

Sindacato di legittimità della legge e convergenza tra parametri costituzionali e parametri sovranazionali: precedenze, interazioni, procedure

di Diletta Tega*

1. Introduzione al tema. 2. Lo scopo del superamento della cd. dottrina Granital. 3. Le reazioni critiche. 4. Le difficoltà applicative della nuova dottrina. 5. Il seguito della nuova dottrina da parte della Corte di Cassazione. 5.1. Il seguito della *precisazione* come «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia». 5.2. Il rifiuto della *precisazione*. 6. In conclusione

1. Introduzione al tema

Non si dovrebbe mai parlare di giustizia costituzionale dopo che lo ha fatto Roberto Romboli. Ma mi trovo nella situazione di doverlo farlo grazie alla amichevole perfidia di Guglielmo Leo che mi ha regalato un onore grandissimo, e gravato di un confronto che mi vede perdente già in partenza. Ho nei confronti di Roberto Romboli non solo un debito scientifico, come tutti gli studiosi di diritto costituzionale, ma anche una profonda riconoscenza.

Detto questo, è un onore prendere la parola nell'ambito di questo Corso. Mi sia consentito esprimere un sentito e particolare ringraziamento per l'invito al Presidente Lattanzi, al direttivo della Scuola e, nonostante la mia premessa, all'esperto formatore, il Dottor Leo.

Nel mio ultimo lavoro monografico, *La Corte nel contesto*¹, ho interpretato la cd. *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 (vedi *infra*), e il seguito che la nuova dottrina giurisprudenziale² negli anni successivi, come un'innovazione contenente elementi tanto di rassicurazione per il giudice comune/ordinario e per quello del Lussemburgo, quanto di superamento della cd. regola Granital (170/1984³).

La *precisazione* del 2017 è stata, per quanto inattesa e criticata, facile da capire. Lo scopo è quello di ribadire la centralità dello strumento della dichiarazione di illegittimità costituzionale con effetto *erga omnes*, capace di rimuovere dall'ordinamento la norma in ipotesi in contemporaneo contrasto con i parametri europeo ed italiano tutte le volte in cui in gioco vi sia una norma interna sospettata di incompatibilità sia con la Costituzione che con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Nel mio studio ho spiegato con dovizia di particolari gli elementi che hanno condotto a questo tentativo di rafforzamento. Certamente un peso cruciale lo ha avuto, da un lato, la proclamazione della Carta dei diritti⁴, che il Trattato di Lisbona equipara, per quanto concerne il valore giuridico, ai Trattati, e l'effetto diretto riconosciuto dalla Corte di giustizia ad alcuni suoi articoli. Dall'altro, la grande fortuna che, nell'ordinamento italiano, ha riscosso lo strumento del rinvio pregiudiziale. Il rischio che si voleva evitare è che il circuito della giurisprudenza europea (giudici nazionali + Corte di giustizia) si sovrapponesse a quello della giustizia costituzionale fino a spingerlo in secondo piano.

*Diletta Tega è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna.

¹ D. Tega, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020, in open access <https://buponline.com/prodotto/la-corte-nel-contesto/>, pp. 183-257 ss. Rimando al volume anche per più ampi riferimenti di dottrina.

² Sia permesso rinviare sul significato di dottrina giurisprudenziale della Corte costituzionale a D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 61 ss.

³ Si consiglia di rivedere le interessanti riflessioni di Cesare Pinelli sul pensiero maturato dal relatore della decisione, Id., *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1986, pp. 1856 ss.; Id., *Antonio La Pergola, giurista costruttore*, in *Diritto Pubblico*, 2/2007, pp. 571 ss.; Id., *Intervento*, in *Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale Antonio La Pergola*, Palazzo della Consulta, 17 dicembre 2008, pp. 43 ss.

⁴ Tra i molti per i profili qui di interesse si veda A. O. Cozzi, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, 3/2020.

Esempio paradigmatico è la cd. saga Taricco che, iniziata con un rinvio pregiudiziale che non coglieva nel segno del giudice di Cuneo, si è poi conclusa, alcuni anni dopo, in seguito ad un provvidenziale, per quanto criticato, rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale⁵ al giudice del Lussemburgo⁶.

Si tratta non solo di *responsabilità istituzionale* del giudice delle leggi, ma anche di ricerca di *legittimazione*, qui da intendere come capacità della Corte costituzionale di attrarre le questioni di legittimità emergenti dinanzi ai giudici ordinari, evitando che esse fluiscano in tutto o in larga parte altrove⁷.

La presente relazione si articola in quattro parti: lo scopo del superamento della cd. dottrina Granital; le reazioni critiche; le difficoltà applicative della nuova dottrina; il seguito della nuova dottrina da parte del giudice nazionale, in particolare della Suprema Corte di Cassazione.

2. Lo scopo del superamento della cd. dottrina Granital

La Corte costituzionale, a partire dalla fondamentale sentenza n. 170 del 1984, cd. Granital, e almeno sino alla ordinanza n. 48 del 2017 (ribadita, anche più recentemente, dalla 67/2022), ha messo a punto un preciso “ordine” da seguire: davanti ad una cd. doppia pregiudizialità si deve dare precedenza a quella comunitaria, poiché essa costituisce «un *prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di costituzionalità, investendo la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio *a quo* e pertanto la rilevanza della questione. Di conseguenza, la questione pregiudiziale di legittimità costituzionale è inammissibile ove il giudice rimettente chiedesse la verifica di costituzionalità di una norma, pur esplicitando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme comunitarie ed un contrasto con queste ultime; il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto, infatti, eventualmente con l’ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l’irrilevanza della questione stessa (sentenze nn. 75 del 2012, 298 del 2011, 284 del 2007, ordinanze nn. 298 del 2011, 241 del 2010, 100 del 2009, 85 del 2002, 249 del 2001).

La dottrina elaborata dalla Corte ha favorito lo sviluppo del diritto Ue e la sua pervasività in sintonia con i desiderata delle Istituzioni Ue e della Corte di giustizia, ma certamente ha sollevato perplessità in particolare da quando la Carta dei diritti della Ue (CDFUE) è divenuta diritto primario e uno dei riferimenti dei giudici Ue.

Valerio Onida, nel seminario organizzato dalla Corte nel 2007 sui rapporti tra i due ordinamenti, riconobbe che «l’affermazione del sindacato diffuso di conformità delle leggi al diritto comunitario sembrerebbe aver suggerito l’idea di un generalizzato ‘controllo’ dei giudici sulle leggi in nome della supremazia dell’ordinamento comunitario, che potrebbe finire per rendere inutile o solo facoltativo il ricorso alla Corte costituzionale attraverso la proposizione di questioni incidentali»⁸. La *reticenza*, durata tanti decenni, della Corte a usare la pregiudiziale comunitaria ha finito per corroborare la *fuga* dei giudici comuni dalla giustizia costituzionale⁹ e «quindi una riduzione di fatto, e non la salvaguardia, del ruolo della Corte costituzionale»¹⁰. Tenuto conto di questo scenario, Onida ha

⁵ Adita dal Tribunale di Milano e della Corte di Cassazione che, pur potendo disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l’interpretazione relativa al corretto significato da attribuire all’art. 325 TFUE e alla sentenza Taricco, hanno preferito interpellare la Corte costituzionale.

⁶ Solo in seguito al rinvio disposto dal Collegio, con l’ord. n. 24 del 2017, la Corte del Lussemburgo ha chiarito che l’obbligo di disapplicazione non era destinato a operare nei casi in cui ciò avrebbe comportato la violazione della legalità penale dello Stato aderente, ovvero di un principio costituzionale che, la sent. n. 115/2018, a chiusura della cd. saga Taricco, ha definito supremo.

⁷ Sia permesso rinviare sul significato di legittimazione in questo contesto a D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 84 ss.

⁸ ID., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale*, cit., in part. p. 68.

⁹ Cfr. M. Ruotolo, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione e giustizia*, 2018.

¹⁰ V. Onida, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 47 ss., p. 62; R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*,

sottolineato che il portato della *giurisprudenza Granital* ha condotto a riconoscere in capo alla CGUE una sorta di sindacato sulla legge analogo a quello operato dalla stessa Corte costituzionale, seppur con effetti ben diversi¹¹.

La possibile *sovrapposizione* tra le due sedi di controllo, denunciata da Onida, risulta dunque «ancora più manifesta quanto più si estende l'area dei principi tratti dal diritto comunitario, che sono vincolanti per il legislatore interno e possono essere ritenuti dotati di efficacia diretta, ma che assai spesso non sono diversi dai principi che si traggono dalla Costituzione, garantiti dal sindacato costituzionale sulle leggi. [...] decidere se invocare come parametri le norme costituzionali sui diritti, o invece le norme comunitarie sugli stessi diritti, può divenire allora espressione di una scelta sostanzialmente discrezionale o meglio “libera” del giudice»¹². Non va poi dimenticato che da ormai più di dieci anni i giudici italiani sono secondi soltanto ai colleghi tedeschi per numero di rinvii pregiudiziali (sono stati 286 nel periodo 2014-2018)¹³ forse anche per la maggiore facilità con cui essi si scrivono¹⁴.

La *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale è stata l'occasione, come sostenuto Augusto Barbera (componente del collegio), per interrogarsi sui problemi posti dall'esistenza dei due canali paralleli che si sono appena accennati, da un lato la CGUE e i giudici comuni e dall'altro la Corte costituzionale¹⁵, e per aggiornare la *dottrina Granital*¹⁶: «[...] le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito [...] questa Corte ritiene che laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»¹⁷.

L'*obiter* inserito nella decisione del 2017 esprime la volontà della Corte costituzionale di essere introdotta subito nella conversazione sui diritti fondamentali dotati di veste sia italiana sia europea (cosa che nella cd. saga Taricco, come si è detto, non era avvenuta, creando non poche incertezze). Ma non esclude, in linea di principio, che, qualora sorgessero discordanze interpretative tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, il giudice comune potrebbe alla fine allinearsi

4/2018, pp. 633 ss., in part. p. 639, torna a ribadire questa valutazione, sostenendo che lo sviluppo del rinvio pregiudiziale proprio grazie a quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale ha portato i giudici a conseguire «un risultato altrimenti precluso: liberarsi dal vincolo della legge».

¹¹ Id., *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. Nascimbene (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 29 ss., in part. pp. 46 e 50. La pronuncia di illegittimità costituzionale ha effetti *erga omnes*, mentre la decisione della CGUE si limita a imporre al giudice nazionale di non applicare la legge incompatibile con il diritto Ue.

¹² Id., *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»*, cit., pp. 50-51.

¹³ Cfr. la Relazione annuale sulla giurisprudenza e le attività della Corte del 2019, in www.curia.europa.eu.

¹⁴ Del resto, va tenuto in considerazione che la pretesa sempre più stringente dalla parte della Corte di una motivazione esaustiva e di argomentazioni approfondite nelle ordinanze di rinvio è stato un elemento che può aver pesato nella scelta del giudice comune di propendere per il rinvio, così F. Sorrentino, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008, pp. 1288 ss., in part. p. 1290.

¹⁵ Id., *La Carta dei diritti, La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, pp. 149 ss.

¹⁶ Sia permesso rinviare per maggiori approfondimenti riguardo alla creazione della dottrina Granital da parte della Corte a D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 198 ss.

¹⁷ §§ 5.2, sent. n. 269 del 2017.

alla seconda. L'inversione è servita per permettere alla Corte costituzionale di dire *la prima parola* – cioè fissare il quadro dei riferimenti e dei problemi, nei quali la dialettica è destinata a svilupparsi e dai quali dunque, in certa misura, essa resterà comunque condizionata – visto che avere *l'ultima parola*, nei confronti della Corte di giustizia, non garantisce a sufficienza la garanzia del controllo di costituzionalità¹⁸. In primo piano cioè c'è la possibilità processuale per la Corte costituzionale di prendere subito parte attiva alle discussioni sulla compatibilità tra leggi nazionali e Carta di Nizza, e di impostarne i termini.

Più nel particolare, l'inversione dell'ordine tra pregiudizialità comunitaria e costituzionale in caso di cd. doppia pregiudizialità, che l'*obiter* della decisione n. 269 del 2017 è sembrato compiere, ha sancito il superamento del tradizionale modello di assetto dei rapporti tra diritto Ue e nazionale in tema di protezione dei diritti.

Senza dubbio la Corte fa un chiaro *richiamo all'ordine* per i giudici comuni: quando sul tavolo ci sono diritti costituzionali, e non classiche libertà economiche del diritto Ue, è opportuno rivolgersi, in primo luogo, al giudice costituzionale. Richiamo non dissimile a quelli fatti, nel 2007 e nel 2015, in riferimento ai limiti nei quali fare uso da parte del giudice comune della giurisprudenza EDU (*supra* pgr. 2.1). Davanti a tale richiamo occorre dare però ai giudici comuni gli esatti termini, anche pratici, del coordinamento¹⁹.

Il riferimento obbligato è alle modalità con le quali la Corte ha utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale. Per decenni la Corte ne ha categoricamente escluso l'utilizzo, forse anche a causa di una sorta di *judicial ego*²⁰. Con la discussa ordinanza n. 536 del 1995, la Corte chiarì di non voler utilizzare direttamente lo strumento del rinvio pregiudiziale poiché la sua funzione era quella «di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni». Il nostro Collegio rifiutava cioè di considerarsi una *giurisdizione nazionale* cui l'allora art. 177 del Trattato istitutivo (*ex art.* 234 TCE, oggi art. 267 TFUE) ricollegava il potere/dovere di utilizzare tale strumento.

Fortunatamente, è proprio il caso di dirlo, la Corte ha rimeditato la sua posizione di chiusura e ha iniziato a 'impraticarsi' via via nell'uso del rinvio: mi riferisco alle ordinanze nn. 103 del 2008, in via principale, 207 del 2013²¹ e 24 del 2017, in via incidentale. Seppure tardivamente, questi rinvii si sono rivelati strumentali ad *aprire le comunicazioni* con i colleghi della Corte di Lussemburgo: dapprima in un caso di tassazione discriminatoria, poi in uno sui diritti dei lavoratori, il cd. caso Mascolo, ed infine, in tema di frodi IVA, nella cd. saga Taricco in cui la Corte riesce, tramite il suo rinvio pregiudiziale (ord. n. 24 del 2017), a illustrare le peculiarità del principio costituzionale *nullum*

¹⁸ Per Sabino Cassese la moltiplicazione delle istituzioni abilitate a dire l'ultima parola fa capire che non è importante chi dica l'ultima parola, ma chi partecipa al dialogo, ID., *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, 1/2015, pp. 21 ss., in part. p. 30.

¹⁹ Molti al momento sono invece i dubbi che nutrono i giudici che temono di essere rimasti sguarniti dei criteri per decidere l'ordine delle questioni da sottoporre al giudice costituzionale e a quello del Lussemburgo, come mette in luce acutamente A. Cosentino, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 2019. Si veda il tentativo in dottrina di enucleare criteri che possano orientare il giudice, F. Spitaleri, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali: criteri guida per la scelta del giudice comune e giudizio di costituzionalità*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 63 ss.

²⁰ Come lo ebbe a definire J.J.H. Weiler, 'Editorial: Judicial Ego', in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 1, 2011, pp. 1 ss. Atteggiamento peraltro seguito anche dai colleghi spagnoli, francesi, tedeschi (che lo hanno superato, rispettivamente, solo nel 2011, nel 2013 e nel 2014. Capofila dell'atteggiamento contrario, e dunque dell'utilizzo frequente del rinvio è stato, come ben si sa, il giudice costituzionale belga. Si rimanda sul tema allo *Special issue – Preliminary References to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts*, curato da M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno, in *German Law Journal*, vol. 16, 6, 2015; D. Paris, *Constitutional courts as European Union courts: The current and potential use of EU law as a yardstick for constitutional review*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 6, 2017, pp. 792 ss.

²¹ Si veda il lucido commento di A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2013, pp. 2897 ss., in cui l'A. metteva in evidenza, da par suo, che il rapporto che si instaura tra Corti, quando una solleva questione dinanzi ad un'altra, è particolarmente intenso, perché promuovere un giudizio significa in qualche modo anche partecipare, in via dialettica, alla decisione.

crimine nulla poena sine praevia lege poenali che non erano state valutate adeguatamente da una decisione della Corte di giustizia resa su rinvio pregiudiziale del giudice per le indagini preliminari di Cuneo (8 settembre 2015 in causa C-105/14). Pur senza entrare nel merito della complicata vicenda²², vale la pena, ai fini del ragionamento seguito in queste pagine, richiamare la possibile differenza tra il rinvio pregiudiziale articolato dal giudice comune che si muove nel perimetro delle problematiche sollevate dal caso che è chiamato a decidere e quello invece sollevato dalla Corte costituzionale che ha una visione prospettica che va oltre il caso singolo per ampliarsi a comprendere l'intero ordinamento costituzionale. Che i due rinvii, dunque, partano da posizioni diverse e si pongano fini diversi è perfettamente comprensibile.

Il canale di comunicazione può funzionare dunque non solo per ricevere, ma anche per trasmettere alla Corte di giustizia i problemi costituzionali che pongono talune decisioni, come aveva raccomandato Joseph Weiler al Convegno AIC di Perugia del 1999: «Le supreme Corti dovrebbero non soltanto rivolgere questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ma dovrebbero configurare queste ultime non come domande, ma come proposte di soluzione, che spieghino dettagliatamente le ragioni per cui tali proposte siano preferibili nella prospettiva della sensibilità costituzionale della Corte che opera il rinvio. Questo costringerebbe anche la Corte di giustizia europea a prendere in considerazione, a riflettere su e a rispondere a tale sensibilità costituzionale e, nel caso in cui se ne discosti, a giustificare la sua scelta»²³.

Approdo ultimo di questo *crescendo* è l'ordinanza n. 117 del 2019 con cui il Collegio svolge non solo un rinvio interpretativo, ma anche di validità, argomentando la necessità di riconoscere compiutamente il "diritto al silenzio", riconducendolo agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, 48 e 49 della CDFUE e all'art. 24 Costituzione.

Ebbene la risposta che la Corte di giustizia ha fornito a questa ordinanza con la decisione del 2 febbraio 2021, DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), caso C-481/19, è stata eclatante perché, per la prima volta, ha riconosciuto che una persona fisica non può venire sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Il riconoscimento di tale 'diritto al silenzio' è stato ottenuto grazie alle argomentazioni avanzate dal giudice costituzionale italiano, in assenza di precedenti diretti nella nostra giurisprudenza.

3. Le reazioni critiche

Numerose sono state le reazioni sia della dottrina²⁴, sia della magistratura, entrambe impegnate nel misurare la distanza dell'*obiter* dalla giurisprudenza consolidata a far data dal 1984.

Non è mancato chi, nel commentare la svolta del 2017, ha manifestato un duplice timore: di un possibile *grave imbarazzo* dei giudici comuni nella loro doppia qualità di giudici nazionali e di giudici del diritto Ue; nonché di una sorta di *ingessatura* del giudice, il cui l'intervento non solo

²² Tra i molti contributi sull'argomento, si vedano, esemplarmente, M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, pp. 15 ss.; A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Napoli, Jovene, 2017.

²³ J.J.H. Weiler, *L'Unione e gli Stati membri L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2000, pp. 5 ss., in part. pp. 13-14.

²⁴ In merito alle perplessità suscitate dall'*obiter*, esemplarmente, A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017. Si è arrivati a ricordare che scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale potrebbe portare a un possibile ricorso per infrazione per violazione congiunta degli artt. 4 e 19 TUE, cfr. L.S. Rossi, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 16, 2018, pp. 1 ss., in part. p. 10.

verrebbe ritardato, ma anche espropriato di molte valutazioni essenziali, tra cui la strada più opportuna per rendere giustizia il prima possibile²⁵.

Più in generale è stato poi espresso il timore della reazione da parte della Corte di giustizia.

4. Le difficoltà applicative della nuova dottrina

La Corte è tornata sul tema della cd. doppia pregiudiziale nel 2019, nel 2020 e nel 2022. Si tratta delle pronunce nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019, nn. 11, 44, 254 del 2020, nn. 31, 54, 67 e 137 del 2022. Le sentenze contengono elementi sia di *rassicurazione* tanto per il giudice nazionale, quanto per quello del Lussemburgo, ma allo stesso tempo, almeno a mio parere, anche di *conferma* del superamento dell'assetto che si era affermato dalla decisione n. 170 del 1984 in poi. Pongono inoltre nuovi interrogativi²⁶, oltre a risolvere diversi profili di incertezza contenuti nella 269.

Da un lato, l'inversione della pregiudiziale sembra venire ridotta da precedenza in senso tecnico, giuridicamente doverosa (come diceva la *precisazione*), a più tenue opportunità, se non proprio a mera proposta metodologica. In qualche modo si tratterebbe di una sorta di temperamento²⁷. Dall'altro, è stato ampliato l'oggetto delle questioni sottoponibili allo scrutinio della Corte anche i) al diritto Ue diverso dalla CDFUE, purché in connessione con i diritti da quest'ultima tutelati (nei termini previsti dalla sentenza n. 20 del 2019) o ii) ad una delle classiche libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati (n. 11 del 2020). Insomma, decisivo non è più il fatto che il parametro europeo derivi principalmente dalla CDFUE, ma soltanto che esso – quale che sia la sua fonte, compresi i Trattati, e la sua efficacia – corrisponda per contenuto ai parametri interni²⁸.

Concludevo le mie riflessioni monografiche, quasi due anni fa, rimandando al futuro la valutazione del tipo di seguito che la *precisazione* avrebbe avuto presso i giudici. I giudici si sarebbero trovati in *grave imbarazzo* nella loro doppia qualità di giudici nazionali e di giudici del diritto UE? Si sarebbero sentiti per così dire *ingessati*, vedendo il loro intervento non solo ritardato da un ricorso in Corte costituzionale, ma anche *espropriato* di molte valutazioni essenziali, tra cui la strada più opportuna e veloce per rendere giustizia il prima possibile²⁹?

A distanza di qualche anno, l'incontro di oggi ci offre la possibilità di mettere alla prova il consolidamento e il rendimento della nuova dottrina. Provo dunque a verificare se e come il nudging della Corte costituzionale abbia *funzionato* in riferimento alla posizione della Suprema Corte di Cassazione³⁰.

5. Il seguito della nuova dottrina da parte della Corte di Cassazione

²⁵ G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 2019.

²⁶ In riferimento alle decisioni del 2019 si veda per tutti la acuta riflessione di A. Cosentino, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 2019.

²⁷ C. Amalfitano, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC* 1/2020, pp. 1 ss.

²⁸ E lo si fa con una motivazione laconica: è stato lo stesso giudice comune «nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni».

²⁹ G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 2019.

³⁰ Sull'orientamento della Cassazione si rinvia esemplarmente ad A. Cosentino, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018; Id., *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, in C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino, 2022, pp. 213 ss. Si veda anche, aggiornato al 2019, la rassegna *La giurisprudenza delle Sezioni Civili Anno 2019, Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, vol. I, https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rassegna_civile_2019-vol_1-2-3.pdf.

Esaminare le risposte della Suprema Corte è interessante anche in considerazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da cui è gravata (art. 267.3 TFUE).

L'atteggiamento, almeno per ora, non è affatto univoco.

Sono infatti emersi interrogativi significativi rispetto alla nuova dottrina, in particolare ai fini del ragionamento svolto in queste pagine: *i)* la questione di costituzionalità va sempre sollevata con precedenza rispetto all'eventuale rinvio pregiudiziale? *ii)* è precluso al giudice rimettente, in seguito a un eventuale rigetto (o accoglimento solo parziale) nel merito delle questioni sollevate, di porre gli stessi quesiti alla Corte di Lussemburgo ed, eventualmente, sulla base delle risposte ricevute (se divergenti da quelle del giudice costituzionale), di disapplicare la legge italiana? *iii)* la innovativa soluzione, pur non mancando certamente di una sua logica e razionalità, può ritenersi in linea con la giurisprudenza Ue? *iv)* la garanzia del prioritario intervento della Corte costituzionale si estende anche ai casi in cui la coincidenza opera tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che *non* sono inseriti nella Carta, o *non solo* in essa, ad esempio perché rilevati dalla Corte (*anche*) in base al meccanismo (tuttora operante come riconosciuto dall'art. 6, comma 3, TUE) del ricorso ai principi generali del diritto³¹?

5.1 Il seguito della *precisazione* come «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia»

I casi di accoglimento della precisazione non sono certamente numerosi. Nella quasi totalità hanno offerto l'occasione alla Corte costituzionale di procedere al rinvio pregiudiziale cui è seguita una pronuncia di fondatezza³². L'elaborazione della doppia pregiudiziale sembra cioè aver avuto un primo effetto abbastanza chiaro: si è accompagnata al rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo con la Corte di giustizia. Ciò che a molti commentatori era parso un indebolimento del primato del diritto Ue nel nostro ordinamento; ciò che a molti giudici comuni era sembrato una riduzione del ruolo di giudice europeo; si è rivelato nei fatti interpretato dalla Corte costituzionale come un'occasione da non sprecare per dimostrare una profonda conoscenza del diritto Ue e un atteggiamento collaborativo.

Non a caso nel 2020 (ord. n. 182, vedi *infra*) il giudice costituzionale ha precisato che il rinvio pregiudiziale si colloca «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)» (sent. n. 269 del 2017, punto 5.2. del Considerato in diritto). L'intervento chiarificatore che si richiede alla Corte di giustizia è funzionale, altresì, alla garanzia di uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione.

Di più. La Corte costituzionale dimostra, come già nel rinvio in merito alla saga cd. Taricco, di intendere il rinvio come il *canale di comunicazione* possa funzionare non solo per *ricevere*, ma anche per *trasmettere* alla Corte di giustizia i problemi costituzionali che pongono talune decisioni, come già ricordato in questa relazione.

³¹ R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, pp. 1 ss., in part. p. 31.

³² Mi riferisco alle sentenze 84/2021 e 54/2022. Sulla prima, tra i molti, T. Guarnier, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2/2021; S. Filippi, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84*, *ConsultaOnline*, III/2021, pp. 767 ss. Sulla seconda, B. Nascimbene e I. Anrò, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022; A. Ruggeri, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in *ConsultaOnline*, I/2022, pp. 252 ss.

La prima applicazione in assoluto della *precisazione* ha condotto a esiti davvero felici. La seconda Sezione civile, il 16 febbraio 2018, con l'elaborata ordinanza n. 54 (Bolognesi c. CONSOB) - a distanza di poco meno di due mesi dalla pubblicazione in Gazzetta della 269 del 2017 - ha applicato la *precisazione*, pur evidenziandone i profili di criticità. Ad esempio, l'ordinanza chiedeva alla Corte se l'inciso «per altri profili», contenuto nella precisazione, voleva significare che le violazioni della CDFUE escluse nel giudizio costituzionale non potevano più essere oggetto di cognizione da parte del giudice comune.

In estrema sintesi, la Cassazione, alle prese con un caso di sanzioni applicate dalla CONSOB per abuso di informazioni privilegiate e intralcio alle indagini della stessa autorità, si trovava dinanzi a due ordini di problemi che chiamavano in causa principi fondamentali della materia penale (*nemo tenetur se detegere* e proporzione tra illeciti e sanzioni), dotati di tale rilievo, da avere, per così dire, veste sia interna sia sovranazionale. Le molteplici dimensioni di questi principi determinavano, per ciascuno di essi, un problema di doppia pregiudizialità: era sospetta la violazione tanto della Costituzione (e di fonti internazionali, come la CEDU, che operano attraverso la mediazione dell'art. 117, primo comma, Cost.), quanto della CDFUE.

Se l'ordinanza di rimessione si è contraddistinta per precisione e profondità, la Corte costituzionale, dal canto suo, non si è fatta trovare impreparata³³: ha confezionato, con l'ord. 117 del 2019, un rinvio pregiudiziale sia di interpretazione che di validità, particolarmente articolato, argomentando la necessità di riconoscere compiutamente un «diritto al silenzio»³⁴, riconducendolo agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, 48 e 49 della CDFUE e all'art. 24 Costituzione.

Lo ha potuto fare, in primo luogo, in quanto «organo giurisdizionale» nazionale, con buona pace di quanto scritto nell'ordinanza n. 103 del 2008 che, nel rappresentare il primo rinvio pregiudiziale in assoluto, aveva insistito sul diverso modo di operare del vincolo comunitario nei giudizi pendenti davanti ai giudici comuni e nei giudizi costituzionali (in quel caso in via principale)³⁵. In secondo luogo, sulla base di quanto affermato nell'*obiter* della pronuncia n. 269 del 2017, la Corte, nel vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di leggi nazionali alle norme della Carta, è nelle condizioni di valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla CDFUE, anche «attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta [...]» (§ 2 Considerato in diritto)³⁶.

Nel rinvio pregiudiziale del 2019 il Collegio ha specificato la necessità di capire i) se la normativa interna – che prevede l'obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari, in attuazione del diritto UE – vada interpretata nel senso di consentire allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura «punitiva»; ii) se, nel caso la risposta sia negativa, tale obbligo

³³ L'illegittimità costituzionale della previsione della confisca obbligatoria del prodotto dell'illecito amministrativo e dei beni utilizzati per commetterlo è stata basata, nella sentenza 112/2019, sul contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale CEDU, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, paragrafo 3, CDFUE.

³⁴ L'ordinanza, nel dimostrarsi molto aggiornata e consapevole della giurisprudenza sia della Corte di Strasburgo che di Lussemburgo, non trascurava di spiegare che il cd. diritto al silenzio, pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale, costituisce per la giurisprudenza costituzionale un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», riconosciuto dall'art. 24 Cost., diritto appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana che caratterizza l'identità costituzionale italiana.

³⁵ M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: primo atto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2008, pp. 1312 ss., che non riteneva implausibile una futura interlocuzione diretta della Corte costituzionale con la Corte di giustizia, p. 1316. Ordinanza che peraltro neppure viene nominata da quella del 2019, secondo quello stile della Corte in base al quale i nuovi orientamenti sono spesso introdotti senza enfatizzare la giurisprudenza precedente.

³⁶ Il rinvio pregiudiziale era stato raccomandato da più parti, cfr., tra gli altri, L.S. Rossi, *Il "triangolo giurisdizionale"*, in *Federalismi.it*, 16/2018, p. 7.

possa essere considerato compatibile con il diritto dell'individuo a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, deducibile dagli artt. 47 e 48 della Carta.

Il rinvio pregiudiziale si rivela così più complesso di quello ipotizzato dall'ordinanza della Cassazione, perché si tratta, nella sostanza, di un rinvio che riguarda la validità del diritto derivato, oltre, e forse più, che l'interpretazione della CDFUE. Il giudice costituzionale sembra padroneggiare con estrema dimestichezza tale strumento, tanto che problematizza ulteriormente (rispetto a quanto richiesto dall'ordinanza di rimessione) il dialogo con la Corte di giustizia. Il *quid pluris* è dato dalla peculiarità della funzione affidata alla giustizia costituzionale. Si potrebbe dire che il rinvio costituisca una sorta di risposta a chi, all'indomani della *precisazione*, si chiese polemicamente sotto quali aspetti potesse essere differente il rinvio a seconda che fosse proposto dalla Corte costituzionale o dai giudici comuni.

Da questo punto di vista, va sottolineato che la scelta italiana dimostra la volontà di coinvolgere, davvero la Corte di giustizia nell'ottica di uno spirito di leale collaborazione. Soprattutto se si considera, come è stato fatto, che il giudice costituzionale avrebbe ben potuto avviarsi ad un accoglimento delle questioni ex artt. 24 e 111 Cost. e art. 6 CEDU, ma che non lo ha fatto, perché altrimenti i profili collegati al diritto UE sarebbero rimasti assorbiti.

Ma anche il terzo attore della triangolazione non è stato da meno.

La risposta che la Corte di giustizia, come ho già ricordato *supra*, ha fornito a questa ordinanza con la decisione del 2 febbraio 2021, DB c. CONSOB, caso C-481/19, è stata eclatante perché, per la prima volta, ha riconosciuto che una persona fisica non può venire sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale. Il riconoscimento di tale 'diritto al silenzio' è stato ottenuto grazie alle argomentazioni avanzate dal giudice costituzionale italiano, in assenza di precedenti diretti nella nostra giurisprudenza. Nulla poi è stato detto dal giudice del Lussemburgo in merito alla compatibilità della precisazione con il primato del diritto UE³⁷.

In questa vicenda mi pare che le tre Corti protagoniste abbiano dato prova di *saggezza*: la prima perché, già pronta al rinvio pregiudiziale, come si nota dal profondo ragionamento contenuto nell'ordinanza di rimessione, ha avuto la lucidità e la flessibilità di imboccare la strada incognita indicata dalla pronuncia n. 269 del 2017, senza sentirsi in qualche modo defraudata del proprio ruolo di giudice europeo; la seconda ha voluto e saputo fare un rinvio pregiudiziale, assicurando la Corte di giustizia sulla sua fedeltà al primato del diritto UE; la terza ha valorizzato gli sforzi delle prime due, offrendo un esempio virtuoso della cd. tutela multilivello dei diritti.

Nel 2019, le ordinanze della Cassazione, sez. lavoro, nn. 175, 177-182, 188-190³⁸, hanno rivolto alla Corte una questione di legittimità circa la discriminazione degli stranieri nell'accesso all'assegno di natalità (tema sul quale il contenzioso con l'INPS è corposo). Pur riconoscendo che la questione avrebbe potuto essere esaminata alla stregua del diritto anti-discriminatorio UE, eventualmente previo rinvio pregiudiziale, si è optato per l'incidente di illegittimità costituzionale,

³⁷ Celebra il nuovo ruolo acquisitor dalla Corte costituzionale italiana D. Sarmiento, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, Weekend Edition n° 54, 16 aprile 2021, https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend_edition_54, 2.

³⁸ In una delle ordinanze di rimessione, la 179, la S.C. osserva che la "non applicazione" della disposizione contenuta nell'art. 1, comma 125, della l. n. 190 del 2014, ovviamente limitato all'inciso che richiede per cittadini extracomunitari anche il possesso di permesso di lungo soggiorno, non potrebbe realizzare effetti analoghi a quelli derivanti dalla sua pronuncia di incostituzionalità, in quanto solo in sede di giudizio costituzionale è possibile valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi e considerare gli indici normativi che avrebbero dovuto condurre il legislatore a riconoscere, quale unico criterio selettivo giustificato e ragionevole, il possesso della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, previsto dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, quale espressione di un principio generale, al fine di riconoscere ai titolari la piena equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale

citando, *ad colorandum*³⁹, l'art. 34 della Carta di Nizza allo scopo di ottenere una valutazione di ragionevolezza capace di produrre effetti *erga omnes*⁴⁰.

Anche in questo caso la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 182 del 2020 si è rivolta per un chiarimento interpretativo alla Corte di giustizia, cui, anche in questo frangente è seguita una sentenza di fondatezza⁴¹. Di nuovo il rinvio è stato molto articolato. La Corte di Lussemburgo (2 settembre 2021, *O.D. e altri c. INPS* (C-350/20) ha affermato l'incompatibilità della normativa italiana con l'art. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva della direttiva 2011/98/Ue, sulla parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini degli Stati membri (§ 34). Si è specificato che la questione sottoposta dai giudici costituzionali va esaminata unicamente alla luce della direttiva 2011/98/Ue e non con riferimento all'art. 34 della Carta cui la direttiva dà espressione⁴².

Nel 2021, la Cassazione (sezione lavoro, ordd. nn. 110 e 111 dell'8 aprile 2021) si è rivolta alla Corte costituzionale, dopo aver adito la Corte di giustizia⁴³ e aver da essa ricevuto una decisione che attesta il contrasto della norma censurata, in tema di riconoscimento dell'assegno familiare, con il diritto dell'Unione (25 novembre 2020, cause C-302/19 e C-303/19).

Questa interpretazione eccentrica della *precisazione* ha offerto alla Corte costituzionale l'occasione per un importante chiarimento.

Le due ordinanze sostenevano la violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione alle direttive nn. 2003/109/CE, sullo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo

³⁹ Come scrive, in un commento critico all'ordinanza n. 182 del 2020, S. Giubboni, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, p. 1982 ss.

⁴⁰ Perché, scrive la S.C., «[...] solo in sede di giudizio costituzionale è possibile, infatti, valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi». A. Cosentino, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, cit., fa notare un'implicita valorizzazione del criterio del margine di apprezzamento, maggiore o minore, lasciato dal diritto dell'Unione al legislatore nazionale, rinviando a F. Donati, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 29 aprile 2020, spec. p. 117 ss., nonché, con ulteriori precisazioni Id., *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, spec. p. 9 ss.

⁴¹ «Il giudice del rinvio interroga la Corte sull'interpretazione dell'articolo 34 della Carta al fine di stabilire se l'assegno di natalità e l'assegno di maternità rientrino nell'ambito di applicazione di quest'ultimo e se l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98 osti a una normativa nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi, titolari di un permesso unico, ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di tale direttiva, dal beneficio di detti assegni», § 43. La Corte, con la sentenza n. 54 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che escludono da alcune provvidenze (bonus bebè e assegno di maternità) gli stranieri extracomunitari non titolari del permesso per soggiornanti Ue di lungo periodo perché «[...] istituiscono per i soli cittadini di Paesi terzi un sistema irragionevolmente più gravoso, che travalica la pur legittima finalità di accordare i benefici dello stato sociale a coloro che vantano un soggiorno regolare e non episodico sul territorio della nazione», e negano adeguata tutela proprio a chi si trovi in condizioni di più grave bisogno.

⁴² «Orbene, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta, gli Stati membri devono agire nel rispetto di tale direttiva (v., in tal senso, sentenza dell'11 novembre 2014, Schmitzer, C-530/13, EU:C:2014:2359, punto 23 e giurisprudenza ivi citata). Ne consegue che occorre esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98. L'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva in questione è determinato dal regolamento n. 883/2004», § 47. S. Giubboni, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri*, cit.

⁴³ Dalla la rassegna *La giurisprudenza delle Sezioni Civili Anno 2019, Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, vol. I, cit., risulta che, nel 2019 la Sez. lavoro aveva sollevato una questione pregiudiziale diretta ad accertare, rispettivamente, se l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, del 25 novembre 2003, nonché il principio di parità di trattamento tra soggiornanti di lungo periodo e cittadini nazionali, ostino ad una legislazione nazionale in base alla quale, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare vanno esclusi i familiari del lavoratore di Stato terzo soggiornante di lungo periodo, qualora gli stessi risiedano presso il paese d'origine, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, e se l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE, del 13 dicembre 2011, nonché il principio di parità di trattamento tra titolari del permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, ostino ad una legislazione nazionale in base alla quale, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare vanno esclusi i familiari del lavoratore di Stato terzo titolare del permesso unico, qualora gli stessi risiedano presso il paese d'origine, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro.

periodo, e 2011/98/UE, sullo status dei cittadini di paesi terzi che siano titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro.

Né l'una né l'altra ordinanza evocava la violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte di cassazione, nelle ordinanze di rimessione, ha sostenuto di non poter procedere alla disapplicazione della disposizione poiché, con riferimento alla prestazione sociale in oggetto, il diritto europeo non detta una disciplina in sé compiuta, da applicare in luogo di quella dichiarata incompatibile⁴⁴.

La Cassazione ha preso un abbaglio che la Corte costituzionale, con la decisione n. 67 del 2022⁴⁵, ha ricondotto all'inammissibilità, con invito alla non applicazione con una chiara riaffermazione del primato del diritto UE⁴⁶.

5.2 Il rifiuto della *precisazione*

In altri casi, il nudging della Corte non è stato seguito perché i) si è ritenuta prevalente, e sufficiente, la strada del rinvio pregiudiziale interpretativo, seguito dalla non applicazione; ii) perché si è proceduto direttamente alla non applicazione. Si tratta di casi in cui si nega il valore cogente della *precisazione*; oppure che vertono su diritto UE derivato con effetti diretti; o che hanno dato diretta ed immediata applicazione alla CDFUE.

La Cassazione, sezione lavoro, con sentenza n. 4223 del 21 febbraio 2018, nel riassumere un giudizio sospeso in seguito a rinvio pregiudiziale⁴⁷ - promosso da un lavoratore intermittente,

⁴⁴ Per un commento molto critico cfr. S. Giubboni, N. Lazzerini, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2021: «Spetta dunque agli Stati membri stabilire quali prestazioni sociali garantire ai propri cittadini: nei limiti in cui ricadano nell'ambito materiale del diritto/obbligo alla parità di trattamento previsto delle direttive, esse devono essere ugualmente previste per i soggiornanti di lungo periodo e i titolari di permesso unico. Ove l'obbligo rimanga inadempito, come nei casi di specie, non possono sussistere dubbi sul fatto che il diritto alla parità di trattamento così come configurato dalle direttive sia produttivo di effetti diretti verticali. La Corte avrebbe infatti dovuto senz'altro procedere alla disapplicazione della normativa interna contrastante con le disposizioni delle direttive munite di efficacia diretta verticale, assicurando così il rispetto del principio di parità di trattamento in conformità con le previsioni del diritto dell'Unione. La scelta dell'incidente di costituzionalità, lungi dal fornire una più adeguata garanzia al principio di parità di trattamento nell'accesso all'assistenza sociale assicurato dalle direttive ai cittadini di paesi terzi, finisce al contrario per indebolirne oggettivamente rilievo e portata precettiva, alterando il rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione», pp. 9-10. Difende le ordinanze L. Cavallaro (che ha fatto parte del Collegio), Il "dialogo tra le Corti" e le prestazioni di sicurezza sociale, in <https://www.giustiziainsieme.it/>.

⁴⁵ Si veda in merito alla decisione B. Nascimbene, I. Anrò, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit.; A. Ruggeri, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, cit.; A. Cozzi, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022*, in *ConsultaOnline*, 2/2022, pp. 410 ss.

⁴⁶ «[...] Non è quindi la disciplina delle prestazioni sociali – nella specie dell'assegno per il nucleo familiare – l'oggetto delle direttive citate. Come ha chiarito la Corte di giustizia nelle sentenze rese a seguito del duplice rinvio pregiudiziale, l'organizzazione dei regimi di sicurezza sociale rientra tra le competenze degli Stati membri, che possono conformare e modificare il sistema delle provvidenze in coerenza con esigenze interne di sostenibilità complessiva. [...] L'intervento dell'Unione si sostanzia, dunque, nella previsione dell'obbligo di non differenziare il trattamento del cittadino di paese terzo rispetto a quello riservato ai cittadini degli Stati in cui essi operano legalmente. Si tratta di un obbligo imposto dalle direttive richiamate in modo chiaro, preciso e incondizionato, come tale dotato di effetto diretto», § 12. Silvana Sciarra, relatrice della decisione, aveva peraltro espresso molto chiaramente questa posizione: «Un sentiero giurisprudenziale comune deve servire a prevenire qualunque disorientamento dei giudici che fronteggiano la scelta del rinvio pregiudiziale, ponendo tale scelta in alternativa anche temporale rispetto alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale. Quel sentiero deve perfino poter rassicurare il giudice che sceglie consapevolmente di orientarsi verso la non applicazione delle disposizioni ritenute contrastanti con il diritto europeo, quando si profilano le condizioni per farlo.», in *Id.*, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 3/2021 p. 37 ss., in part. p. 40.

⁴⁷ Nel rinvio si era chiesto alla Corte di giustizia se la norma italiana (d.lgs. n. 276 del 2003, art. 34) che lo consente contrasti o non col principio comunitario di non discriminazione in ragione dell'età, art. 21.1 CDFUE nonché direttiva

licenziato al compimento del 25° anno di età - ha escluso ulteriori spazi per questioni di costituzionalità, come invece aveva richiesto la difesa del lavoratore. Pur non essendoci menzione esplicita della *precisazione*, il giudice afferma che non vi sono ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela antidiscriminatoria ai giovani più intensa⁴⁸.

La Sezione lavoro, con la decisione n. 12108 del 17 maggio 2018, ha disapplicato la normativa nazionale in materia di età pensionabile dei ballerini, perché la Corte di giustizia, in base ad un rinvio pregiudiziale proposto nello stesso procedimento, ha stabilito che è discriminatorio licenziare le ballerine per raggiungimento dell'età pensionabile se questa è differente rispetto a quella prevista per gli uomini (in nome del divieto di discriminazione fondata sul sesso di cui all'art. 14 della direttiva 2006/54/CE, self- executing). Così si esprime la Cassazione: «12. Questa Corte ritiene non opportuno (salve le determinazioni del giudice di appello che dovrà dare effettività al decisum della Corte di giustizia disapplicando la normativa interna che realizza una disparità di trattamento tra ballerini e ballerine) seguire l'impostazione di cui alla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzione (e quindi sollevare incidente di costituzionalità sul punto) in quanto in primo luogo la Corte ha già seguito la strada del rinvio pregiudiziale per valutare la compatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione cui la Corte di giustizia ha dato una univoca risposta positiva cui si tratta di dare

2000/78/CE. La Corte di giustizia il 19 luglio 2017 (C-143/2016, *Abercrombie e Fitch c. A.B.*) ha stabilito che la discriminazione sia in questo caso giustificata dalla legittima finalità perseguita dal legislatore italiano che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di venticinque anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari.

⁴⁸ «[...] Infine, al punto 6 C), si chiede alla Corte di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, alla luce dell'art. 3 Cost., nella parte dell'estinzione del rapporto che - secondo la difesa della parte intimata - non risponderebbe ad alcun criterio di ragionevolezza. L'art. 3 sarebbe violato in quanto i giovani riceverebbero un trattamento differenziato in ragione delle loro " condizioni personali " (nell'ambito delle quali rientrerebbe l'età). Ora a parte la genericità della prospettazione, priva di riferimenti di sorta alla giurisprudenza costituzionale, va osservato che la Corte di giustizia ha ritenuto che la deroga al principio di parità di trattamento (sia in entrata che in uscita) sia giustificato da finalità di natura sociale come previsto espressamente dalla Direttiva 2000/78/CE escludendo i dedotti profili discriminatori. Appare evidente che se il rapporto lavorativo potesse proseguire oltre il venticinquesimo anno di età e potesse essere sciolto solo secondo i criteri generali verrebbe ad essere compromessa la ratio delle disposizione globalmente considerata e cioè di favorire l'impiego attraverso l'istituto del lavoro intermittente dei soli soggetti al di sotto del venticinquesimo anno di età: tale ratio è stata - come più volte ricordato - già esaminata dalla Corte del Lussemburgo che l'ha ritenuta legittima alla luce della Direttiva e della stessa Carta dei diritti (art. 21). Non vi sono ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela (antidiscriminatoria) ai giovani più intensa di quella che proviene dalla fonti sovranazionali che, come si è accennato, negli ultimi anni hanno rafforzato le politiche e gli strumenti di contrasto antidiscriminatorio rendendoli un momento prioritario di regolazione da parte dell'Unione ed anche di supervisione attraverso un'Agenzia sui diritti fondamentali (introdotta dal Trattato di Lisbona) e periodici Report da parte della Commissione e del Parlamento Europeo sul rispetto della Carta dei diritti che, in genere, privilegiano proprio il monitoraggio antidiscriminatorio (alla luce degli artt. 20 e 21 della Carta). La Dottrina in questi anni ha sottolineato come, proprio nel settore del contrasto della discriminazione, vi sia stata una fusione di orizzonti tra il livello interno, sovranazionale ed anche quello convenzionale (attestato dalle moltissime decisioni della Corte costituzionale che hanno applicato negli ultimi anni l'art. 14 della Cedu), reso più spontaneo ed efficace dal carattere particolarmente intenso delle tutele previste dall'Unione (attraverso le Direttive a largo raggio del 2000 e l'approvazione ed implementazione giudiziaria della Carta dei diritti - che, inoltre, ex art. 52, comma 3, della stessa Carta - deve tenere in considerazione le decisioni della Corte di Strasburgo pertinenti per la materia trattata). Pertanto non vi è alcuna evidenza e nemmeno plausibilità a favore della tesi per cui il nostro ordinamento possa offrire una diversa soluzione alla questione del carattere discriminatorio (anche sotto il profilo dell'irrazionalità) della disposizione qui in discussione, non solo perché nel settore le politiche dell'Unione sono particolarmente avanzate, ma anche in quanto gli obiettivi sociali menzionati dalla Corte di giustizia sono comuni al nostro ordinamento costituzionale. Del resto la tecnica del legislatore italiano di facilitare l'impiego dei giovani attraverso strumenti di varia natura in deroga ai criteri generali è stato ripetutamente utilizzata e non ha portato, sul piano interno, ad una messa in mora "di principio" da parte della Corte delle leggi: non sembra in conclusione casuale che, da quel che emerge dagli atti, la difesa della parte intimata abbia in sostanza da sempre insistito, nelle sue argomentazioni, sui profili di illegittimità "sovranazionale" piuttosto che su quelli di incostituzionalità della disposizione prima ricordata. Pertanto la questione sollevata appare manifestamente infondata». Sulla decisione si veda V. Piccone, Il lavoro intermittente di nuovo dinanzi al giudice di legittimità: riflessioni a caldo sul caso Abercrombie dopo la nuova pronuncia della Cassazione, marzo 2018, in <https://www.rivistalabor.it>.

effettività nel rispetto del principio costituzionale (e sovranazionale) del giusto processo, cui è demandato il giudice di merito. 13. In secondo luogo ritiene che il principio affermato nel punto 5.2 della citata sentenza (discussa in dottrina per i suoi effetti in ordine all'immediato e tempestivo esercizio dei poteri che al Giudice ordinario attribuisce l'ordinamento dell'Unione onde garantire una pronta effettività ai diritti che sono garantiti a livello sovranazionale) costituisca un mero obiter dictum, in quanto la sentenza è (sul punto) di inammissibilità e sotto altro profilo di rigetto e quindi non ha natura obbligatoria per il Giudice ordinario offrendo solo una proposta metodologica. 14. In terzo luogo si rileva che, sebbene citata dalle parti e in sede di rinvio pregiudiziale, nello specifico la Carta dei diritti ed il suo art. 21 non hanno avuto alcun rilievo decisivo concreto, avendo la Corte di giustizia valutato il contrasto tra la normativa italiana pertinente ed il diritto dell'Unione, sulla base esclusiva dell'interpretazione dell'art. 14 direttiva 2006/54, peraltro in relazione alla precedente decisione Kleist, C-356/09 del 18 novembre 2010, che a sua volta non utilizza e richiama minimamente la disposizione della Carta dei diritti. Pertanto il decisum della Corte di giustizia è rimasto ancorato saldamente all'esame della sola disposizione della direttiva (art. 14) il cui esame conduce alla valutazione di contrarietà della norma interna per discriminazione diretta per ragioni di sesso. Di fatto la Carta è rimasta completamente estranea all'argomentazione della Corte del Lussemburgo ed ancor prima non è stata utilizzata come fonte primaria del diritto UE: pertanto si ricade nell'ambito del caso esaminato nella sentenza n. 111/2017 della Corte costituzionale (in un caso non molto dissimile di allegata discriminazione per ragioni di sesso), nel quale si è stabilito (il che poi è stato confermato nella stessa n. 269/2017) che il Giudice ordinario, prima di sollevare incidente di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 cost. per violazione del diritto dell'Unione, deve valutare la possibilità di disapplicare (secondo i criteri ordinari) la norma interna rientrando questo compito tra i suoi essenziali poteri. Si auspica peraltro che la Corte delle leggi voglia apportare comunque chiarimenti in futuro su un punto rimasto comunque oscuro (anche se non rileva nel caso in esame per quanto sopra ricordato) e cioè su cosa debba fare il giudice ordinario allorché la tutela invocata operi attraverso il combinato disposto tra le direttive e le disposizioni della Carta dei diritti, posto che le prime dovrebbero essere interpretate anche alla luce della seconda che ne costituisce in realtà un parametro di legittimità sostanziale.»⁴⁹

Si è proceduto ad un rinvio pregiudiziale, per esempio, da parte della Sezione Lavoro, (ord. n. 13678 del 30 maggio 2018). Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prospettava i) la cessazione automatica dal rapporto di lavoro per i piloti dipendenti di una società operativa per i servizi segreti, fissata dalla normativa italiana al raggiungimento dei 60 anni, fosse in contrasto con la direttiva 2000/78 e con l'art. 21 CDFUE; ii) la natura non vincolante della *precisazione* del 2017 e la sottolineatura che «il dialogo diretto con la Corte di giustizia sia lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»⁵⁰.

Il tema della doppia pregiudizialità ritorna anche nelle sentenze della Corte di Cassazione, sez. civ., nn. 31632 (Di Puma) e 31633 (Zecca) del 26 settembre 2018, incentrate sulla materia del *ne bis in idem*. Ordinanze che, preso atto della risposta ricevuta dalla Corte di giustizia (sentenza 30 marzo 2018 nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16), hanno dato diretta ed immediata applicazione

⁴⁹ A. Cosentino, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, cit., p. 216, fa notare che, dopo Corte cost. n. 20/2019, l'argomento che la disposizione interna risultava in contrasto con una disposizione di diritto derivato e non, direttamente, con una disposizione della CDFUE non potrebbe più essere speso e che tale argomenyo ha consentito alla Sezione Lavoro di eludere, in qualche misura, il nucleo del *dictum* della n. 269/2017, coprendo la CDFUE sotto lo schermo della suddetta direttiva 2006/54/CE.

⁵⁰ A. Cosentino, *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017, ed i suoi seguiti, nella giurisprudenza del giudice comune*, cit., ha scritto che l'ord. ha prefigurato un criterio di scelta tra il rinvio pregiudiziale e la questione di legittimità costituzionale – quello della prevalenza del profilo nazionale o del profilo euro-unitario – che è poi stato variamente sviluppato nel successivo dibattito dottrinario.

al disposto dell'art. 50 CDFUE, senza che, nella presente fattispecie, tale applicazione risultasse, secondo i giudici, in conflitto con il disposto di norme di diritto interno⁵¹.

La Cassazione, Sezione lavoro, con l'ordinanza del 10 gennaio 2019, n. 451⁵² ha articolato un rinvio pregiudiziale incentrato sulla spettanza o meno dell'indennità per ferie non godute nel periodo dal licenziamento illegittimo alla reintegrazione⁵³. Nell'ordinanza si stabilisce che «47. Questa Corte

⁵¹ «16. L'intera problematica va ora riconsiderata alla luce della citata sentenza della Corte costituzionale n. 269/17, che, come è noto, si è specificamente soffermata sull'ipotesi di contrasto tra la norma interna e quelle disposizioni del diritto dell'Unione europea, suscettibili di applicazione diretta, che siano contenute nella CDFUE. In tale sentenza, dopo la premessa che la CDFUE “costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale... sicchè può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione” si afferma che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)” e, conseguentemente, si conclude che “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE”. 17. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza C. cost. n. 269/17 ha recepito in maniera non omogenea le indicazioni che, con tale sentenza, la Corte costituzionale ha inteso dare ai giudici comuni. Con l'ordinanza n. 3831 del 16.2.2018 questa Sezione – di fronte un duplice caso di doppia pregiudizialità, concernente due distinte ed autonome disposizioni del t.u.f., entrambe sospettate di ledere diverse disposizioni della CDFUE e della Costituzione italiana (oltre che della CEDU e, una di loro, del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966) – ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, segnalando, tuttavia, le criticità che essa ravvisava nel percorso argomentativo della sentenza n. 269/17. Con la sentenza n. 12108 del 17.5.2018, per contro, la Sezione Lavoro di questa stessa Corte ha ritenuto immediatamente inapplicabile, senza necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità, una normativa interna il cui contrasto con il divieto di discriminazione tra uomo e donna aveva già formato oggetto di accertamento da parte della Corte di giustizia. Con la successiva ordinanza n. 13678 del 30.5.2018, infine, la medesima Sezione Lavoro, dubitando della compatibilità di una norma interna con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 CE e nell'art. 21 CDFUE, ha proposto il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea evocando direttamente (in una con la direttiva 2000/78 CE) l'art. 21 CDFUE. 18. Il Collegio preliminarmente rileva che la citata sentenza CGUE C-537/16, *Garlsson Real Estate*, anch'essa relativa alla compatibilità del cumulo di sanzioni penali ed amministrative in materia di abusi di mercato, afferma espressamente (p. 68) che “il principio del *ne bis in idem* garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale”. Ciò premesso, si ritiene riconsiderando, sul punto, le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza n. 23233/16, anche alla luce delle tre pronunce della Corte di giustizia del 20 marzo 2018 sopra menzionate alla fine del p. 8.2 – che le specifiche caratteristiche della vicenda che costituisce oggetto del presente giudizio consentono di dare diretta attuazione al disposto dell'art. 50 CDFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia in esito al rinvio pregiudiziale, senza che ciò determini alcuna frizione con il principio del controllo accentrato di costituzionalità di cui all'art. 134 Cost., sul quale si fondano le indicazioni contenute nella sentenza C. cost. n. 269/17. 19. Nella vicenda oggetto del presente giudizio, la circostanza che il dott. Z. sia stato assolto con formula piena dall'imputazione a lui mossa, ai sensi dell'art. 184 t.u.f., per i medesimi fatti per i quali gli è stata irrogata la sanzione amministrativa qui impugnata, fa sì che il rispetto del precetto dell'art. 50 CDFUE non entri in conflitto con alcuna disposizione interna e ciò, per un verso, impedisce l'insorgenza stessa di una questione di inapplicabilità di norme interne in ragione del primato del diritto dell'Unione europea e, per altro verso, esclude la rilevanza, nel presente giudizio, dei dubbi di costituzionalità astrattamente prospettabili – in relazione all'art. 117 Cost., con riferimento alle norme interposte di cui agli artt. 4 del VII Protocollo allegato alla CEDU e 50 della CDFUE – in ordine alle disposizioni del t.u.f. che disegnano il c.d. “doppio binario” sanzionatorio, penale ed amministrativo, per gli abusi di mercato (dubbi, peraltro, già sollevati, con specifico riguardo all'art. 187 bis t.u.f., dalla quinta sezione penale di questa stessa Corte, con l'ordinanza 15 gennaio 2015, n. 1782, alla quale ha poi fatto seguito la sentenza della Corte costituzionale 12 maggio 2016 n. 102)».

⁵² E, negli stessi termini si è espressa anche l'ord. di rinvio della Sezione Lavoro, decisa il 27 novembre 2018 e depositata alla Corte del Lussemburgo il 21 gennaio 2019.

⁵³ Se l'art. 7 par. 2 della direttiva 2003/88 e l'art. 31, punto 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche separatamente considerati, debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali, cessato il rapporto di lavoro, il diritto al pagamento di una indennità pecuniaria per le ferie maturate e non godute [...] non sia dovuto in un contesto in cui il lavoratore non abbia potuto farlo valere, prima della cessazione, per fatto illegittimo [...] addebitabile al datore di lavoro, limitatamente al periodo intercorrente tra la condotta datoriale e la successiva reintegrazione.

ritiene di non dovere seguire la strada indicata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 269 del 2017, del preventivo incidente di costituzionalità posto che il diritto alle ferie è anche garantito dalla Costituzione all'art. 36 terzo comma; a tal fine rileva questo Collegio che le indicazioni sono espresse in un "obiter" non vincolante per il giudice comune, essendo contenute in una decisione di inammissibilità, per un profilo, e di rigetto, per il resto, e -in ogni caso- che la Corte delle leggi italiane, anche nelle ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione Italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in ambito di rilevanza sovranazionale, allorchè si tratti di questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ha fatto salvo il potere del Giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE (v. punto 5.2). 48. Il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere, nel presente caso, lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali (cfr. Cass. n. 13678/2018; Cass. n. 12108/2018 e Cass. n. 6101/2017)».

In sintesi, se la Corte costituzionale ha sentito la necessità di modificare la rigidità della dottrina Granital, proponendo la nuova versione della cd. doppia pregiudizialità, alla ricerca di tutela per il sindacato incidentale di legittimità costituzionale, ciò è dipeso dal modo in cui sono evoluti, da un lato, il diritto UE (soprattutto nel campo dei diritti fondamentali) e la giurisprudenza della Corte di giustizia (soprattutto con riguardo al primato del diritto UE) e, dall'altro, dall'atteggiamento degli stessi giudici nazionali, nella cui cultura ha fatto ormai breccia l'idea che la Costituzione non sia una e una soltanto, ma consti di una pluralità di strumenti tra loro assimilabili (incluse la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e, in certa misura, miscelabili a discrezione per raggiungere esiti di giustizia sostanziale.

Come si è detto inizialmente è ancora presto per avere un'idea del seguito che la *precisazione* avrà nella giurisprudenza di legittimità. Ad oggi l'atteggiamento è ancora confuso e variegato. Come dimostrano, in particolare, le ordinanze cui la Corte costituzionale ha risposto con la pronuncia n. 67 del 2022, c'è necessità di aiutare il giudice della nomofilachia a non confondere l'applicazione della nuova dottrina con la violazione del primato del diritto UE quando sul tavolo del giudice ci sia diritto derivato UE direttamente efficace (in nome del contenuto chiaro, preciso e incondizionato), in tema di diritti o di principio di eguaglianza (previsti nella Carta). Sul punto è davvero auspicabile che la Corte costituzionale chiarisca meglio.

Le questioni individuate nella *precisazione* e nella giurisprudenza costituzionale seguente non costituiscono casi così numerosi. Di conseguenza, e correttamente, sono prevalenti le decisioni di rinvio pregiudiziale o direttamente di non applicazione, in linea con la cd. regola Granital.

È altrettanto chiaro che quando la Corte di Cassazione ha applicato la *precisazione*, correttamente, ha, non solo, fornito alla Corte costituzionale materiale prezioso per non farsi sfuggire l'occasione di interloquire con la Corte di giustizia, ma, soprattutto, ha conseguito l'eliminazione *erga omnes* della disposizione impugnata dall'ordinamento. In quest'ottica la proposta Romboli del 2014⁵⁴ potrebbe essere utile ad eliminare usi strumentali della nuova dottrina come sembra aver fatto

⁵⁴ Prima della *precisazione* del 2017, già nel 2014, Roberto Romboli ha proposto la trasformazione del nostro modello misto in uno *duale*, con previsione di un modello diffuso accanto a quello accentrato. Il giudice avrebbe l'alternativa fra disapplicazione e proponimento della questione di costituzionalità, quello di ultima istanza anche in caso di disapplicazione sarebbe tenuto a rimettere altresì la questione alla Corte costituzionale, sulla base della sola non manifesta infondatezza (per definizione la disapplicazione esclude la rilevanza). Questo consentirebbe alla Corte di procedere alla dichiarazione di incostituzionalità e di eliminare l'atto normativo dall'ordinamento o di fornire indicazioni ai fini dell'interpretazione ed applicazione della norma impugnata. Nel caso in cui sussistessero dubbi relativamente alla corretta interpretazione del diritto UE il giudice potrebbe sempre chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo, all'esito del quale procedere di conseguenza, secondo i casi, a disapplicare o a sollevare questione di costituzionalità, Id., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, pp. 1 ss.

la Cassazione nel 2019 sollevando una questione alla Corte costituzionale sull'assegno di natalità (vedi *supra*).

Anche attraverso questa strada la Corte costituzionale ha assicurato quella tutela sistemica⁵⁵ e non frazionata di cui scriveva in riferimento alla Cedu nel noto caso delle cd. pensioni svizzere deciso nel 2012⁵⁶. Il messaggio che la Corte costituzionale è interessata a passare è questo: considerare concettualmente sovrapponibili il catalogo dei diritti, contenuto in Costituzione, nella CDFUE o nella CEDU è sbagliato non solo e non tanto per il diverso contenuto o grado di tutela assicurata, quanto piuttosto perché il primo è parte di una composita architettura costituzionale che il giudizio in via incidentale è chiamato a garantire attraverso una tutela sistemica e integrata dei diritti. Nei casi oggi ricordati la parola 'sistemico' sembra acquistare un significato meno difensivo che nel 2012 e maggiormente collaborativo. Tutto ciò non sarebbe stato possibile senza la saggezza del giudice di legittimità.

6. In conclusione

Scrivono Maria Rosaria Ferrarese che, nell'attuale sistema giuridico globale, le istituzioni abilitate a dire l'"ultima parola" non sono certo scomparse: piuttosto, esse si sono moltiplicate, in via di diritto e in via di fatto. Gli stati cosiddetti costituzionali continuano ad individuare nelle proprie Corti costituzionali questi soggetti; ma queste corti pur restando in cima alle gerarchie dei rispettivi sistemi giuridici, possono funzionare sempre meno come organi di "chiusura" semantica costituzionale⁵⁷.

L'affermazione di Maria Rosaria Ferrarese evidenzia almeno due problematiche: una più in generale e una più particolare, che animano le riflessioni condotte nei paragrafi precedenti. Negli ordinamenti giuridici contemporanei ci si è abituati a pensare che l'*ultima parola* appartenga alle Corti (nazionali o sovranazionali che siano); sembra scivolata in secondo piano la possibilità che essa appartenga, invece, ai Parlamenti nazionali (al netto delle porzioni di sovranità trasferite, per es., alla Ue), i quali del resto sempre più frequentemente non sembrano essere nelle condizioni di pronunciarla. Basti pensare ai temi cd. eticamente sensibili: per quanto concerne il nostro ordinamento pare abbastanza chiaro che sul cd. fine vita e sulla procreazione assistita i ruoli di Corte e Parlamento rispecchino questa tendenza.

Più nel particolare e per quanto concerne il nostro ordinamento, l'*estranimento* iniziale della Corte rispetto al diritto comunitario⁵⁸, insieme all'invito ai giudici di tentare l'interpretazione conforme a Costituzione⁵⁹, ha rafforzato fenomeni giuridici che, pur essendo eterogenei, hanno avuto come effetto comune quello di *emarginare* la Corte costituzionale dal *judicial review* delle leggi riconosciute dalla stessa Costituzione; rendere *permeabile* la tutela dei diritti alle fonti *esterne*; rafforzare il ruolo dei giudici comuni, divenuti strumenti indefettibili dell'azione comunitaria (i giudici italiani sono secondi solo ai colleghi tedeschi per numero di rinvii pregiudiziali). Questo trend

⁵⁵ A. Cosentino, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità*, cit, ne parla in riferimento alla vicenda Consob.

⁵⁶ «[...] il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. [...] nelle valutazioni di questa Corte [...] la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» sent. n. 264 del 2012.

⁵⁷ M.R. Ferrarese, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»* in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 83.

⁵⁸ Vedi S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 5 ss.

⁵⁹ Il riferimento è ovviamente alla affermazione contenuta nella sentenza n. 356/1996: «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», da ultimo, R. Romboli, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro, italiano*, 2018, I, cc. 2227 ss., in part. col. 2226. Più recentemente, a partire dalla pronuncia n. 221 del 2015, tale requisito ha subito una precisazione importante che ne ha ridotto notevolmente il peso.

giurisprudenziale, oltre a evidenziare la possibilità di *contrasti tra i valori* in cui si riconoscono i due ordinamenti, spiega la difficile sorte del modello di sindacato nazionale: «il ruolo riservato alla Corte costituzionale assomiglia sempre più a quello del terzo incomodo, mentre le prerogative e il ruolo del giudice ordinario continuano ad aumentare»⁶⁰. La Corte, come si è già detto all'inizio di questa riflessione, si rende presto conto che aver ceduto la precedenza alla Corte di giustizia non le ha garantito il *diritto all'ultima parola*: i giudici comuni, una volta riferitisi alla Corte di giustizia, sembrano *non aver necessità* di adire la Corte costituzionale⁶¹.

Approssimativamente a partire dal 2011 – e con maggiore chiarezza dal 2014 –, il Collegio ha reagito a questa *emarginazione* dando vita ad una stagione giurisprudenziale, contrassegnata da una serie di scelte inedite che hanno riguardato tanto il merito quanto il rito, che è stata definita del cd. ri-accentramento e a cui appartengono anche le pronunce di cui ho già parlato. In particolare, utilizzo il termine ri-accentramento in un duplice significato⁶². Innanzitutto, per intendere che la Corte costituzionale ha assunto o ri-assunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva “lasciato” o al legislatore o all'autorità giudiziaria⁶³. In questa accezione il cd. ri-accentramento indica un'espansione della giurisdizione attraverso sia una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, sia il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico⁶⁴, sia una contrazione della valorizzazione dei momenti di diffusione, nel senso di attribuzioni riconosciute all'autorità giudiziaria. Mentre il significato tecnico allude, ovviamente, ad un rafforzamento dei profili di accentramento nel sistema di giustizia costituzionale.

La stagione giurisprudenziale del cd. ri-accentramento mette certamente il giudice comune di fronte a prospettive diverse dal passato, almeno in parte: 1. è in qualche modo la stagione in cui la Corte costituzionale invita i giudici “a non fare da soli”, ma a lavorare in sinergia (anche se questo può voler significare, come nel caso dell'inversione della doppia pregiudiziale, una possibile riduzione del ruolo proattivo che il giudice comune svolge nella valutazione della non applicazione del diritto interno contrastante con quello Ue); 2. l'attuale stagione giurisprudenziale potrebbe ben

⁶⁰ Così, già anni fa, M.E. Gennusa, S. Ninatti, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2011, pp. 469 – nel commentare il comunicato congiunto degli allora Presidenti delle due Corti europee, Costa e Skouris, del 17 gennaio 2011 in tema di applicazione della CDFUE, a poco più di anno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – avevano evidenziato, in riferimento al primo tema, la possibile interferenza della Corte costituzionale all'interno del procedimento di rinvio alla Corte Ue e del procedimento di disapplicazione. In seguito, arriva a teorizzare una *doctrine of displacement* messa in atto dalla CGUE ai danni delle corti costituzionali allontanate dal loro ruolo tradizionale, a vantaggio del rapporto tra la Corte del Lussemburgo e i giudici comuni cfr. J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, pp. 525 ss., in part. p. 538 Allo scopo di combattere questo trend, l'A. avverte sui possibili pericoli dell'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale. Meno critica la posizione espressa da M. Dani, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A reply to Jan Komárek*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 3, 2017, pp. 785 ss.

⁶¹ Cfr. V. Onida, *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/Enel»*: cit, in part. p. 45.

Anche Scaccia parla di un essiccamento del giudizio in via incidentale a causa dell'assorbimento delle questioni costituzionali in questioni di contrasto con la CDFUE e dell'esigenza di scoraggiare la diretta disapplicazione del diritto nazionale per contrasto con la Carta, G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, pp. 1 ss., in part. p. 3.

⁶² Sia permesso rinviare a D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 23 ss.

⁶³ Uso una definizione data da R. Romboli, *Relazione introduttiva*, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 13 ss.

Ricordo che nella Relazione sulla giurisprudenza del 2018, Giorgio Lattanzi ha sottolineato che «anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d'ombra dell'ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali», Id., *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, cit., p. 8.

⁶⁴ Tra coloro che rimproverano alla Corte una serie di sconfinamenti, cfr., da ultimo, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, pp. 251 ss.

subire un ridimensionamento della sua carica ri-accentratrice per adattarsi ad un nuovo cambiamento del contesto; 3. per quanto bene si confezionino le ordinanze di rimessione vanno sempre tenute presente l'attenzione della Corte per il contesto, la sua necessità di legittimazione, l'alternarsi di stagioni giurisprudenziali caratterizzate ora dalla prudenza (il cd. minimalismo giudiziario⁶⁵) ora dall'attivismo; 4. la valutazione delle tecniche decisorie della Corte va condotta anche tenendo in considerazione il segmento di storia politico-istituzionale nel quale il relativo impiego si realizza.

Certamente il giudice rimane libero di agire senza tenere conto della stagione in cui si versa, libero cioè di porre alla Corte una domanda che sa in anticipo che verrà rigettata, ma che può rappresentare un prezioso precedente a futura memoria, come dimostra ancora una volta il superamento della dottrina Granital.

In conclusione, rimane aperta la domanda se l'assetto raggiunto dal nostro ordinamento sia in grado di dare conto delle costanti interazioni tra giurisdizioni ai fini della protezione dei diritti fondamentali e quale debba essere l'equilibrio fra ragioni ordinamentali e ragioni dei diritti⁶⁶. Le posizioni degli studiosi, e dei giudici costituzionali che si sono occupati del tema anche come studiosi, non sono univoche. Appare però condivisa la necessità di un confronto più diretto e operativo tra il giudice costituzionale e quello europeo.

Mi si permetta di ribadire una volta di più che non si tratta di una questione di potere, ma di assunzione di responsabilità, come ricordato da Gaetano Silvestri in riferimento alle cd. sentenze gemelle. Francesco Viganò, a sua volta, ha esplicitamente riconosciuto che il dovere del giudice comune di scrutinare la compatibilità di una legge interna con i diritti riconosciuti dalla Carta ha condotto a «un controllo *diffuso* di compatibilità delle leggi con i diritti fondamentali, quanto meno all'interno degli ormai latissimi confini interessati dal diritto dell'Unione; con conseguente amputazione, o quanto meno drastico ridimensionamento, del compito più importante della Corte costituzionale, che è per l'appunto quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona da parte della legislazione ordinaria nell'ambito dell'ordinamento italiano»⁶⁷, in una prospettiva, come si è cercato di spiegare sistemica.

⁶⁵ M. Massa, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Questione giustizia* 4/2020, pp. 53 ss.

⁶⁶ C. Pinelli, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i Trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 1/2018, pp. 1 ss., in part. p. 5.

⁶⁷ F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, pp. 481 ss., in part. p. 486.