

**IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA:
VERSO UNA NOMOFILACHIA EUROPEA¹**

Sommario: 1) L'inquadramento generale del rinvio pregiudiziale: le sue funzioni.- 2) L'oggetto del rinvio pregiudiziale. - 3) Le condizioni soggettive del rinvio pregiudiziale: a) la nozione di giurisdizione. - 4) (segue) Il problema della natura giurisdizionale della Corte costituzionale. Il "cammino comunitario" della Consulta. - 5) (segue) La questione della c.d. doppia pregiudizialità: il rapporto tra la Consulta e la Corte di giustizia. - 6) (segue) Il rapporto tra la Corte costituzionale italiana ed il giudice comune nel rinvio pregiudiziale. - 7) Le condizioni oggettive del rinvio pregiudiziale. - 8) Il dialogo fra giudici e le tecniche di redazione dell'ordinanza di rinvio. - 9) (segue) L'inosservanza delle stesse e le conseguenze in termini di incertezza giuridica. Il caso Telecom Italia. - 10) Facoltà e obbligo di rinvio. L'attenuazione dell'obbligo. - 11) Limiti soggettivi e temporali di efficacia della pronuncia della Corte di giustizia. - 12) La mutazione genetica della Corte di cassazione fra cessioni di supremazia e acquisizione di sovranazionalità.

¹ Relazione al Corso di alta formazione organizzato dalla Fondazione Pera, Modulo VI, dal titolo: "*Il giudizio di cassazione e dinanzi alle altre corti superiori*"; Lucca, 15 aprile 2016. Il testo è frutto di una riflessione, congiunta, con la dott.ssa Roberta Cosio. In particolare, la dott.ssa Cosio ha curato i paragrafi nn. 2,3,4,7,9,10,11.

1) L'inquadramento generale del rinvio pregiudiziale: le sue funzioni.

Il rinvio pregiudiziale davanti la Corte di giustizia è una procedura incidentale attraverso la quale il giudice nazionale ha la facoltà o, se di ultima istanza, l'obbligo, di sottoporre alla Corte di giustizia un quesito in ordine all'interpretazione o alla validità degli atti dell'Unione europea².

Si tratta di una procedura incidentale e non contenziosa. Essa, infatti, non costituisce un autonomo mezzo di ricorso ma un incidente nell'ambito del giudizio che si svolge avanti al giudice nazionale³; il quale, anche d'ufficio, può

² Sul rinvio pregiudiziale si veda, fin d'ora, FRANCHI, Commento all'art. 267, in Codice dell'Unione europea, diretto da CULTI GIALDINO, Napoli, 2012, 1926 e seg.; RUGGERI, Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa), in Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2011, Torino, 2012, 505. DOMENICUCCI, Il meccanismo del rinvio pregiudiziale, Relazione svolta all'incontro organizzato dal CSM a Roma, 25-27 ottobre 2010, in www.csm.it. RAITI, La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario, Milano, 2003. ADINOLFI, L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari, Milano, 1997. BIAVATI, Diritto processuale dell'Unione europea, Milano, 2005. BORRACETI-REALE, Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee, Milano, 2008. CONDINANZI-MASTROIANNI, Il contenzioso dell'Unione europea, Torino, 2009. VISMARA, Rapporti tra Corte costituzionale italiana e giudice ordinario nella dinamica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in Dir. un. Eur., 2012, pag. 309. DOMENICUCCI, Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, Foro it., 2011, IV, pag. 461.

³ Si discute se l'aggettivo "pregiudiziale" per qualificare la competenza della Corte di giustizia sia riconducibile alla pregiudizialità tecnica (in questo senso LA CHINA, Rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e giudice italiano, in Riv. trim.dir. e proc. Civ., 1963, pag. 1537; il quale, tuttavia, precisa che si tratta di "una nozione tecnica di questione pregiudiziale, che non corrisponde esattamente alla nozione di egual nome del nostro diritto interno") o alla pregiudiziale in senso logico. Nella motivazione di Cass. 14 settembre 1999, n. 9813 si chiarisce che l'aggettivo pregiudiziale sta semplicemente a significare che la Corte è chiamata a pronunciarsi "in occasione" della concreta applicazione di una disposizione di diritto dell'Unione europea da parte del giudice nazionale "ma prima dell'applicazione stessa, e quindi, con effetti che tendono ad influenzarla e ad estendersi, in funzione nomofilattica, oltre tale occasione". In particolare, si è precisato che (RAITI, la collaborazione giudiziaria, cit., pag. 174, nota 1, che una ulteriore differenza tra le due fattispecie consiste nel fatto che "l'incidente comunitario non comporta in nessun caso un accertamento equiparabile a quello caratteristico dell'attività giurisdizionale cognitiva. Esso infatti (...) se a carattere interpretativo, lungi dall'effettuare alcuna operazione di sussunzione di fatti sotto le norme si limita a fornire una astratta esplicitazione del precetto interpretato, che, ancorchè resa quanto più possibile utilmente per il giudice a quo, lascia del tutto impregiudicata la verifica di applicazione della stessa alla fattispecie di causa". Si

operare il rinvio introducendo un giudizio che, pur assicurando il contraddittorio, non è un giudizio di parti⁴.

Il rinvio pregiudiziale assolve tre funzioni⁵:

La prima (ed essenziale) funzione è quella di realizzare una applicazione del diritto dell'Unione uniforme in tutti i Paesi membri, in modo che esso abbia dovunque la stessa efficacia.

Questa funzione⁶, che può essere definita nomofilattica, è diventata, nel tempo, *“uno strumento fondamentale anche per la tutela dei diritti garantiti dalle norme dell'Unione ed in particolare per la tutela giudiziaria dei privati, sia nei confronti delle istituzioni europee, sia soprattutto nei confronti del proprio Stato membro”*⁷.

Alla Corte di giustizia spetta, quindi, l'ultima parola in ordine all'interpretazione del diritto dell'Unione. In questo senso la sua competenza può considerarsi esclusiva.

La seconda funzione del rinvio pregiudiziale è quella di verificare la legittimità di una legge nazionale o di un atto amministrativo (o anche di una prassi amministrativa) rispetto al diritto dell'Unione.

Il controllo della Corte di giustizia sulla legittimità di norme e atti nazionali è stato subito affermato, con chiarezza, a partire dalla fondamentale sentenza Van Gend en Loos (che atteneva ad una questione di dazi doganali).

L'obiezione, formulata da molti governi intervenuti, era che per sindacare le infrazioni degli Stati

preferisce, allora, fare riferimento alla mera Rechtsfrage *“formulata dall'autorità nazionale nel contesto di un rapporto di collaborazione tra giudice europeo e giudice nazionale e decisa dalla Corte di giustizia al fine di consentire a quest'ultimo l'emanazione della sentenza conclusiva del giudizio interno la quale potrà essere di rito, così come di merito”* (Cfr. D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia, Torino, 2012, pag. 20).

⁴ Sul tema si veda D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia, Torino, 2012, pag. 89-91.

⁵ Cfr. NICASTRO, La pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia: tecniche di redazione dell'ordinanza di remissione, Relazione all'incontro organizzato dal CSM a Roma il 12-16 marzo 2012.

⁶ In questo senso le Raccomandazioni della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, C 338/1.

⁷ Cfr. ADAM-TIZZANO, Lineamenti di diritto dell'Unione europea, Torino, 2010, pag. 350.

membri, nella forma di normative nazionali incompatibili con il diritto dell'Unione, il Trattato aveva il meccanismo d'infrazione di cui agli artt. 258 e 259 (già 226 e 227), sicchè il singolo non poteva pretendere di pervenire allo stesso risultato provocando un rinvio pregiudiziale del giudice nazionale. La Corte, a fronte di tale obiezione, rispose con chiarezza che limitare la possibilità di far valere la violazione di una norma dell'Unione a quella offerta dalla procedura di infrazione equivarrebbe a lasciare i diritti dei singoli "privi di tutela giurisdizionale diretta (...) La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli artt. 169 e 170 (ora artt. 258 e 259) affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri".

La terza funzione del rinvio pregiudiziale consiste nel completare il sistema di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti dell'Unione. La competenza della Corte di giustizia, in questo caso, è esclusiva, nel senso che spetta solo alla Corte di giustizia dichiarare l'eventuale illegittimità dell'atto⁸.

In sostanza, il rinvio pregiudiziale costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'Unione.

Come ricordato dalla Corte di giustizia nel parere 2/13, la procedura di rinvio pregiudiziale mira a "instaurare un dialogo da giudice a giudice (...) tra la Corte e i giudici degli Stati membri (...) assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione (...), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati".

2) L'oggetto del rinvio pregiudiziale

⁸ In questi termini la sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, Foto-Frost, punti 14-17.

L'oggetto del rinvio è quanto mai ampio. Tale rinvio può riguardare sia il diritto primario dell'UE (i Trattati, i protocolli ad essi annessi e gli accordi di adesione), sia "gli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione". Vengono in rilievo gli atti di tutte le istituzioni dell'UE elencate dall'art. 15 TUE: Parlamento europeo, Consiglio europeo, Consiglio, Commissione europea, Corte di giustizia dell'Unione europea, Banca centrale europea, Corte dei Conti. Vengono, poi, in rilievo gli atti degli organi e degli organismi creati con provvedimenti delle istituzioni. Tutti tali atti possono essere oggetto di rinvio di interpretazione indipendentemente dal fatto che siano atipici o innominati⁹, dal loro carattere vincolante¹⁰, dalla loro efficacia diretta¹¹.

L'interpretazione può riguardare anche i principi generali non scritti del diritto dell'Unione¹² ed alle sentenze della Corte di giustizia laddove possa essere utile al giudice nazionale comprenderne la portata¹³.

Ma se l'oggetto del rinvio, ex art. 267 Trattato FUE verte sul significato da attribuire alla norma europea è indubbio che si sia verificato, nel tempo, un ampliamento dell'oggetto del giudizio.

I giudici nazionale, sempre più spesso, chiedono alla Corte di giustizia non già l'interpretazione di una norma europea da applicare al caso concreto ma soltanto se una determinata disposizione emanata dal legislatore nazionale sia compatibile con la normativa europea.

La Corte di giustizia, in linea di principio, accetta tale impostazione avendo cura di precisare: 1) che non spetta a lei ma al giudice nazionale pronunciarsi sulla compatibilità tra diritto interno e diritto europeo; 2) che essa si limita ad interpretare la normativa europea in modo da fornire all'autorità giurisdizionale nazionale tutti i

⁹ Cfr. CGUE Sentenza 24 ottobre 1973, causa C-9/3.

¹⁰ Cfr. CGUE Sentenza 21 gennaio 1993, causa C-188/91, punto 17.

¹¹ Cfr. CGUE Sentenza 7 dicembre 1995, causa C-472/93.

¹² Cfr. CGUE 16 dicembre 2008, causa C-213/07.

¹³ Cfr. CGUE. Ordinanza 5 marzo 1986, causa C-69/85.

parametri per compiere la valutazione di compatibilità¹⁴.

3) Le condizioni soggettive del rinvio pregiudiziale: a) la nozione di giurisdizione.

Il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, può essere sollevato da un "organo giurisdizionale di uno degli Stati membri".

Ne deriva che il soggetto che opera il rinvio deve: a) appartenere a uno Stato membro; b) avere le caratteristiche della giurisdizione.

Nell'individuare il requisito della giurisdizionalità occorre individuare due punti fermi elaborati dalla Corte di giustizia.

Il primo è che "**La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 del TFUE è una nozione del diritto dell'Unione, sì che la sua attribuzione all'organo può anche non corrispondere alla qualificazione che ne abbia dato l'ordinamento dello Stato membro; essa va dunque definita, così come la sua sussistenza, determinata, dalla Corte di giustizia**"¹⁵.

Il secondo è che la Corte ha individuato, attraverso un orientamento costante¹⁶ una serie di indici per identificare la nozione di giurisdizione quali: a) il fondamento legale dell'organo; b) il suo carattere permanente; c) l'obbligatorietà della sua giurisdizione; d) la natura contraddittoria del procedimento; e) il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente.

Per quanto riguarda, in particolare, l'indipendenza dell'organo di rinvio, tale requisito presuppone che detto organo sia tutelato da pressioni o da interventi dall'esterno idonei a mettere a repentaglio l'indipendenza di giudizio dei suoi membri riguardo alle controversie loro sottoposte¹⁷. Inoltre, per stabilire se un organo nazionale cui la legge affida funzioni di natura diversa debba essere

¹⁴ Fra le tante si veda CGUE Sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, punto 42.

¹⁵ Pag. Cfr. TESAURO, Diritto dell'Unione europea, Padova, 2010, pag. 321.

¹⁶ Che va dalla sentenza Vaassen-Gobbels del 30 giugno 1966, causa C-61/65 alla sentenza Torresi del 17 luglio 2014, causa C-58/13 e C-59/13 (su quest'ultima sentenza si veda COMI, Archivio Penale, 2014, n. 3, pag. 1 e seg.)

¹⁷ CGUE Sentenza del 19 settembre 2006, causa C-506/04, Wilson, punto 51.

qualificato come "giurisdizione", ai sensi dell'art. 267 TFUE, è necessario accertare quale sia la natura specifica delle funzioni che esso esercita nel particolare contesto normativo in cui è indotto a rivolgersi alla Corte. I giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale¹⁸.

In base a questi indici sono stati **esclusi** dalla nozione di giurisdizione, ai sensi dell'art. 267 TFUE: la pubblica accusa, come il Procuratore della Repubblica¹⁹; gli arbitri o gli organi la cui composizione sia lasciata interamente alle parti della controversia²⁰; gli ordini professionali quando non rendono decisioni di natura giurisdizionale²¹; una commissione consultiva per le infrazioni valutarie²²; una commissione tributaria con funzioni non giurisdizionali²³.

Sono stati, viceversa, **inclusi** nella nozione di giurisdizione il giudice cautelare²⁴; il giudice italiano dell'ingiunzione e il giudice istruttore²⁵. Con riferimento alle autorità nazionali di tutela della concorrenza, la questione si presenta complessa ed ha dato luogo ad oscillazioni giurisprudenziali. In un primo momento, la Corte di giustizia aveva compreso nella nozione di giurisdizione l'organismo spagnolo che tutela la concorrenza, mentre successivamente ha escluso che la Commissione ellenica per la concorrenza possa sollevare un rinvio pregiudiziale²⁶.

¹⁸ CGUE Sentenza del 31 gennaio 2013, causa C- 394/11, *Belov*, punti 39 e 41.

¹⁹ CGUE Sentenza 12 dicembre 1996, causa C-74/95 e 129/95.

²⁰ CGUE Sentenza 23 marzo 1982 causa C- 102/81

²¹ CGUE Sentenza 18 giugno 1980, causa C-138/80.

²² CGUE Sentenza 5 marzo 1986, causa C-318/85.

²³ CGUE Sentenza 12 novembre 1998, causa C-134/97.

²⁴ CGUE Sentenza 24 maggio 1977, causa C-107/76.

²⁵ CGUE Sentenza 9 novembre 1983, causa C-199/82.

²⁶ Sul tema, anche per il richiamo delle principali pronunce, si veda TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pag. 325

4) (segue) Il problema della natura giurisdizionale della Corte costituzionale. Il "cammino comunitario"²⁷ della Consulta.

Problema specifico è se la Corte costituzionale possa essere compresa nella nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

La Corte costituzionale, con le note ordinanze nn. 102 e 103 del 2008, ha, per la prima volta, utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale²⁸.

Anteriormente, con l'unica eccezione costituita dall'obiter dictum della sentenza n. 168 del 1991²⁹, aveva, infatti, affermato di non essere legittimata ad utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale poiché essa, esercitando "essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia, della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli della Regione non (poteva) essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano"³⁰.

Con uno spostamento di accento nella formulazione del ragionamento la Consulta superava il rubicone³¹ nelle ordinanze nn. 102 e 103 del 2008 affermando che: "questa Corte, pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha

²⁷ L'espressione è di BARILE, Il cammino comunitario della Corte, Giur. Cost., 1973, pag. 2401.

²⁸ Per la ricostruzione del percorso si veda, tra gli altri, BASILI e DI NITO, Corte costituzionale e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e dialogo tra le Corti: evoluzioni e prospettive, Federalismi.it n. 20/2011, pag. 1 e seg..

²⁹ Nella sentenza la Corte, richiamando la fondamentale sentenza n. 170 del 1984, ribadiva che la diretta applicazione della normativa comunitaria presuppone in ogni caso la chiarezza e precisione del suo contenuto precettivo. Ed ulteriormente precisava che la ricognizione in concreto di tal presupposto "costituisce l'esito di una attività di interpretazione (...) che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia" ed infine aggiungeva che restava ferma "la facoltà di sollevare anch'essa (Corte) questione pregiudiziale di interpretazione (...)", alternativamente alla facoltà di diretta interpretazione della normativa comunitaria.

³⁰ Ordinanza della Corte costituzionale n. 536 del 1995.

³¹ La frase è di SORRENTINO, Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008, in Giur. Cost., 2008, 1288. La portata storica dell'ordinanza n. 103 è evidenziata nella parole del Presidente della Corte Costituzionale nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008 (FLICK, Considerazioni finali sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, www.cortecostituzionale.it, 6-7) dove, al tempo stesso, viene evidenziato il ruolo di "nomofilachia esclusiva" che la Corte di giustizia ha così assunto anche nei confronti della Corte italiana.

natura di giudice, e in particolare di ultima istanza".

A sostegno della sua legittimazione, la Corte aveva poi introdotto un ulteriore argomento: il suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio "comporterebbe un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario".

Affermazione, quest'ultima, di grande importanza ma la cui rilevanza sistemica veniva depotenziata, nell'ambito della motivazione delle ordinanze, dalla "timidezza" dell'apertura della Corte **limitata ai giudizi in via principale**.

La Corte, fino all'ordinanza n. 207 del 2013, non ha sollevato questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia³².

Ma la svolta europeista era nell'aria³³.

Varie Corti europee (austriaca, spagnola³⁴ e francese³⁵) avevano aperto la strada al dialogo.

E la stessa Corte costituzionale tedesca, nell'ordinanza del 6 luglio 2010³⁶, aveva annunciato la "svolta" che si è poi concretizzata nella decisione del 7 febbraio 2013 sulla legittimità dell'OMT³⁷.

³² E le occasioni non sono mancate. Nel 2010, nel contesto di un giudizio incidentale l'intervenuto Presidente del Consiglio chiedeva, tramite l'Avvocatura generale dello Stato, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiarire la portata precettiva di una disposizione comunitaria invocata, come norma interposta, dal giudice rimettente. Con la sentenza n. 18 del 2010, la Corte non esclude, in questo caso, la sua legittimazione ad adire la Corte Ue, ma – baipassando la correlativa problematica – si limita a ritenere il rinvio pregiudiziale, nella specie, "non necessario", per ritenuta chiarezza del significato della norma europea. Sul tema si veda MORELLI, Giudici nazionali di ultima istanza e rinvio pregiudiziale tra Corte di giustizia UE e Corte di Strasburgo, in www.europeanrights.

³³ Si vedano le sentenze n. 28 del 2010 e n. 94 del 2013. Sul tema, PESOLE, Un altro passo avanti nel percorso: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di giustizia in un giudizio incidentale, www.federalismi.it, n. 25/2013, pag. 15.

³⁴ Tribunal constitucional ATC 86/2011, Ordinanza del 9 giugno 2011. Sul tema si veda A.A. Calahoro, Riflessioni sul primo rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale Costituzionale spagnolo, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/osservatorio, gennaio 2014.

³⁵ Che ha rimesso alla CGUE l'interpretazione di una norma europea in materia di mandato di arresto; sul tema si veda BARLETTA, Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel, in www.europeanrights.eu.

³⁶ Sul tema si veda CAPONI, La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca, in *Foro it.*, 2010, parte IV, col. 533.

³⁷ Per un primo commento alla sentenza si veda OLIVITO, Atto primo: il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri BCE. Un'occasione

L'occasione per la "svolta" della Consulta trova origine in diverse ordinanze emesse dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme che chiedevano alla Corte di giudicare sulla legittimità costituzionale della normativa italiana in materia di personale scolastico per contrasto con la clausola 5 dell'Accordo quadro CES, UNICE E CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva n. 1999/70/CE. Le disposizioni censurate (art. 4, commi 1 e 11, della legge n. 124/99), consentendo di coprire cattedre e posti di insegnamento nelle scuole mediante conferimento di diverse tipologie di contratti a termine determinato davano luogo, infatti, ad una illimitata successione di contratti a termine.

I giudici remittenti, ritenendo, per un verso, che la normativa italiana sul reclutamento del personale scolastico non trovasse giustificazione in "*finalità di politica sociale*" e, sotto altro profilo, che non fosse necessario adire nuovamente la Corte di giustizia rimettevano la questione alla Consulta.

Valutata l'ammissibilità delle sole questioni sollevate dai Tribunali di Roma e Lamezia Terme³⁸ la Corte costituzionale riteneva di sottoporre alla Corte di giustizia la seguente questione: se la clausole 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato osti all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11 della legge n. 124 del 1999 - disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno.

L'ordinanza solleva diverse e complesse questioni.

per il futuro dell'Unione europea? In www.costituzionalismo.it, /articoli/467/; DI MARTINO, Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG in www.federalismi.it n. 4/2014; DE PETRIS, Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? L'ordinanza del Tribunale Costituzionale federale sulle Outright Monetary Transactions in www.federalismi.it n. 4/2014.

³⁸ La Corte costituzionale, con la coeva ordinanza n. 206 del 2013, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità promossa dal Tribunale di Trento per difetto di rilevanza derivante da un'incompleta ricostruzione del quadro normativo e dall'inefficacia di una ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione del giudizio a quo.

In questo contesto, ne esaminiamo solo una: la questione della c.d. doppia pregiudizialità.

5. La questione della c.d. doppia pregiudizialità: il rapporto tra la Consulta e la Corte di giustizia.

La questione attiene alla c.d. "doppia pregiudizialità". Il caso, cioè, in cui il dubbio concernente l'interpretazione di una norma dell'Unione si compenetri con la questione di legittimità costituzionale, entrando così a farne parte.

Questi casi sono sempre stati risolti nel senso dell'inammissibilità, disposta dalla Corte nel presupposto della irrilevanza della questione.

Al giudice di merito competeva l'onere di rivolgersi alla Corte di giustizia e solo dopo avere esperito tale rimedio poteva rivolgersi alla Corte costituzionale³⁹.

L'orientamento si reggeva su due ordini di considerazioni.

Sotto il **profilo processuale**, si rilevava che *"una volta ammesso che il contrasto con una norma comunitaria munita di effetti diretti paralizza l'efficacia della norma interna, rendendola inapplicabile nelle controversie giudiziarie, ne consegue necessariamente che il giudice comune non può mai impugnarla davanti alla Corte costituzionale dato che l'incidente di costituzionalità difetterebbe del requisito della rilevanza"*⁴⁰.

In sostanza, solo nel caso di una norma comunitaria priva di efficacia diretta, il giudice comune poteva

³⁹ Se la questione di costituzionalità veniva sollevata prima di quella "comunitaria", la Corte affermava di non poter decidere nel merito e restituiva gli atti al giudice a quo affinché lo stesso, successivamente, potesse rinviare la questione alla Corte di Giustizia (ordinanza n. 206 del 1976). Se, invece, il giudice di merito percorreva contemporaneamente entrambe le vie, sollevando sia la questione di costituzionalità che quella comunitaria, la prima veniva dichiarata inammissibile (ordinanza n. 85 del 2002). Per un quadro delle ipotesi in cui il sindacato della Corte costituzionale può intrecciarsi con il sindacato della Corte costituzionale si veda CARTABIA, Considerazioni sulle posizioni del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale, Foro it., 1997, V, pag. 222 e seg..

⁴⁰ Cfr. F. GHERA, Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore del precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, in Giur. Cost., 2000, pag. 1195.

sollevare la questione di legittimità costituzionale⁴¹.

Sotto il profilo delle ragioni di **politica costituzionale**, si evidenziava che nell'utilizzo del rinvio pregiudiziale la Corte costituzionale si sarebbe vincolata alle scelte interpretative del giudice sovranazionale, instaurandosi, per questa via, una sorta di rapporto gerarchico lesivo delle prerogative del giudice costituzionale⁴².

Ragioni, queste ultime, che, come rilevato dalla dottrina⁴³, hanno portato la Consulta ad una progressiva autoemarginazione dalle questioni costituzionali riguardanti la compatibilità del diritto interno con quello sovranazionale.

Ma anche le ragioni processuali sono state oggetto di censura.

Sotto questo profilo, si è distinto:

a) Il rinvio pregiudiziale teso ad accertare l'**efficacia interna della norma sovranazionale**. In questo caso, si è condiviso l'orientamento della Corte posto che, *"la pregiudiziale comunitaria, mettendo in discussione la stessa applicabilità della norma impugnata, finisce con l'incidere sulla **rilevanza** della questione di legittimità costituzionale"*⁴⁴.

b) Il rinvio pregiudiziale teso ad accertare **il "corretto" significato della disposizione sovranazionale**. In questo caso, viceversa, si è osservato che dal momento che *"nelle questioni di legittimità costituzionale in via incidentale, al giudice a quo spetta una mera delibazione circa la loro **non manifesta infondatezza**, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiarire il significato della norma comunitaria-parametro,*

⁴¹ Cfr. sentenze della Corte Cost. n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012.

⁴² Cfr. G. ZAGREBELSKY, Intervento al Seminario, I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea, consultabile all'indirizzo www.luiss.it.

⁴³ Di pericolosa "autoemarginazione" della Corte dalle questioni di legittimità costituzionale coinvolgenti profili di compatibilità tra diritto interno e diritto sovranazionale parla GROPPI, La Corte costituzionale come giudice di rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, in CIARLO-PITRUZZELLA-TARCHI, Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Torino, 1997, pag. 188.

⁴⁴ Cfr. SORRENTINO, E' veramente inammissibile il "doppio rinvio"?, Giur. Cost., 2002, pag. 782-783.

pur potendo da quello essere effettuato, spetta necessariamente e naturalmente alla Corte costituzionale, la quale non può non qualificarsi, rispetto al dubbio interpretativo, giurisdizione nazionale di ultima istanza”⁴⁵.

L’ordinanza n. 207 del 2013, in questo contesto, si presta ad una duplice considerazione.

Per un verso, sotto il profilo della **rilevanza della questione**, la Corte conferma l’impostazione tradizionale.

Si legge, infatti, nella motivazione:

*“che – come si è già rilevato nell’ordinanza n. 103 del 2008 – quando davanti a questa Corte pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime, **se prive di effetto diretto**, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.;*

Sotto altro profilo, però, la Corte fa un passo avanti nella direzione auspicata dalla dottrina affermando:

*che pur avendo la Corte di giustizia già pronunciato varie sentenze sull’argomento, appare necessario chiedere alla medesima Corte in via pregiudiziale l’interpretazione della clausola 5, punto 1, della direttiva n. 1999/70/CE, in rapporto alla questione sottoposta a questa Corte per il giudizio di legittimità costituzionale, **poichè sussiste un dubbio circa la puntuale interpretazione di tale disposizione comunitaria e la conseguente compatibilità della normativa nazionale sin qui illustrata**”.*

Non più dialogo “per interposta persona”, quindi, bensì confronto diretto, come auspicato dalla dottrina⁴⁶.

6. (segue) Il rapporto tra la Corte costituzionale e il giudice comune nel rinvio pregiudiziale.

⁴⁵ Cfr. SORRENTINO, E’ veramente inammissibile il “doppio rinvio”?, cit., 783.

⁴⁶ Sul tema si veda REPETTO, La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai fine ai nuovi inizi, in www.diritticomparati.it 28 ottobre 2013, DE MICHELE, L’ordinanza “Napolitano” di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee, in www.europeanrights e RUGGERI, A proposito dell’ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di “comunitarietà” congiuntamente proposte in via d’azione (a prima lettura di Corte cost. n. 245 del 2013), in www.diritticomparati.it, novembre 2013. ADINOLFI, Una rivoluzione silenziosa: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, in Riv. dir. internazionale, n. 4 del 2013, pag. 1249 e seg..GUASTAFERRO, La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013, in Quaderni costituzionali n. 4 del 2013.

In questo contesto occorre porsi la domanda di come sia mutato il rapporto tra la Corte costituzionale e il giudice comune nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Alcuni Autori⁴⁷, infatti, non hanno condiviso la "svolta" della Consulta considerato che *"in buona sostanza, a fronte di una questione doppiamente pregiudiziale in senso stretto avremo: un giudice comune legittimato a sollevare la questione di legittimità senza approfondirne, accuratamente, tutti i presupposti (non essendo più gravato del compito del rinvio pregiudiziale); una Corte costituzionale tenuta ad interpellare la Corte di giustizia per risolvere la questione (in quanto giurisdizione di ultima istanza)"*.

La lettura dell'ordinanza proposta non convince.

In realtà, la Corte non ha certo rinunciato a richiedere, quale requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata, che i giudici comuni pongano in essere il tentativo di una interpretazione conforme della norma impugnata capace di superare il dubbio di illegittimità.

Ma la Corte, preso atto, che *"secondo i giudici rimettenti non sarebbe possibile l'interpretazione conforme della norma impugnata"* e che non era *"possibile"* (secondo la valutazione della stessa Consulta) *risolvere il quesito in via interpretativa, secondo quando correttamente prospettato dai giudici rimettenti"* ha deciso di rimettere la questione alla Corte di giustizia.

Il rinvio alla Corte di giustizia era, quindi, imposto, non solo, dalla mancanza di efficacia diretta della disposizione del diritto dell'Unione europea invocata (che ne impediva la non applicazione da parte del giudice comune) ma, anche, dalla impossibilità (verificata dal giudice comune e condivisa dalla Consulta) di una interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

⁴⁷ LOSANA, La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo delle Corti, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2014, pag. 8.

L'esistenza di un dubbio sulla conformità della normativa italiana a quella del diritto dell'Unione era, peraltro, supportata dalle oscillazioni giurisprudenziali sulla materia.

Alcuni giudici di merito, prima della rimessione alla Consulta, avevano sostenuto, infatti, di poter addivenire ad una interpretazione *"comunitariamente compatibile con la medesima"*⁴⁸. Una *"disapplicazione mascherata"*, com'è stata definita⁴⁹, considerato che dal chiaro tenore delle disposizioni sul personale scolastico era evidente, anche in caso di abuso di successivi contratti a termine, l'esclusione tanto del risarcimento del danno quanto della sanzione della conversione dei contratti.

La Suprema Corte⁵⁰, peraltro, aveva sostenuto che la specialità della normativa sul precariato scolastico fosse idonea a giustificare la sua *"assoluta impermeabilità alla disciplina del d.lgs 360 del 2001"* (sotto il profilo della sterilizzazione di qualsivoglia sanzione in caso di abusi sull'utilizzo dei contratti a termine) e che non fosse necessario rinviare la questione alla Corte di giustizia.

Opinione dalla quale si era dissociato il Tribunale di Napoli, sezione lavoro, che aveva ritenuto necessario adire nuovamente la Corte di Lussemburgo per un *"supplemento interpretativo"* sulla normativa del diritto dell'Unione in relazione alle norme interne sul personale scolastico⁵¹.

In questo contesto, appare assolutamente corretto l'operato della Consulta inteso a richiedere, alla Corte di giustizia, una serie di risposte alle diverse questioni interpretative al fine di assicurare il *"generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario"*; come

⁴⁸ PIA IADICCIO, Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale nell'ambito di legittimità in via incidentale, in Osservatorio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, gennaio 2014.

⁴⁹ Cfr. SALAZAR, Crisi economica e diritti fondamentali-relazione al XXVIII convegno nazionale dell'AIC, in www.associazionedeicostituzionalisiti.it, 27.

⁵⁰ Nella sentenza del 20 giugno 2012, n. 10127.

⁵¹ Ordinanza del 17 gennaio 2013, iscritta a ruolo in Corte di giustizia come causa C-22/13, Mascolo v. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. Si vedano le osservazioni scritte della Commissione europea del 22 maggio 2013.

affermato dalla stessa Consulta nell'ordinanza n. 103 del 2008.

E non è escluso, da ultimo, che il rinvio pregiudiziale della Consulta fosse teso (anche) ad evitare un aggravamento della posizione dello Stato italiano *"nei confronti del quale già pende una procedura di infrazione, promossa dalla Commissione europea, per il corretto recepimento della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutto il personale impiegato nella scuola pubblica"*⁵².

7) Le condizioni oggettive del rinvio pregiudiziale

In questo contesto, il primo problema che si pone è quello della necessità del rinvio (art. 267, comma 2, TFUE: *"qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto"*).

La valutazione di tale necessità spetta, in linea di principio, al giudice nazionale, il quale, conoscendo direttamente il processo *"è nella situazione più idonea a valutare, con piena cognizione di causa, la pertinenza delle questioni di diritto sollevate (...) e la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la sua sentenza"*⁵³. Ne consegue, sempre secondo la Corte, che se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto UE, essa è tenuta a pronunciarsi⁵⁴.

La competenza del giudice interno a valutare la necessità del rinvio, però, non è esclusiva ma deve contemperarsi con la competenza della Corte di giustizia a definire l'ambito della propria giurisdizione. Ne consegue che la valutazione compiuta dal giudice nazionale viene vagliata dalla Corte che ha il potere di modificare i quesiti e di valutare disposizioni non richiamate dal giudice a quo.⁵⁵

Tale regola non è priva di eccezioni.

⁵² Procedura n. 2010/2124. Sul tema si veda PIA IADICCIO, *Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, cit..

⁵³ Cfr. CGUE Sentenza 29 novembre 1978, causa C- 83/78.

⁵⁴ Cfr. CGUE Sentenza 11 dicembre 2007, causa C- 280/06.

⁵⁵ Sul tema D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., pag. 22-37.

In particolare, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte essa può rifiutare di rispondere a una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale: *"qualora risulti manifestamente che l'interpretazione o la valutazione della validità della norma comunitaria, richiesta dal giudice nazionale, non ha alcuna relazione con i fatti o l'oggetto della causa principale, oppure il problema sia di natura ipotetica o anche nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari a fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte"*⁵⁶.

Una prima categoria di questioni irricevibili riguarda, quindi, il caso delle questioni irrilevanti ai fini della risoluzione della controversia.

Si tratta delle **questioni puramente ipotetiche**⁵⁷ o comunque senza un collegamento sufficiente con l'oggetto della causa⁵⁸, in quanto lo scopo del rinvio pregiudiziale non è quello di ottenere un parere dal giudice dell'Unione su questioni generali o ipotetiche, ma quello di contribuire a risolvere una controversia effettiva e attuale⁵⁹.

Una seconda categoria di questioni irricevibili è quella relativa alle questioni sollevate nell'ambito di una **controversia considerata fittizia**.

E' quanto avvenuto nella causa che ha dato luogo alle due sentenze Foglia c. Novello⁶⁰ nelle quali le parti erano perfettamente d'accordo sull'esito del giudizio che tendeva a fare risultare l'incompatibilità con il diritto UE della norma di uno Stato membro diverso (la Francia) da quella del foro (l'Italia).

Una terza categoria di questioni irricevibili è quella dei provvedimenti di rinvio in cui il giudice a quo, omettendo di indicare gli elementi di fatto o

⁵⁶ Si veda CGUE 2 luglio 2015, causa C- 497/12.

⁵⁷ CGUE Sentenza 16 luglio 1992, causa C- 83/91.

⁵⁸ CGUE Sentenza 16 maggio 1994, causa C- 428/93.

⁵⁹ CGUE Sentenza 12 marzo 1998, causa C- 314/96.

⁶⁰ CGUE Sentenza 11 marzo 1980, causa C- 104/79 e 16 novembre 1981 causa C- 244/80.

Sulla c.d "*presunzione di rilevanza*" delle questioni vertenti sul diritto dell'Unione si veda, da ultimo, CGUE 16 giugno 2015, causa C-62/14, punto 25.

di diritto sui quali le questioni inseriscono, non consente alla Corte di fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte. Si tratta, in sostanza, **di un difetto di motivazione dell'ordinanza di rinvio.**

Sul tema, è stato osservato⁶¹, come non ci sia un chiaro orientamento giurisprudenziale "ma solo l'espressione di una esigenza di razionalizzare il procedimento e di indurre i giudici nazionali ad una maggiore chiarezza quanto agli elementi di fatto e di diritto rilevanti, nonché quanto alla necessità della pronuncia della Corte per la decisione della causa".

8) Il dialogo fra giudici e le tecniche di redazione dell'ordinanza di rinvio.

L'art. 267 TFUE istituisce un procedimento di cooperazione diretta fra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che sono loro necessari per la soluzione delle controversie che sono chiamati a dirimere.

La cooperazione giurisdizionale non è un percorso a senso unico.

Se, da un lato, la Corte deve fare il possibile per aiutare il giudice di rinvio a interpretare e ad applicare correttamente il diritto dell'Unione, dall'altro, il giudice di rinvio deve sforzarsi di fornirle tutte le informazioni e tutti gli elementi di prova necessari a consentirle di esercitare tale funzione conformemente all'obiettivo di cui all'art. 267 TFUE.

La Corte esige, pertanto, che la domanda di pronuncia pregiudiziale contenga un'esposizione dei fatti pertinenti quali constatati dal giudice di rinvio. Detta domanda deve altresì riportare il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia⁶².

⁶¹ Cfr TESAURO, Diritto dell'Unione, cit., pag. 332-333.

⁶² Cfr. Sentenza CGUE 9 ottobre 2014, C-268/13, Petru, punto 22.

Inoltre, il giudice di rinvio deve esporre i motivi che lo hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa applicabile al procedimento principale.

Infine, al di là dell'esposizione del contesto di fatto e di diritto, la Corte esige che il giudice del rinvio chiarisca, nel caso in cui non risultino inequivocabilmente dal fascicolo, i motivi per cui ritiene una risposta alle sue questioni necessaria o utile alla definizione della controversia⁶³.

In questo contesto, preziosi sono i suggerimenti contenuti nelle Raccomandazioni *"all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale"* contenute nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 6 novembre 2012 C-338/1.

Anzitutto, il primo suggerimento è quello di una redazione *"semplice, chiara e precisa senza elementi superflui"*.

"Una decina di pagine è spesso sufficiente per esporre il contesto di una pronuncia pregiudiziale in maniera adeguata".

Tuttavia, *"pur rimanendo succinta"*, la decisione deve però *"essere sufficientemente completa"*.

In particolare, deve:

- *"contenere una breve esposizione dell'oggetto della controversia, nonché dei fatti pertinenti quali sono stati constatati o quanto meno, chiarire le ipotesi di fatto sulle quali la questione pregiudiziale è basata"*;
- *"riportare il contenuto delle disposizioni nazionali che possono trovare applicazione ed identificare, eventualmente, la giurisprudenza nazionale pertinente"*;
- *"identificare con la maggiore chiarezza possibile le disposizioni di diritto dell'Unione pertinenti nella fattispecie"*;
- *"Esplicitare i motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a sollevare questioni"*

⁶³ Cfr. Sentenza CGUE, 16 dicembre 1981, C- 244/80, Foglia, punto 17.

sull'interpretazione o la validità di talune disposizioni di diritto dell'Unione nonché il nesso che esso stabilisce tra queste disposizioni e la normativa nazionale che si applica alla causa principale”;

- Inoltre, il giudice nazionale, “se si ritiene in grado di farlo, può indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte”.

9) (segue) L'inosservanza delle stesse e le conseguenze in termini di incertezza giuridica. Il caso Telecom.

Il mancato rispetto di queste “raccomandazione” può creare situazioni di incertezza giuridica considerato che i piani di domanda (ordinanza di rinvio) e di risposta (la sentenza della Corte di giustizia) si pongono al confine di ordinamenti coordinati ma autonomi.

Facciamo un esempio: il c.d. caso Telecom Italia.

Prima di tutto, la fattispecie.

Il 28 aprile 2010, la Telecom Italia trasferiva un ramo d'azienda alla propria controllata TIIT.

I dipendenti impiegati nel ramo ceduto adivano il Tribunale di Trento al fine di far constatare che la cessione del ramo fosse inefficace nei loro confronti e che, di conseguenza, il loro rapporto continuava ad esistere con Telecom Italia.

A sostegno delle loro pretese venivano prospettate tre considerazioni: a) il ramo IT Operations, prima del suo conferimento nel capitale di TIIT, non costituiva una suddivisione funzionalmente autonoma nella struttura di Telecom Italia; b) Detto ramo, inoltre, non sarebbe stato preesistente al trasferimento; c) Peraltro, anche il potere preponderante esercitato dal cedente sul cessionario avrebbe impedito di qualificare tale conferimento come trasferimento di azienda.

Il Tribunale di Trento sospendeva il giudizio e rimetteva la questione alla Corte di giustizia, formulando due quesiti⁶⁴.

La Corte esaminava, in primo luogo, il tema del possibile contrasto della normativa nazionale con la direttiva 2001/23/CE laddove *"in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento"* (punto 22).

La Corte, in primo luogo, affermava che per stabilire se sussista un trasferimento dell'impresa il criterio decisivo è quello di accertare se *"l'entità in questione conservi la propria identità dopo essere stata rilevata dal nuovo datore di lavoro"* (punto 30).

L'affermazione riprende l'orientamento Spijkers⁶⁵ che conferiva particolare importanza, almeno fino alla fine degli anni '90, alla circostanza che l'attività d'impresa del cedente fosse proseguita o ripresa dal cessionario.

Tale trasferimento, prosegue la Corte (punto 31), *"deve riguardare un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata. Costituisce un'entità siffatta qualsiasi complesso organizzato di persone e di elementi, il quale consenta l'esercizio di un'attività economica che sia finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo e sia sufficientemente strutturata ed autonoma"*.

L'affermazione riprende l'orientamento Suzen⁶⁶, consolidatosi nella giurisprudenza successiva⁶⁷, in cui si attenua la centralità del fattore costituito

⁶⁴ Nel contesto in esame, viene esaminata solo la prima questione sollevata dal Tribunale di Trento.

⁶⁵ Sentenza 18 marzo 198, causa 24/85.

⁶⁶ Sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95.

⁶⁷ Sentenza 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96 e C-74/97, 25 gennaio 2001, causa C-172/99, 20 novembre 2003, causa C-340/01. Sul dibattito dottrinale si veda NOVELLA, Il trasferimento di imprese, in *Diritto del lavoro dell'unione europea* (a cura di CARINCI e PIZZOFERRATO), 2010, pag. 681 e seg..

dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa da parte del cessionario a favore di una valutazione di insieme delle circostanze che caratterizzano l'operazione di cessione.

Assume, poi, importanza centrale l'elemento dell'organizzazione dei rapporti di lavoro che, però, per integrare gli estremi dell'oggetto del trasferimento deve avere i caratteri della stabilità.

Ne consegue, prosegue la Corte al punto 32, che, ai fini dell'applicazione della direttiva, "l'entità economica in questione deve in particolare, **anteriamente al trasferimento**, godere di un'autonomia funzionale sufficiente, là dove la nozione di autonomia si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare, in modo relativamente libero e indipendente, il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori subordinati appartenenti al gruppo medesimo, e ciò senza intervento diretto da parte di altre strutture organizzative del datore di lavoro"⁶⁸.

Tale conclusione, prosegue la Corte ai punti 33 e 34, "è corroborata dall'art. 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, della direttiva 2001/23". Infatti, l'impiego del termine "conservi" implica "che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento".

In sostanza, per configurarsi un trasferimento di ramo d'impresa, sarebbe comunque necessario che l'entità trasferita disponga, **anteriamente al trasferimento**, di un'autonomia sufficiente per produrre in modo autosufficiente un servizio (che la "parte" dell'entità economica sia "organizzata in modo stabile", per usare le parole della Corte di giustizia⁶⁹).

La motivazione della sentenza, fino a questo punto, si poneva in linea con i suoi precedenti.

⁶⁸ Sentenza 6 settembre 2011, causa C-108/10, punto 51.

⁶⁹ Sentenza 24 gennaio 2002, causa C- 51/00, punto 23.

Ma la Corte, nella sentenza in esame, faceva un passo in avanti.

La direttiva, affermava la Corte (punto 36), "non deve essere letta nel senso che vieti ad uno Stato membro di provvedere un siffatto mantenimento dei diritti dei lavoratori nella situazione evocata (...). Dunque, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore.

Tale conclusione è corroborata dall'art. 8 della direttiva 2001/23, il quale dispone che quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori (...)⁷⁰.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione sollevata dichiarando che l'art. 1, paragrafo 1, lettere a) e b) della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che **non osta ad una normativa nazionale**, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte dell'impresa in questione **non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento**" (punti 39, 40 e 42).

Il passaggio argomentativo, nelle prime letture della sentenza, aveva creato non poche perplessità. Si è affermato, ad esempio, che la decisione "se non ben compresa potrebbe comportare elementi di equivocità e di difficoltà su un tema già caratterizzato da una elevata fluidità dei parametri di giudizio"⁷¹.

⁷⁰ Sulle clausole di non regresso si veda CARABELLI, LECCESE, Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 35/2005.

⁷¹ Cfr. RIVERSO, Una sentenza da leggere nella giusta ottica, in *Questione Giustizia*, giurisprudenza e documenti, marzo 2014.

Resta il fatto che la Suprema Corte, fin dalle prime letture della pronuncia della Corte di giustizia, ha avuto cura di precisare che (ferma restando la facoltà prevista per gli Stati membri dell'art. 8 della direttiva 2001/23), la Corte di giustizia ha (ri) "affermato che, ai fini dell'applicazione di detta direttiva, l'entità economica in questione deve, in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un'autonomia funzionale sufficiente e che, per altro verso, l'impiego, al citato art. 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, del termine conservi implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento"⁷².

Viene precisato, in particolare,⁷³ che "la sentenza comunitaria va letta non nel senso che non occorre, ai fini di cui trattasi, il requisito della preesistenza, ma che è consentito agli Stati membri prevedere una norma che estenda l'obbligo di mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti anche in caso di non preesistenza del ramo d'azienda", precisando che "la richiamata pronuncia interviene su questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trento che muove dall'errato presupposto che la norma interna, quale quella dettata dall'art. 2112, comma 5, del codice civile, consente la successione del cessionario nei rapporti di lavoro del cedente, senza necessità del consenso dei lavoratori ceduti, anche qualora la parte di azienda oggetto di trasferimento non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma già preesistente al trasferimento, tanto da poter essere identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

La Corte di cassazione, con l'ultima affermazione, fornisce, ai giudici di merito, una precisa indicazione giuridica che possiamo scomporre nei seguenti passaggi logici.

L'oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non è tanto la disposizione (nella specie,

⁷² Cfr. Cass. 14 maggio 2014, n. 11832. Nello stesso senso Cass. 4 settembre 2014, n. 18675.

⁷³ Cfr. Cass. 12 agosto 2014, n. 17901.

l'art. 32 del d.lgs 276/03) quanto la norma che la disposizione esprime.

In altre parole, la questione che il giudice nazionale sottopone alla Corte non può prescindere dal significato che la norma esprime attraverso l'elaborazione giurisprudenziale⁷⁴.

L'interpretazione della norma che risulti ampiamente condivisa dalla generalità dei giudici e fatta propria dalla Cassazione viene assunta come **significato obiettivo della legge**, diventando, per un verso, impermeabile al potere interpretativo della Corte costituzionale⁷⁵ e, sotto altro profilo, facendo venir meno il requisito della "rilevanza" della questione da sottoporre alla Corte di giustizia ove il "diritto vivente" che si è formato nell'interpretazione della norma sia conforme agli stessi precedenti elaborati dalla Corte di giustizia.

E la **valutazione della rilevanza della questione attiene alla competenza esclusiva del giudice di merito** che intende sollevare la questione.

La Corte di giustizia afferma, infatti, che *"spetta soltanto al giudice nazionale cui è sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte"*⁷⁶.

Da qui, la "censura" per il giudice di merito che ha sollevato la questione senza tenere nella adeguata considerazione l'elaborazione giurisprudenziale, specie di legittimità, anche per non creare

⁷⁴ Sul tema si veda GUASTINI, Interpretare e argomentare, in Trattato di diritto civile e commerciale (già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI, continuato da SCLESINGER), Milano, 2011, pag. 385.

⁷⁵ In tal caso, *"la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore (o) di questa Corte"*; Cfr. Corte cost. sentenza n. 350 del 1997.

⁷⁶ La Corte può rifiutarsi di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale *"solo qualora, segnatamente, appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale o qualora il problema abbia natura ipotetica"*; Cfr. CGUE Sentenza 10 marzo 2009, C-169/07, punto 35.

ulteriori aree di incertezza⁷⁷ in un ordinamento già di per sé "complesso" in cui coesistono "autonomie e integrazioni" giuridiche.

10) Facoltà e obbligo di rinvio. Le attenuazioni dell'obbligo.

L'art. 267 TFUE stabilisce un obbligo di rinvio solo in capo agli organi giurisdizionali *"avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno"*, mentre gli altri organi hanno una facoltà di rinvio.

La ratio della previsione dell'obbligo di rinvio in capo alle giurisdizioni di ultima istanza risiede, evidentemente, nel fatto che esse costituiscono l'ultima sede in cui è possibile operare il rinvio. A tale ragione, però, si aggiunge la considerazione che tale obbligo *"mira ad evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie"*⁷⁸.

Per giudice di ultima istanza (Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte costituzionale) si intende il giudice le cui sentenze non sono soggette ad impugnazione⁷⁹ con la precisazione, che si trae dalle conclusioni dell'avvocato generale CAPOTORTI⁸⁰, che non escludono il carattere di organo giurisdizionale di ultima istanza la possibilità né di mezzi straordinari di ricorso⁸¹, né di impugnazione da parte di soggetti diversi dalle parti in giudizio⁸².

L'obbligo per il giudice di ultima istanza di operare il rinvio non impedisce, però, che lo stesso possa compiere una valutazione in ordine alla fondatezza del dubbio interpretativo.

La questione fu affrontata dalla Corte di giustizia nella fondamentale sentenza CILFIT del 1982⁸³.

⁷⁷ Sul tema si veda, da ultimo, VIDIRI, Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali, in Mass. giur. lav., ottobre 2014, n. 10, pag. 632 e seg..

⁷⁸ Cfr. CGUE Sentenza 12 giugno 2008, causa C-458/06.

⁷⁹ Cfr. TESAURO, Diritto dell'Unione europea, cit., 338.

⁸⁰ Nella causa C-107/76, presentate il 5 maggio 1977.

⁸¹ Si pensi, nel nostro ordinamento, alla revocazione di cui agli artt. 395 c.p.c..

⁸² Si pensi all'opposizione di terzo di cui agli artt. 404 e seguenti c.p.c..

⁸³ CGUE 6 ottobre 1982, causa C-283/81.

La sentenza chiarì che il giudice nazionale di ultima istanza può astenersi da sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia quando la corretta applicazione del diritto dell'UE si impone *"con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio"* (c.d. teoria dell'atto chiaro).

Il principio viene enunciato in termini restrittivi (non deve esistere *"alcun ragionevole dubbio"*) e circondato da ulteriori cautele, attraverso l'affermazione che il giudice nazionale deve *"maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli Stati membri e alla Corte di giustizia"* e rammentando che l'interpretazione delle norme UE comporta un raffronto tra le varie versioni linguistiche, la considerazione del suo contesto e del suo stato di evoluzione (punti nn. 16-20 della sentenza CILFIT).

La creazione di un filtro, ancorchè legato a condizioni rigorose, *"non può tuttavia eliminare il rischio di veder trasformati molti atti dell'Unione, notoriamente oscuri, in atti chiari; e molte norme chiare, interpretate in modo oscuro"*⁸⁴

Preoccupazioni che, almeno in parte, sono destinate ad essere ridimensionate dalla possibilità che gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione riconducibili ad organi giudiziari.

11) Limiti soggettivi e temporali di efficacia della pronuncia della Corte di giustizia.

I trattati non forniscono indicazioni circa gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia.

E' scontato che la sentenza interpretativa della Corte di giustizia vincoli il giudice a quo⁸⁵, salva la possibilità di un nuovo rinvio pregiudiziale, sia per sollecitare un revirement sulla base di nuovi elementi di valutazione⁸⁶, sia per avere chiarimenti su una pronuncia già resa⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. TESAURO, *Il diritto dell'Unione*, cit., pag. 339.

⁸⁵ CGUE Sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, punti 26 e seg.

⁸⁶ CGUE Sentenza 11 giugno 1987, causa C-14/86, punto 12.

⁸⁷ CGUE Sentenza 24 giugno 1969, causa C-29/68.

L'interpretazione della Corte di giustizia vincola anche i giudici di grado superiore (effetti endo processuali) che, in successive fasi del giudizio, potranno essere chiamati a giudicare sulla stessa causa⁸⁸ e la stessa Corte costituzionale "*chiamata a decidere un giudizio incidentale di costituzionalità nell'ipotesi in cui la pregiudizialità comunitaria e quella costituzionale siano tra di loro in rapporto di consequenzialità necessaria*"⁸⁹. Qualora "*il giudice del rinvio si discosti dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, la sua decisione potrà, per tale ragione, essere impugnata*"⁹⁰.

Ma l'efficacia delle sentenze interpretative si estende anche al di fuori del giudizio principale (efficacia extraprocessuale⁹¹) con effetto anche per gli altri giudici e le amministrazioni nazionali⁹² che devono fare applicazione delle norme della UE nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia⁹³.

L'efficacia della sentenza è retroattiva (o *ex tunc*) considerato che la pronuncia della Corte di giustizia definisce la portata della disposizione interpretata come avrebbe dovuto essere intesa e applicata sin dalla sua entrata in vigore⁹⁴.

La disposizione come interpretata dalla Corte di giustizia deve, quindi, essere applicata anche ai rapporti giuridici sorti prima della sentenza interpretativa⁹⁵, purchè non esauriti⁹⁶.

Delicato è, in questo contesto, il problema del rispetto dei termini di decadenza o prescrizione posti dal diritto nazionale all'esercizio di un diritto e dell'azione ad esso collegato.

⁸⁸ Sul tema si veda D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale, cit., pag. 314-341..

⁸⁹ Cfr. D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale, cit., pag. 342-346.

⁹⁰ NICASTRO, La pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia, cit., pag. 26.

⁹¹ La tesi, sostenuta dalla dottrina francese e dalla giurisprudenza, secondo cui la pronuncia interpretativa si "incorporerebbe" nella norma interpretata, dando vita ad un provvedimento esecutivo generale ed astratto idoneo a produrre effetti normativi erga omnes anche al di fuori del processo che originò il rinvio pregiudiziale non è da tutti condivisa. Per approfonditi rilevi critici si veda D'ALESSANDRO, il rinvio pregiudiziale, cit., pag. 392 e seg..

⁹² Cfr. sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

⁹³ In questo senso Corte cost., sentenza n. 284 del 2007.

⁹⁴ Cfr. ISAAC, Droit communautaire general, Paris, 1990, pag. 288.

⁹⁵ CGUE Sentenza 3 ottobre 2002, causa C-347/00, punto 67.

⁹⁶ CGUE Sentenza 13 febbraio 1996, cause C-197/94 e C- 252/94, punto 47.

Per tale ipotesi rileva, in mancanza di specifica disciplina dell'UE, il principio di equivalenza (dei rimedi posti a tutela di diritti attribuiti dal diritto nazionale) e quello di effettività (la non impossibilità e non eccessiva difficoltà di esercitare un diritto attribuito da fonte dell'Unione).

Principio che, in linea di principio, spetta al giudice nazionale verificare (nel caso concreto), salva la possibilità per la Corte di giustizia di fornire al giudice nazionale le indicazioni che ritenga utili⁹⁷.

In materia di decadenza⁹⁸ relativa all'azione di ripetizione di somme pagate percepite dalle amministrazioni nazionali in violazione del diritto dell'UE, ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto compatibile la fissazione di un termine ragionevole⁹⁹ in nome della certezza del diritto.

L'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative è tale da travolgere anche un atto amministrativo definitivo.

Nella sentenza *Kuhne & Heitz* del 2004¹⁰⁰, la Corte ha affermato che il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 TCE (ora 4, comma 3, TUE) *"impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte"*. L'applicazione del principio è, però, subordinato a una serie di condizioni: a) l'amministrazione deve disporre, secondo il diritto nazionale, del potere di revocare l'atto; b) l'atto deve essere divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza deve essere fondata su un'interpretazione errata del diritto dell'UE adottata senza che la Corte sia stata adita in via pregiudiziale; d) l'interessato deve chiedere la

⁹⁷ Cfr. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pag. 354.

⁹⁸ CGUE Sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, punto 28.

⁹⁹ Quantificato, a seconda delle circostanze del caso concreto, in cinque anni (sentenza 17 luglio 1997, C-90/94), due anni (sentenza 22 febbraio 2001, C-52/99) e finanche uno (sentenza 16 luglio 2009, C-69/08)

¹⁰⁰ CGUE Sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

revoca dell'atto immediatamente dopo essere stato informato della giurisprudenza della Corte¹⁰¹. La Corte ritiene, però, che sia possibile limitare l'efficacia nel tempo delle sue sentenze per salvaguardare il principio di certezza del diritto. La limitazione degli effetti della sentenza della Corte di giustizia ex nunc (di carattere, comunque, eccezionale¹⁰²) può avvenire in presenza di due circostanze (che devono ricorrere cumulativamente): a) che vi sia il rischio di gravi ripercussioni economiche per via dell'elevato numero di rapporti costituiti in buona fede in base alla normativa nazionale ritenuta valida sulla scorta di una erronea interpretazione del diritto dell'Unione¹⁰³; b) che i singoli e le autorità nazionali siano stati indotti a un comportamento non conforme alla normativa europea in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza in ordine alla sua portata. Incertezza la cui valutazione poggia, in modo rilevante, sui comportamenti tenuti da altri stati membri o dalla Commissione¹⁰⁴.

12) La mutazione genetica della Corte di cassazione fra cessioni di supremazia e acquisizione di sovranazionalità.

Una riflessione finale si impone sulla "mutazione genetica" della Corte di cassazione¹⁰⁵, ormai obbligata a garantire - anche - l'uniforme interpretazione della legge alla luce dell'ordinamento dell'UE e nel rispetto della CEDU e di altre convenzioni internazionali.

La scelta di dialogare con la Corte di giustizia, indiscutibilmente collegata alla necessità di

¹⁰¹ Nella sentenza Kapferer (16 marzo 2006, C-234/04) la Corte ha, invece, escluso la possibilità di estendere, al caso di specie, l'orientamento Kuhne &Heitz quando ad essere messo in discussione sia non un atto amministrativo definito ma una decisione giurisdizionale passata in giudicato che il giudice ritenga assunta in violazione del diritto UE.

¹⁰² CGUE Sentenza 15 settembre 1998, causa C-234/04.

¹⁰³ Tuttavia la Corte ha precisato che tale circostanza non giustifica, di per sé, la limitazione dell'efficacia nel tempo della sentenza (CGUE Sentenza 19 ottobre 1995, causa C-137/94).

¹⁰⁴ CGUE Sentenza 20 settembre 2001, causa C-184/99.

¹⁰⁵ Il tema è trattato da RUGGERI, in Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress al servizio dei diritti fondamentali, in www.forumcostituzionale.it.

ottenere dal giudice di Lussemburgo "lumi" sulla portata del diritto UE sembra, in questo modo, ridisegnare il ruolo della Cassazione in un complesso "gioco" di cessioni di supremazia" e "acquisizioni di sovranazionalità".

Sul primo versante (**cessioni di supremazia**) è emblematico l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia resa in tema di vincolatività della pronuncia del giudice di ultima istanza nei confronti del giudice di rinvio in caso di contrasto della prima con il diritto UE¹⁰⁶.

Sul secondo versante (**acquisizione di quote di sovranazionalità**) la quotidiana opera di riparametrazione della giurisprudenza di legittimità alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale dimostra l'evoluzione di un diritto giurisprudenziale interno che supera ampiamente il recinto nazionale, "partecipando in modo incessante a processi di concretizzazione dei diritti destinati ad entrare in un circuito internazionale"¹⁰⁷.

Si tratta, come è stato detto¹⁰⁸, di un nuovo ordine giurisdizionale che apre le porte ad una nuova nomofilachia europea.

Si avverte, come è stato osservato, di un passaggio da forme di cooperazione e collaborazione spontanea, fondate sull'attivismo a fasi alterne di talune autorità giurisdizionali più favorevoli ad assecondare le giurisdizioni sovranazionali, alla formazione di strumenti capaci di costituire un ordinato canale di collegamento fra organi nazionali decentrati e giurisdizioni sovranazionali centralizzate.

Comprendere il peso e la rilevanza del rinvio pregiudiziale significa, in definitiva, prendere atto di una silenziosa ma non meno netta metamorfosi del ruolo del giudice interno, non più solutore dei contrasti propri del giudizio posto al suo vaglio, ma anche artefice della costruzione di un diritto che senza il rinvio pregiudiziale rimane nazionale.

¹⁰⁶ Il caso Krizan, sentenza della CGUE del 15 gennaio 2013, causa C- 416/10.

¹⁰⁷ Cfr. RUGGERI, in Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale, cit..

¹⁰⁸ BARONE, The european "nomofilachia" network, in Riv. Dir. Pubbl. Com., fasc. 2, 2013, pag. 351.

ROBERTO COSIO