra possedere insomma armi adeguate per costringere il giudice rimettente a sollevare una questione pregiudiziale comunitaria relativamente ad un dubbio che egli non ha⁷⁸. È

⁷⁷ Sarebbe impossibile ripercorrere qui la dottrina che si è occupata del tema e la varietà di posizioni sul punto. Ci sia consentito pertanto fare riferimento, anche per ulteriori approfondimenti dottrinali e per le dovute dimostrazioni empiriche, a E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3096 ss.; Id., *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo. (Un’indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 685 ss.; Id., *Relazione illustrativa a Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, dicembre 2007.

⁷⁸ Il concetto è ben chiarito da L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3551 ss., spec. 3563.

ragionevole supporre, anzi, che un giudice convinto della compatibilità della normativa interna con quella comunitaria autoapplicativa possa essere in tale maniera indotto a trascurare il problema di compatibilità con la Costituzione (che invece ritiene esistente) ove la Corte decida di non decidere la questione di costituzionalità interna. Insomma, esito finale del “rinvio” al giudice *a quo*, perché sollevi la questione pregiudiziale, potrebbe essere quello di lasciare piuttosto il giudice “solo” nella scelta se applicare una norma della cui costituzionalità (e non della cui “comunitarietà”) dubita, aprendo alla possibilità che scelga di agire sulla disposizione tentando un’interpretazione adeguatrice che risolva il suo dubbio (di costituzionalità) o che vada alla ricerca di altra norma con la quale risolvere il caso, “disapplicando” quella di dubbia costituzionalità (in uno sconfinamento della disapplicazione legislativa, operata non più in ragione di una difformità dal diritto comunitario autoapplicativo, ma dalla Costituzione), o che decida di risollevare la questione senza aver interrogato la Corte di giustizia, poiché continua a ritenerlo non necessario.

Tutto ciò, in nome di una irrilevanza che non appare poi così “necessaria” e di una diretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario che potrebbe in tal caso essere molto meglio assicurata dalla Corte costituzionale (dal momento che non è affatto scontato l’esito finale disapplicativo, ove il giudice rimettente non ritiene il diritto comunitario rilevante per la soluzione del suo caso o non rinviene un contrasto con le norme interne da applicare al caso concreto).

Occorre inoltre considerare un ulteriore elemento cui a nostro parere occorre riconoscere una primaria importanza: la scelta del meccanismo della disapplicazione (*rectius*, non-applicazione) ammette la sopravvivenza della norma interna nell’ordinamento, seppure la sua applicabilità rimanga “sospesa” finché non intervenga un mutamento nell’ordinamento interno che, al fine di recuperare la certezza del diritto, comporti l’abrogazione della disposizione difforme od un mutamento nell’ordinamento comunitario tale da eliminare l’antinomia precedentemente riscontrata. La dottrina ha evidenziato come tale ricostruzione e soluzione dell’antinomia sia compatibile con la constatazione che in questo caso non vi è un vero e proprio “vizio” in capo alla norma non conforme al diritto comunitario (prospettiva che invece avrebbe imposto e coerentemente giustificato la scelta per una soluzione di annullamento⁷⁹). E pe-

⁷⁹ In questo senso, cfr. la pronuncia n. 389 del 1989 della Corte costituzionale, in cui è stato espressamente statuito che «l’eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno (...) non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga,

raltro tale meccanismo di risoluzione dell'antinomia tutela efficacemente gli interessi (di "efficienza comunitaria") che l'hanno determinata, relativi al rispetto dell'obbligo di immediata applicazione del diritto comunitario nell'ordinamento statale e del principio di leale collaborazione.

Dall'altra parte, però, la circostanza che all'accertamento di una incompatibilità con la disposizione comunitaria autoapplicativa non consegua alcun intervento di tipo caducatorio sulla disposizione interna è un effetto che merita di non essere sottovalutato. I regolamenti comunitari, le direttive comunitarie *self executing*, infatti, pur se trattati come fonti di rango paracostituzionale in virtù del recepimento *ex art. 11 Cost.* e dell'integrazione del parametro di cui all'art. 117, primo comma, non possiedono caratteri analoghi alle fonti costituzionali; in particolare, non possiedono la stessa vocazione a fungere da pilastro fondativo dell'ordinamento, a contenere principi guida cui l'ordinamento deve uniformarsi esprimendone la connotazione e caratterizzazione; non possiedono una vocazione a durare nel tempo. Viceversa, per certi versi paradossalmente, queste caratteristiche sembrano essere maggiormente riscontrabili in disposizioni comunitarie non autoapplicative (quelle dei trattati o, talvolta, i *considerando* delle direttive).

Le disposizioni del diritto comunitario autoapplicativo si comportano invece in maniera in tutto analoga alle fonti di rango primario o secondario degli ordinamenti statali: sono atti contenenti disposizioni di più o meno agevole modificabilità ed adattabilità alle esigenze che richiedono di essere nel corso del tempo disciplinate, secondo l'avvicinarsi delle valutazioni politico-sociali. È, allora, dirimente la scelta tra un'im-

né a forme di caducazione o annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi». Chiarificatore è anche l'intervento in proposito contenuto nella sentenza n. 168 del 1991: l'effetto della diretta applicazione «non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, per cui tale effetto può essere qualificato in termini di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca *vizi della norma in realtà non sussistenti* in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti)» (corsivo aggiunto). In dottrina, v. A. CELOTTO, *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria (prime considerazioni sul controllo di costituzionalità in Italia come sistema "misto")*, in ID., *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli 2009, 97 ss. Sul problema della coerenza tra impostazione dichiaratamente dualista e disapplicazione, v. M. BELLOCCI, *Gli «effetti diretti» degli atti comunitari nell'ordinamento interno: profili teorici ed applicativi*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 1990, 1017 ss.

postazione che comporti l'annullamento della disposizione interna ed una che invece comporti la mera inapplicabilità della norma "sino a nuova disposizione", interna o comunitaria, poiché l'eventualità di una riespansione dell'efficacia della norma interna in tutta la sua portata, per via del mutamento *medio tempore* intervenuto del regolamento o della direttiva comunitaria con cui la norma interna risultava contrastare, non è remota.

Allora, le ragioni di speditezza che hanno spinto la nostra Corte verso la scelta del meccanismo della disapplicazione meritano di essere bilanciate, nei casi in cui vi sia anche un dubbio di legittimità costituzionale "puro", con l'esigenza dell'ordinamento interno di garantire che una disposizione potenzialmente incostituzionale non permanga al suo interno, potendo un giorno tornare ad essere applicabile⁸⁰.

Come tenere, però, conto di questa esigenza, se la questione di legittimità costituzionale risulta irrilevante, ove la norma è disapplicabile per contrasto con il diritto comunitario?

A nostro parere esistono due vie: una parlamentare, l'altra più specificamente afferente alla questione della compatibilità del nostro modello di controllo di costituzionalità incidentale con la proposizione del rinvio interpretativo alla Corte di giustizia. La prima via, che è poi quella più volte sollecitata dalla Corte costituzionale stessa, richiederebbe che il Parlamento assumesse con maggiore consapevolezza e responsabilità il compito di intervenire sulla normativa interna disapplicata, per ripristinare la certezza del diritto, e che lo facesse con speciale attenzione nei casi di doppia pregiudizialità, tenendo in considerazione che la norma la cui efficacia è "sospesa" si presta altresì a dubbi di costituzionalità⁸¹. La seconda via, invece, segue il nuovo percorso avviato dalla Corte costituzionale, che ammette una modulazione del proprio modo di rapportarsi alle questioni doppiamente pregiudiziali in ragione dei differenti casi che si possono prospettare.

⁸⁰ D'altra parte, l'"argomento dell'efficienza" posto a sostegno della sentenza *Simenthal* non possiede i caratteri dell'assolutezza neppure nella giurisprudenza europea, ove si sono talvolta privilegiate le ragioni della certezza del diritto. Cfr. le sentt. *Foto-Frost*, C-314/85; *Gaston Schul Douane-expediteur B.V. v. Minister van Landbouw*, 2005, C-461/03; *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe*, C-143/88; *Zuckerfabrik Soest GmbH v. Hauptzollamt Paderborn*, 1991, C-92/89.

⁸¹ Rimodulando dunque in chiave anche interna un onere che sinora è stato ricavato principalmente dagli obblighi assunti nei confronti dell'Unione: in particolare, quello di "depurare" l'ordinamento da norme incompatibili con quelle comunitarie (così come di prevenirne la promulgazione) in ossequio al principio di leale collaborazione (costituzionalizzato in virtù dell'art. 11 Cost.).

A sostegno di questo orientamento giungono, di recente, anche alcune decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, interrogata circa la compatibilità con l'art. 267 TFUE di una normativa interna che imponga, in caso di doppia pregiudizialità, di rivolgersi in via preliminare al Giudice costituzionale interno, ha affermato: «la Corte ha dichiarato che l'art. 234 CE [ora 267 TFUE] osta ad una normativa di uno Stato membro che instauri un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all'organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi quanto, eventualmente, dopo la decisione di tale organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte»⁸².

Ad un confronto fra la giurisprudenza delle due Corti coinvolte risulta dunque un'inspiegabile maggiore rigidità della Corte costituzionale nella configurazione dei vincoli processuali necessari per garantire l'adempimento degli obblighi comunitari rispetto a quelli promossi dalla stessa Corte di giustizia UE. È qui che, dunque, possono rinvenirsi ulteriori margini per una rimodulazione della giurisprudenza interna riferita alla soluzione delle questioni doppiamente pregiudiziali.

6.2. Il requisito del sufficiente sforzo interpretativo e la questione pregiudiziale comunitaria

Una seconda questione di compatibilità del rinvio pregiudiziale interpretativo con il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale potrebbe porsi, poi, in relazione al cosiddetto “terzo requisito” di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale: quello relativo al “sufficiente sforzo interpretativo” nell'esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.

⁸² CGE, sent. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10; ord. 1° marzo 2011, *Chartry*, cit., sulle quali v. A. ROVAGNATI, *Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa, vicenda giudiziaria francese*, in *www.rivistaaic*; V. SCIARABBA, *La “manutenzione” della giustizia costituzionale in Italia e in Europa: spunti dalla Francia e dal Lussemburgo (caso Melki)*, in C. DECARO, N. LUPO, G. RIVISECCHI, *La «manutenzione» della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino 2012, 117 ss.

Non occorre ripercorrere l'oramai notissima giurisprudenza della Corte costituzionale nella quale è emerso l'indirizzo per cui l'esperimento di tale tentativo costituisce un *prius* logico ed un limite procedurale nella valutazione dell'ammissibilità della questione di legittimità⁸³. Secondo questo indirizzo, se il giudice *a quo* non ha vagliato la possibilità di interpretare la disposizione in modo da individuarne un significato conforme al dettato costituzionale, non ha adeguatamente adempiuto al suo dovere di interprete – mancando di applicare un criterio ermeneutico di fondamentale importanza sistematica – ed ha delegato alla Corte una funzione che egli stesso avrebbe dovuto svolgere.

Ebbene, il connubio di questo requisito con l'impostazione assunta dalla Corte costituzionale in punto di recepimento del diritto comunitario, insieme alle reiterate decisioni della Corte di giustizia che impongono al giudice nazionale di interpretare in maniera conforme al diritto comunitario le norme interne, pone in essere ulteriori impedimenti processuali a che il giudice costituzionale possa sollevare una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Vediamo perché.

L'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario è sorto nella giurisprudenza europea con riferimento al diritto comunitario non autoapplicativo, ma si è evoluto nel corso del tempo sino a riferirsi a tutto il diritto dell'Unione. Le prime affermazioni della necessità per il giudice nazionale di procedere all'interpretazione del diritto interno privilegiando il criterio della conformità a direttive comunitarie inattuatae si sono avute con le sentenze *Von Colson e Kamann*⁸⁴, in occasione delle

⁸³ Tale orientamento è stato inaugurato dalla sentenza 27 luglio 1989, n. 459 ed è rimasto isolato sino al 1994, quando è stato ripreso senza essere più abbandonato. Per citare solo i primi casi, si vedano le pronunce della Corte cost., 31 marzo 1994, n. 121; 21 aprile 1994, n. 149; 23 giugno 1994, n. 255; 28 novembre 1994, n. 410; 23 dicembre 1994, n. 443; 23 dicembre 1994, n. 451; 11 dicembre 1995, n. 499. Storica è la sentenza n. 356 del 1996, nella quale è stata coniata la formula che spesso accompagna questo tipo di decisioni costituzionali, per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

⁸⁴ Sentenza 10 aprile 1984: «a norma dell'art. 189, 3° comma, la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Benché questa disposizione lasci agli Stati membri la libertà di scegliere il modo ed i mezzi destinati a garantire l'attuazione della direttiva, questa libertà nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati destinatari, di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della direttiva, conformemente allo scopo che essa persegue». Per qualche cenno, però, si vedano già le sentt. *Haaga* 12

quali la Corte di giustizia è intervenuta a tentare di attenuare le conseguenze problematiche, evidenziate dalla dottrina, derivanti dalla distinzione tra effetti verticali ed effetti orizzontali delle direttive comunitarie. Con la sentenza *Marleasing* del 13 novembre 1990, poi, l'obbligo viene meglio definito assumendo, peraltro, che l'onere di interpretazione conforme valga tanto con riferimento alle disposizioni interne anteriori che a quelle posteriori alla direttiva, riconoscendo così in capo alla direttiva comunitaria inattuata una vera e propria natura di parametro ermeneutico del diritto interno⁸⁵. Si tratta di una speciale relazione ermeneutica, che la Corte di giustizia ha affermato stringersi nel caso in cui uno stato membro abbia ritenuto che le disposizioni preesistenti del suo diritto nazionale soddisfacessero le prescrizioni della direttiva senza necessità di ulteriori interventi normativi di adattamento⁸⁶, ma che incontra il limite dell'impossibilità per il giudice di opporre al singolo un obbligo previsto da una direttiva non trasposta o di determinare o di aggravare, sulla base della direttiva e in assenza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni⁸⁷. Con la sentenza *Pupino* del 16 giugno 2005, infine, si è esteso l'obbligo di interpretazione conforme anche al diritto comunitario derivante da decisioni quadro in materia penale e, dunque, in materie allora regolate non dal metodo "comunitario", bensì dal metodo "intergovernativo"⁸⁸.

novembre 1974, in causa C-32/74; 26 febbraio 1975, *Bonsignore*, in causa C-67/74; 20 maggio 1976, *Mazzalai*, in causa C-111/75; *Sagulo*, 14 luglio 1977, C-8/77, in cui la Corte ha rilevato che «qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, *al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura ed allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione*» (corsivo aggiunto); 15 luglio 1982, *Rickmers*, in causa C-270/81.

⁸⁵ Cfr. CGE, sent. 13 novembre 1990, *Marleasing*, in causa C-106/89: «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato» (corsivo aggiunto). Conformi, le sentt. *Faccini Dori*, 26 settembre 1996, in causa C-168/95; *Arcaro*, 11 luglio 2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer.*; *Hermès*; *Parfums Christian Dior*. Per una recente conferma dell'obbligo di interpretazione conforme a diritto comunitario del diritto interno al fine di "prevenire" il contrasto fra i due livelli normativi, v. CGE, IV sez., 24 maggio 2012, *Amia Spa*, in causa C-97/11.

⁸⁶ Cfr. CGE, sent. 16 dicembre 1993, *Wagner Miret*, in causa C-334/92.

⁸⁷ Cfr. sentenza *Arcaro*, cit., punto 42.

⁸⁸ Tale orientamento è stato poi confermato con riferimento alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (cfr. CGE, 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de We-*

La dottrina, analizzando questa giurisprudenza, ha parlato di introduzione di un obbligo di risultato, coincidente con la tutela della situazione giuridica soggettiva comunitaria, gravante sul giudice nazionale⁸⁹.

Dinnanzi a questa giurisprudenza europea, è divenuto allora sempre più importante domandarsi cosa accada nell'eventualità che i due obblighi incombenti in capo al giudice comune (di interpretazione conforme a Costituzione e di interpretazione conforme a diritto comunitario) coesistano od entrino in collisione. Il rango para-costituzionale riconosciuto alle fonti comunitarie ed il vincolo posto al legislatore nazionale di rispettare il diritto comunitario paiono, infatti, deporre nel senso che il giudice comune sia tenuto a dimostrare di avere esperito il tentativo – anche – di interpretazione conforme al diritto comunitario, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale: solo nel caso in cui non abbia ravvisato neanche una interpretazione “comunitariamente conforme” egli potrà adire la Corte costituzionale perché verifichi la sussistenza dell'incostituzionalità⁹⁰. Occorre allora comprendere se l'esperimento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia costituisca un elemento di quello «sforzo interpretativo sufficiente» che è richiesto al giudice comune di compiere.

Tale problematica si può presentare, in termini differenti, nel caso in cui sia coinvolto il diritto comunitario direttamente applicabile ed in

reld) oltre che esplicitamente riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 227 del 2010.

⁸⁹ Così S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 196 ss., ma v. anche le ivi ricordate conclusioni dell'Avvocato generale P. LÉGER, presentate l'8 aprile 2003 nella causa C-224/01, *Gerhard Kobler c. Repubblica d'Austria*, ove si affermava che la Corte di giustizia ha attribuito al giudice nazionale un compito «efficace ed operativo, che lo avvicina a un giudice dei provvedimenti urgenti». In dottrina, v. G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANNUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano 2003, 134; M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, 431 ss.; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 431 ss.; V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano 2013, 284 ss.

⁹⁰ Nella sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale si legge che «fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato».

quello in cui sia coinvolto il diritto comunitario non autoapplicativo: nel primo caso, la verifica della rilevanza potrebbe infatti dipendere da un problema interpretativo e l'eventualità di un contrasto fra norma interna e comunitaria potrebbe essere "prevenuta" mediante una composizione interpretativa⁹¹; nel secondo caso, invece, la questione doppiamente pregiudiziale potrebbe dipendere dalla eventuale priorità accordata all'una o all'altra "interpretazione conforme a".

Prima di venire a spiegare meglio quest'ultimo profilo, vorremmo sottolineare però che in questa seconda eventualità, non sussistendo un obbligo di dare diretta applicazione al diritto comunitario, la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale interpretativa in sede incidentale da parte della Corte costituzionale non incontra più gli ostacoli di "necessaria irrilevanza" che abbiamo dovuto affrontare nel precedente paragrafo, ma dipende interamente dalla questione interpretativa.

Ciò detto, occorre verificare se ed in quali ipotesi può verificarsi l'eventualità che la Corte costituzionale sia posta nella condizione di adire la Corte di giustizia nella sede incidentale, per verificare la compatibilità delle norme interne con diritto comunitario non *self executing*.

Un primo caso può verificarsi quando il giudice rimettente ravvisi un possibile contrasto fra norma interna e direttiva comunitaria, principi comunitari o norme dei trattati istitutivi non autoapplicative, prospettando alla Corte costituzionale la questione comunitaria come una questione di costituzionalità, ossia in qualità di possibile violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost., utilizzando il diritto comunitario non direttamente applicabile come norma interposta nel sindacato di legittimità⁹². In questo caso il problema interpretativo "comunitario" viene integralmente ricondotto ad un problema interpretativo "costituzionale" e l'insufficiente sforzo interpretativo potrebbe essere sanzionato con l'oramai usuale strumento dell'ordinanza interpretativa di inammissibilità. Così posta la questione, allora, non pare differire di molto da quelle analoghe affrontate dalla dottrina statale in ordine al rapporto tra giudice costituzionale e giudice comune nello svolgimento dell'interpretazione con-

⁹¹ Sono diverse, oramai, le sentenze della Corte di giustizia in cui si dichiara la preferibilità dell'interpretazione conforme alla disapplicazione: CGE, 7 gennaio 2004, X, causa C-60/02; Id., 19 gennaio 2010, *Kucukdeveci*, causa C-555/07; Id., 24 gennaio 2012, *Dominguez*, causa C-282/10, la quale insiste molto nell'affermare che rientra fra gli obblighi del giudice nazionale, quando agisce come giudice dell'Unione europea, quello di interpretazione conforme della legge interna e che tale obbligo ha la precedenza rispetto a quello alla disapplicazione.

⁹² È il caso dell'ord. n. 207 del 2013 della Corte costituzionale.

forme a Costituzione; rapporto in cui la Corte costituzionale è dotata di un potere decisionale “ultimale” che, però, non deve travalicare il confine del libero convincimento del giudice *a quo*. La differenza fra l'utilizzo di queste pronunce al fine di dirimere una questione interpretativa costituzionale ed una comunitaria risiede però nella circostanza che, in quest'ultimo caso, la Corte costituzionale *non decide* sull'interpretazione “orientata” che avrebbe dovuto essere prescelta dal giudice *a quo*, ma si limita a segnalare la necessità di un ulteriore passaggio, presso la Corte di giustizia, per indagare il significato della normativa comunitaria.

Se così è, si sente di poter ribadire quanto affermato al paragrafo precedente circa la necessità di contemplare risposte differentemente modulate a seconda dei casi: fermo il ruolo fondamentale affidato al giudice nazionale nel tentativo di composizione ermeneutica dell'eventuale dissidio fra norma interna e norma comunitaria e ferma la possibilità per la Corte di sanzionare la mancanza di motivazione in merito, possono però verificarsi diverse ipotesi in cui rimane un margine per la Corte costituzionale per sollevare la pregiudiziale interpretativa europea. Innanzitutto il caso in cui giudice rimettente e Corte siano s'accordo circa l'impossibilità di “prevenire” il contrasto in sede ermeneutica; in secondo luogo l'ipotesi di un differente convincimento dei due giudici in ordine alla possibilità di fornire un'interpretazione adeguatrice della disposizione interna, in ordine all'oscurità del significato di quella comunitaria ovvero in ordine alla necessità di rivolgersi alla Corte di giustizia europea o, ancora, in ordine alla sussistenza stessa del contrasto. In queste evenienze ci sembra che nulla osti, e che anzi sia auspicabile, che sia la stessa Corte costituzionale a rivolgersi direttamente a quella europea, per porre il *suo* dubbio pregiudiziale. Tanto più che in questi casi non vi sarebbero problemi di “efficienza” o di “leale collaborazione”, non potendo il giudice *a quo* disapplicare la norma interna⁹³.

⁹³ La Corte costituzionale ha in una recente occasione ribadito la propria competenza a pronunciarsi in ordine al contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non autoapplicativo, in termini che parevano prefigurare questa soluzione possibilità. Ci si riferisce alla sentenza n. 28 del 2010 nella quale la Corte, dopo aver individuato una incompatibilità tra una norma interna ed una direttiva comunitaria inattuata, ha affermato che non si può addivenire alla «naturale conclusione dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per non avere il giudice rimettente valutato la possibilità di una interpretazione della disposizione censurata conforme al parametro di costituzionalità, che, nel caso di specie, è rappresentato dalle direttive in tema di rifiuti, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.». Sulla pronuncia, si veda A. CELOTTO, Venisti tandem! *La Corte finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 384. Un primo accostamento delle due

Un'ulteriore – e ben più problematica – ipotesi può venire a verificarsi, poi, quando sia proprio l'interpretazione conforme a diritto comunitario a porre problemi di costituzionalità. In questa evenienza, infatti, occorrerebbe scegliere fra l'una e l'altra interpretazione orientata, ossia fra una violazione della Costituzione generata da un'interpretazione conforme a diritto comunitario ed una violazione del diritto comunitario generata da un'interpretazione conforme a Costituzione. La necessità di considerare e trattare differentemente tutti i casi sopra evidenziati si manifesta qui nel suo più elevato punto di opportunità: proprio qui emerge nella sua massima utilità, ci pare, la prefigurazione della possibilità che sia la Corte costituzionale a prospettare alla Corte europea la questione interpretativa comunitaria, tentando di proporre un bilanciamento fra le esigenze comunitarie e quelle interne compatibile con l'assetto costituzionale. D'altra parte non si vede perché si dovrebbe demandare al giudice comune il rinvio in una così delicata fattispecie, ove si fronteggiano, da un lato, la possibilità di un'interpretazione difforme dalla Costituzione e, dall'altro, l'assenza di possibilità disapplicative.

Una tale prospettazione consentirebbe, inoltre, di ottenere l'ulteriore vantaggio di non pregiudicare il sindacato di conformità a Costituzione nel caso in cui l'interpretazione della disposizione comunitaria resa dalla CGE sia tale per cui non si verifichi alcun contrasto con quella interna e

operazioni ermeneutiche si era già avuto nella sentenza n. 190 del 2000, interpretativa di rigetto, nella quale la Corte ha ritenuto che il giudice *a quo* avesse ommesso di considerare «significativi rilievi esegetici», non tenendo conto del «canone preferenziale dell'interpretazione conforme a Costituzione, in questo caso rinforzato dal *concorrente canone* dell'interpretazione non contrastante con la normativa comunitaria vincolante per l'ordinamento giuridico italiano» (corsivi aggiunti). Non mancano, però, nella giurisprudenza costituzionale, pronunce dalle quali emerge una pregiudizialità logica della verifica della legittimità costituzionale sulla verifica della legittimità comunitaria (cfr. Corte cost., n. 368 del 2008 e n. 18 del 2009). Nella pronuncia n. 28 del 2010, poi, la Corte costituzionale prosegue osservando che la circostanza che non si tratti di diritto comunitario direttamente applicabile impedisce di ritenere che il giudice *a quo* fosse tenuto a disapplicare la normativa interna e in questi casi, dice la Corte, la verifica della conformità del diritto interno al diritto comunitario è di sua competenza (così il brano: «l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.»). D'altra parte, questa affermazione si combina con quella per cui «dall'interpretazione della normativa comunitaria fornita dalla Corte di giustizia (...) consegue la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata».

di non inficiare la ragionevole durata del processo, duplicando passaggi che potrebbero essere svolti direttamente dalla Corte. Una tale prospettiva restituirebbe inoltre, finalmente, al giudice comune – nei limiti dettati dal nostro modello di controllo di costituzionalità – la *facoltà* di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, nel caso in cui lo ritenga necessario, evitando prevaricazioni del giudice costituzionale sul suo libero convincimento.

7. *Osservazioni d'insieme sullo scenario presente e sulle prospettive future. Alcune importanti implicazioni e alcune necessarie cautele*

In chiusura di queste indagini sull'opportunità e sulla sostenibilità – processuale e sistemica – del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è il caso infine di svolgere qualche considerazione d'insieme. Una volta verificata la sussistenza di tutti gli elementi di compatibilità processuale – legittimazione soggettiva attiva, rilevanza, sufficiente sforzo interpretativo – seppur entro i sopra delineati limiti, possiamo finalmente valutare a tutto tondo quali siano i *pro* ed i *contra* dell'apertura della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale interpretativo.

Ritornando alle ragioni che ci avevano spinto a sostenere la preferibilità dell'apertura⁹⁴, due erano gli argomenti, a nostro parere, principali: il primo, che il rinvio pregiudiziale avrebbe consentito alla Corte di prendere parte ad un circuito interpretativo che si fa di crescente importanza, anche in aree di pertinenza costituzionale; il secondo, che l'autorevolezza della Corte non avrebbe potuto essere salvaguardata tramite l'esclusione dall'interlocuzione diretta.

La validità del primo argomento ci sembra supportata dall'esame del caso di specie che ha visto la Corte costituzionale sollevare per la prima volta un rinvio interpretativo dalla sede incidentale⁹⁵: la sollevazione diretta – e non demandata ai giudici rimettenti – ha consentito infatti alla Corte costituzionale di prendere posizione nel dibattito ermeneutico giurisprudenziale circa i numerosi profili interpretativi problematici della vicenda. Più precisamente, le ha consentito di assumere una posizione differente da quella dei giudici rimettenti, sia quanto alla compatibilità della disciplina legislativa vigente con l'assetto costituzionale di equilibri e bilanciamenti, sia – conseguentemente – quanto alla inscrivibilità di

⁹⁴ Su cui *supra*, par. 1.

⁹⁵ *Supra*, par. 5.

tale disciplina entro quelle «ragioni obiettive» che il diritto comunitario lascia alla discrezionalità delle valutazioni statali.

Ciò ha consentito dunque di far pervenire alla Corte di giustizia la questione interpretativa delimitata ed elaborata dalla Corte costituzionale, in una posizione senz'altro maggiormente autorevole rispetto a quella che i giudici comuni possono occupare al suo cospetto, se non altro perché si tratta del Giudice chiamato a garantire il rispetto del disposto costituzionale all'interno dell'ordinamento e che, solo, potrebbe far uso della minacciata arma dei controlimiti, qualora la risposta della Corte di giustizia non sia compatibile con punti di ritenuta intangibilità costituzionale.

Non è certo questo il caso, dal momento che, anzi, la risposta discorde della Corte di giustizia non farebbe che ampliare la tutela dei diritti dei lavoratori precari della pubblica istruzione e dei fruitori del servizio pubblico di insegnamento, intaccando semmai l'altro polo degli interessi confliggenti: quello del contenimento della spesa pubblica. Interessante sottolineare, peraltro, che non appare affatto remota la possibilità di una differente prospettiva europea, dal momento che la Corte di giustizia ha già assunto posizioni non del tutto conciliabili con quella prospettata dalla Corte costituzionale. Ci riferiamo, in particolare, all'affermazione, svolta a partire dalla sentenza *Adeneler*, che la clausola delle «ragioni obiettive» deve essere interpretata alla luce dello scopo della direttiva e dell'accordo quadro⁹⁶; scopo che consiste nella delimitazione del ripetuto ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato, «considerato come potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori» e nella previsione

⁹⁶ CGE, *Adeneler*, cit., § 60: «Tenuto conto del fatto che tale nozione di “ragioni obiettive” non è definita dall'accordo quadro, il suo senso e la sua portata devono essere determinati considerando lo scopo perseguito da quest'ultimo nonché il contesto in cui la detta clausola 5, punto 1, lett. a), si inserisce (v. in tal senso, in particolare, sentenze 7 giugno 2005, causa C-17/03, *VEMW* e a., Racc. pag. I-4983, punto 41, e giurisprudenza ivi citata, nonché 9 marzo 2006, causa C-323/03, *Commissione/Spagna*, Racc. pag. I-2161, punto 23)». Questa affermazione si inserisce, d'altronde, all'interno di un consolidatissimo filone nel quale la Corte europea ha costantemente sostenuto la priorità del criterio teleologico fra i criteri ermeneutici da applicare in sede di interpretazione del diritto comunitario, specie ove sia in gioco normativa priva di efficacia diretta. Sul punto, v. P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, II, Bruxelles-Paris, 1972, 328, il quale ricorda che all'uso del criterio teleologico deve essere sempre accordata preminenza in sede di interpretazione delle disposizioni comunitarie anche perché il diritto comunitario *nel suo complesso* è da intendersi come un ordinamento che pone scopi e risultati da raggiungere da parte degli Stati membri.

di un certo numero di disposizioni di tutela *minima* «volte ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti»⁹⁷. Tale affermazione ha condotto la Corte europea a ribadire più volte che non è sufficiente una clausola nazionale di natura generica per derogare all'impianto di tutela – lo si ripete, minimo – predisposto in sede comunitaria avverso l'abuso della contrattazione a termine, ma che sono necessarie disposizioni puntali e specifiche, che motivino circa le ragioni particolari, legate alla natura dell'attività lavorativa considerata, o circa le precise, elencate e verificabili esigenze di politica sociale da essa coinvolte.

Occorre dunque verificare, alla luce di questa possibile divergenza, la sostenibilità del secondo degli argomenti a favore dell'apertura al rinvio: posto che, in caso di risposta differente della Corte di giustizia, l'autorevolezza della Corte costituzionale risulterebbe in parte, evidentemente, minata, la chiusura avrebbe potuto costituire un argine valido?

A nostro parere, proprio il caso di specie rinforza l'idea che la risposta a questa domanda debba considerarsi negativa: se si considera che una causa in tutto simile era già pendente presso la Corte di giustizia, su ricorso del giudice del lavoro di Napoli, si sarebbe potuto in ogni caso addivenire ad una decisione divergente, dotata della medesima capacità vincolante, senza che però la Corte Costituzionale fosse entrata nel circuito del dibattito e avesse potuto fornirle una propria visione del problema interpretativo e le implicazioni della sua soluzione per il nostro ordinamento e per il nostro impianto costituzionale.

Non è tanto, allora, nella chiusura al rinvio pregiudiziale che possono essere individuate congrue cautele per tutelare l'autorevolezza di giudizio della Corte costituzionale ed il mantenimento di spazi di libertà per quest'ultima quanto, a nostro parere, in una più accorta e consapevole giurisprudenza circa gli effetti da ascrivere alle pronunce della Corte di giustizia. Occorre un'affermazione più netta dei limiti della forza di quelle pronunce e della loro capacità espansiva⁹⁸; occorre non perdere di

⁹⁷ Così, CGE, *Adeneler*, § 63.

⁹⁸ Rivedendo ad esempio quella giurisprudenza che riconosce effetti *erga omnes* alle pronunce interpretative della Corte di giustizia (a partire da Corte cost., sent. n. 389 del 1989), mentre anche in sede europea non si osa altrettanto. La Corte di giustizia si limita infatti ad affermare la vincolatività della sua pronuncia per il giudice ricorrente, ammettendo peraltro una certa interlocuzione con quest'ultimo (cfr. CGE, 24 giugno 1969, causa 29/68, *Milch, Fett, und Eierkontor GmbH contro Hauptzollamt Saabruicken*, § 3; Id., ord. 5 marzo 1986, C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft*, §§ 13 s.). La dottrina maggioritaria – qui sposata – riconosce peraltro la capacità di quelle pronunce di produrre un'efficacia *ultra partes* in virtù della speciale competenza attribuita alla CGE con finalità

vista quanto la Corte di giustizia stessa ha costantemente riconosciuto – pur se nei fatti non del tutto rispettato –, ossia che quelle pronunce investono uno solo degli elementi di giudizio da tenere in considerazione in sede di valutazione degli equilibri fra normativa interna ed europea (l'interpretazione del diritto comunitario che *integra e rende operativo* il parametro costituzionale)⁹⁹.

Ciò consentirebbe alla Corte costituzionale di recuperare la “disponibilità” di tutti i termini del giudizio: l'oggetto, il parametro costituzionale ed il parametro “interposto” comunitario (pur nella “cornice” di senso delimitata dalla giurisprudenza europea). Una volta tornata la questione nelle mani della Corte costituzionale, all'esito della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, insomma, la risposta finale della Corte in sede di composizione di diversi principi, interessi e diritti coinvolti non sarebbe *una sola* e non sarebbe *necessariamente obbligata* dalla soluzione europea: il Giudice costituzionale avrebbe invece a disposizione *tutte* le soluzioni di bilanciamento fra i diversi parametri da valutare (dei quali solo uno – quello comunitario – è stato chiarito dal giudice competente)¹⁰⁰.

uniformanti (così P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro italiano*, 1986, V, 42; A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII, Roma 1997, 1 ss., E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009, 41 ss.).

⁹⁹ V. *ex multis*, CGE, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon*, in causa 78/80; Id., 15 dicembre 1993, *Hünernmund*, in causa 292/92; per l'affermazione che «non spetta certamente alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale o sulla compatibilità delle disposizioni di diritto nazionale con il diritto comunitario» v. CGE, 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*; Id., 18 giugno 1991, *Piageme*, causa C-369/89, § 7: «secondo giurisprudenza costante, benché non spetti alla Corte, nell'ambito dell'art. 177 del Trattato, pronunciarsi sulla compatibilità di una normativa comunitaria con il diritto comunitario, essa è però competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possano consentirgli di valutare tale compatibilità ai fini della soluzione della causa della quale è investito»; Id., 27 ottobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, causa C-338/918; Id. settembre 2005, causa C-40/04, *Yonemoto*; Id., 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, § 31. Ma v. anche CGE, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax e a.*, §§ 76 ss. e *Marrosu*, cit., §54: «Tuttavia la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione». È larghissimamente condivisa, d'altra parte, la constatazione che, nella prassi, la Corte di giustizia opera differentemente, rispondendo a domande pregiudiziali interpretative finalizzate alla verifica della compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario (e dunque “applicando” il diritto comunitario oltre che “interpretandolo”).

¹⁰⁰ «E, come sempre accade nel giudizio di bilanciamento, alla Corte è chiesto di prospettare soluzioni che salvino, se possibile, tutti i valori in giuoco» (così, con riferimento

Una tale visione del rapporto fra le due Corti apicali – oltre a sembrarci l'unica sinceramente rispettosa della prospettiva integrativa che si dice sostenere il rapporto fra Stati membri e Unione europea – ci sembra possa proficuamente guidare anche le prospettive future del rapporto fra quelle Corti: prospettive che investono sempre di più, a partire dal 2009 e dal riconoscimento del valore pienamente giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'area dei diritti e del bilanciamento fra diritti, interessi e principi contrapposti; prospettive che muovono verso la delicatissima area dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, pienamente comunitarizzato, ed il cui impatto su elementi di identità costituzionale comincia ad entrare nell'ordine del giorno delle questioni europee¹⁰¹.

È la possibilità stessa di intendere i controlimiti in senso non necessariamente rigido ed ostativo, ma in senso dialogante e costruttivo¹⁰², a schiudersi in uno scenario dell'integrazione europea oggi per molti versi radicalmente mutato.

a questa visione dell'integrazione europea come «uno dei valori costituzionali affidato alle cure della Corte, da ponderare adeguatamente nel bilanciamento con gli altri principi supremi», M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 249 s.).

¹⁰¹ Si v., per fare un solo significativo esempio, il già famosissimo caso *Melloni* (CGE, 26 febbraio 2013, causa C-399/11).

¹⁰² Cfr. per questa visione dei controlimiti, fra gli altri, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 242 s.: «resta aperta anche la possibilità per la Corte costituzionale di impiegare quegli strumenti persuasivi ed interpretativi che, senza giungere alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme comunitarie, permettano di rendere presenti a livello europeo (e alla Corte di giustizia innanzitutto) le esigenze del sistema costituzionale italiano e dei suoi elementi fondanti. Questo è precisamente ciò che intendo, quando dico che la competenza della Corte costituzionale in materia di “controlimiti” deve essere principalmente la sede in cui si esprime la voce dell'ordinamento costituzionale italiano»; A. RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 110.

