ISSN 2384-9169
Fascicolo n. 2 - 2022
rivista.eurojus.it

Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione

DI DILETTA TEGA*

Sommario: 1. Il *nudging* della Corte costituzionale. – 2. Le risposte della Corte di Cassazione. – 2.1 Il seguito della *precisazione* come «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia». – 2.2 Il rifiuto della *precisazione*. – 3. In conclusione.

1. Nel mio ultimo lavoro monografico, *La Corte nel contesto*[1], ho interpretato la cd. *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269 del 2017, e il seguito che la nuova dottrina giurisprudenziale[2] 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* (170/1984[3]).

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.

---

* Professoressa di Diritto costituzionale, Università 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*, 1986, pp. 1856 ss.; ID., *Antonio La Pergola, giurista costruttore*, in *Diritto Pubblico*, 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.

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 diritti[4], 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. 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 costituzionale[5] al giudice del Lussemburgo[6].

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 altrove[7].

Le decisioni che, nel 2019 e nel 2020, sono tornate sulla *precisazione*[8] hanno aggiunto più incertezza che chiarezza[9].

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 temperamento[10]. 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

[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.

[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] Mi riferisco alle pronunce nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019; 11 e 44 del 2020. Rimando sul punto all'intervento di Giorgio Repetto in questo convegno. Dagli approdi giurisprudenziali del 2020 sembrerebbe addirittura che la Corte non ritenga più condizione necessaria che il parametro europeo derivi dalla Carta, ma soltanto che esso corrisponda per contenuto a parametri interni.

[9] 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.

[10] 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*, 2020, pp. 1 ss.

soltanto che esso – quale che sia la sua fonte, compresi i Trattati, e la sua efficacia – corrisponda per contenuto ai parametri interni[11].

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 possibile[12]?

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. Attenendomi alle regole di ingaggio, ho provato a verificare se e come il nudging della Corte costituzionale abbia *funzionato* in riferimento alla posizione della Suprema Corte di Cassazione[13].

2. 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 diritto[14]?

---

[11] 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».

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

[13] 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.

[14] 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*, 2018, pp. 1 ss., in part. p. 31.

2.1. 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 fondatezza[15]. 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 raccomandato da Weiler al Convegno AIC di Perugia del 1999[16].

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,

---

[15] 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 restìa 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.

[16] ID., *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2000, pp. 5 ss.: «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», pp. 13-14. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto Ue, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, pp. 220 ss.

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 impreparata[17]: 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"[18], 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)[19]. 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)[20].

Nel rinvio pregiudiziale del 2019 il Collegio ha specificato la necessita 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 possa essere considerato compatibile con il diritto

[17] 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.

[18] L'ordinanza, nel dimostrarsi molto aggiornata e consapevole della giurisprudenza sia della Corte di Strasburgo che di Lussemburgo, non tralascia 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.

[19] 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.

[20] 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.

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 ha fornito a questa ordinanza con la decisione del 2 febbraio 2021, causa caso C-481/19, *DB c. CONSOB*, 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 UE[21].

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, rassicurando 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, 188-190[22], hanno rivolto alla Corte una questione di legittimità circa la discriminazione degli stranieri

[21] 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.

[22] 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

nell'accesso all'assegno di natalità (tema sul quale il contenziosi 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, citando, *ad colorandum*[23], l'art. 34 della Carta di Nizza allo scopo di ottenere una valutazione di ragionevolezza capace di produrre effetti *erga omnes*[24].

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 fondatezza[25]. 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 espressione[26].

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 giustizia[27] e aver da essa ricevuto una

---

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

[23] 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.

[24] 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.

[25] «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 vantino 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.

[26] «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, causa C-530/13, *Schmitzer*, 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.*

[27] Dalla la rassegna *La giurisprudenza delle Sezioni Civili Anno 2019, Gli orientamenti delle Sezioni Civili*, 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

decisione che attesta il contrasto della norma censurata, in tema di riconoscimento dell'assegno famigliare, 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 alla direttive n. 2003/109/CE, sullo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, n. 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 incompatibile[28].

La Cassazione ha preso un abbaglio che la Corte costituzionale, con la decisione n. 67 del 2022[29], ha ricondotto all'inammissibilità, con invito alla non applicazione con una chiara riaffermazione del primato del diritto UE[30].

---

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.

[28] 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 inadempiuto, 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/.

[29] 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 restìa 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.

[30] «[…] 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

2.2. 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 pregiudiziale[31] - promosso da un lavoratore intermittente, 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 intensa[32].

---

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.

[31] 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 2000/78/CE. La Corte di giustizia il 19 luglio 2017, causa C-143/2016, *Abercrombie e Fitch c. A.B.*, EU:C:2017:566, 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, giacchè 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.

[32] «[…] 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

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 dì dare 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'immeditato 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 obbligante 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 decisorio 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*, causa 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

---

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.

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 allorchè 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.»[33]

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»[34].

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 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 interno[35].

---

[33] 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.

[34] 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.

[35] «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

La Cassazione, Sezione lavoro, con l'ordinanza del 10 gennaio 2019, n. 451[36] ha articolato un rinvio pregiudiziale incentrato sulla spettanza o meno dell'indennità per ferie non godute nel periodo dal licenziamento illegittimo alla reintegrazione[37]. Nell'ordinanza si stabilisce che «47. Questa Corte 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

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 disapplicabile, 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, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*, EU:C:2018:193, 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 disapplicazione 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)».

[36] 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.

[37] 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.

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)».

3. 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[38].

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, abbandonando definitivamente quel *judicial ego*[39] che l'aveva frenata per troppi decenni, ma, soprattutto, ha conseguito l'eliminazione *erga omnes* della disposizione impugnata dall'ordinamento. In quest'ottica la proposta Romboli del 2014[40] potrebbe essere utile ad eliminare usi strumentali della nuova

[38] Si veda, per esempio, la proposta elaborata da M. Massa in questo Convegno.
[39] J.H.H., *'Editorial: Judicial Ego'*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 1, 2011, pp. 1 ss.
[40] 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

dottrina come sembra aver fatto 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 sistemica[41] e non frazionata di cui scriveva in riferimento alla Cedu nel noto caso delle cd. pensioni svizzere deciso nel 2012[42]. 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.

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.

[41] A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità*, *cit*, ne parla in riferimento alla vicenda Consob.

[42] «[…] 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.