

IL FORO ITALIANO

PARTE QUINTA

MONOGRAFIE E VARIETÀ

GIOVANNI AMOROSO

La «doppia pregiudiziale» e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi «in prima battuta» (*)

SOMMARIO - *A seguito del superamento della dottrina della doppia pregiudiziale si è posto il problema di quale corte debba il giudice adire «in prima battuta»: se la Corte costituzionale, che a sua volta può fare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, o direttamente quest'ultima. Nella giurisprudenza costituzionale si rinvengono vari percorsi processuali alternativi.*

1. - *Premessa: la «doppia pregiudiziale» (costituzionale ed europea).* Come in un sequel, giova premettere il punto di arrivo di riflessioni già svolte in un precedente scritto (1) in ordine alla giurisprudenza della Corte costituzionale sul canone della «doppia pregiudiziale» (costituzionale ed europea), che si è sviluppata nel corso degli anni, sì da potersi identificare più fasi a partire dagli anni sessanta.

Senza tornare qui a ripercorrerle, può dirsi, in sintesi, che, in passato (e per lungo tempo), si è ritenuto che tra i presupposti di ammissibilità del giudizio di costituzionalità, quando la questione coinvolgeva la compatibilità comunitaria di una disposizione interna, ci fosse — una volta affermato il pri-

(*) Il testo riprende, in termini essenziali e con l'aggiunta di note limitate ai soli riferimenti giurisprudenziali, la relazione tenuta il 12 novembre 2021 nel corso P21089 «Fonti del diritto e giurisprudenza sovranazionali. Strumenti di tutela e di soluzione delle antinomie» della Scuola superiore della magistratura.

(1) AMOROSO, *La doppia pregiudizialità — costituzionale ed europea — nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2020, V, 265.

mato del diritto comunitario, ora europeo (nel senso di eurounitario) — una previa verifica pregiudiziale che condizionava l'ammissibilità della questione stessa.

In tale evenienza la giurisprudenza (2) riteneva sussistere l'onere per il giudice rimettente di operare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia prima di sollevare la questione incidentale di costituzionalità. L'affermazione generalizzata di questo onere si fondava essenzialmente sull'astensione da parte della corte di procedere all'interpretazione della norma comunitaria che non fosse di chiara evidenza (il c.d. atto chiaro): doveva essere il giudice rimettente a farsi carico dell'interpretazione della norma comunitaria per consegnare alla corte un'«interpretazione certa e affidabile», che assicurasse l'effettiva (e non già ipotetica e comunque precaria) rilevanza e la non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che, nel raffronto con un parametro di costituzionalità, risentisse, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria. Da ciò conseguiva questo onere generalizzato per tutti i giudici «comuni» (intendendosi per tali i giudici ordinari e speciali) che dall'interpretazione della normativa comunitaria facessero discendere conseguenze, dirette o indirette, a fondamento di un dubbio di legittimità costituzionale: prima di investire la Corte costituzionale il giudice nazionale doveva provocare l'interpretazione della Corte di giustizia e ciò era ritenuto pregiudiziale rispetto all'incidente di costituzionalità (c.d. dottrina della «doppia pregiudiziale», secondo cui «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità» (3)).

2. - *Il novum costituito dal superamento della «doppia pregiudiziale».* Il nuovo corso giurisprudenziale, che rettifica

(2) A partire da Corte cost. 29 dicembre 1995, n. 536, *Foro it.*, 1996, I, 783. In seguito, *ex plurimis*, Corte cost. 18 luglio 2014, n. 216, *id.*, 2015, I, 1171; 30 marzo 2012, n. 75, *id.*, 2013, I, 3397; 24 giugno 2010, n. 227, *id.*, 2010, I, 2951.

(3) Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Corte costituzionale*, n. 40, e *Giur. costit.*, 2007, 2780.

la dottrina della «doppia pregiudiziale», muove dalla sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale (4).

C'è stato, in sintesi, una puntualizzazione che attiene alle condizioni di ammissibilità dell'incidente di costituzionalità quando la disposizione interna entra in frizione con la normativa europea, sia di diritto primario che derivato, allegata come parametro interposto ex art. 117, 1° comma, Cost. Ciò riguarda l'ambito del sindacato di costituzionalità in via incidentale, condizionato dalla rilevanza (e quindi dall'ammissibilità) delle questioni, mentre invariata rimane l'area di operatività del possibile rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte dei giudici comuni: l'ampliamento del primo non è a scapito del secondo.

La corte, per un verso, conferma la propria giurisprudenza ribadendo che il contrasto con il diritto dell'Unione europea, attenendo alla operatività della norma oggetto dell'incidente di costituzionalità, investe la rilevanza della questione, sicché il giudice comune, nel sollevarla, deve farsene carico, pena l'inammissibilità della questione stessa. Quindi in generale, con riferimento ai giudizi in via incidentale, viene innanzi tutto ribadito il principio del primato del diritto europeo. E per far ciò la corte ripropone la distinzione tra diritto europeo direttamente applicabile, e non, secondo che sia, o meno, self-executing. Ricorda la corte — collocandosi nella scia della giurisprudenza propria (5) e di quella della Corte di giustizia (6) — che il contrasto con il diritto dell'Unione europea condiziona l'applicabilità della norma censurata nel giudizio principale, innanzi al giudice comune, e di conseguenza la rilevanza della questione di legittimità costituzionale soltanto quando la norma europea è dotata di effetto diretto.

Per altro verso, la corte afferma che, quando invece la normativa europea è priva di efficacia diretta, il giudice comune non disapplica la norma interna, ma non può nemmeno applicarla se dubita della sua compatibilità europea e quindi non può non sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale per contrasto con il diritto europeo, oltre eventualmente anche con parametri interni. In tale evenienza è la Corte costituzionale che — senza che il giudice rimettente sia tenuto ad attivare previamente il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia (secondo quello che era il canone della «doppia pregiudiziale») — opera lo scrutinio della norma interna in riferimento ai parametri europei in quanto interposti ex art. 117, 1° comma, Cost. (in ipotesi anche concorrenti con quelli interni), eventualmente facendo essa stessa il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

C'è, quindi, una correlazione in termini di alternatività tra applicazione diretta della norma europea self-executing, per effetto della disapplicazione della disposizione interna, e controllo di costituzionalità sulla base dei parametri europei. Ove non ricorrano i presupposti dell'applicazione diretta, il giudice nazionale — senza essere tenuto al previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (come si riteneva in passato), ma senza che ciò gli sia precluso — può sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale.

In ciò sta il superamento del canone della «doppia pregiudiziale» e l'affermazione, al contrario, di un «concorso di rimedi giurisdizionali», sicché si possono prospettare, al contempo, una questione di legittimità costituzionale e una questione interpretativa del diritto dell'Unione, privo di efficacia diretta: entrambe pregiudiziali, ma non reciprocamente escludenti.

3. - *L'area di possibile sovrapposizione di parametri europei di «impronta tipicamente costituzionale» (la Carta: Cdfue) e interni (la Costituzione).* Vi è un'altra puntualizza-

zione di grande rilevanza nella richiamata sentenza n. 269 del 2017.

È la «precisazione» che la corte ritiene necessaria dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che è stata equiparata ai trattati (art. 6, par. 1, Tue). La Carta ha caratteri peculiari in ragione del suo «contenuto di impronta tipicamente costituzionale». Può quindi ben verificarsi che vi sia, al contempo, la violazione di garanzie previste dalla Costituzione e di quelle simmetricamente contemplate dalla Carta dei diritti dell'Unione, quando «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana»: una sorta di overlapping di parametri europei e nazionali.

È proprio il «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» che colloca le norme della Carta ad un livello superiore, come risulta del resto dallo stesso suo art. 52, par. 5, che prevede che le disposizioni della Carta che contengono principi possono essere invocate dinanzi a un giudice ai fini del controllo di legalità degli atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi diano attuazione al diritto dell'Unione. Quindi costituiscono parametri di legittimità della normativa europea primaria e derivata.

In tale evenienza, ove non vi siano norme di diritto europeo di cui sia possibile predicare la diretta applicabilità nell'ordinamento interno, il giudice del giudizio principale non può non sollevare l'incidente di costituzionalità indicando una o più norme della Carta come parametri interposti, oltre eventualmente parametri diretti.

Se così non fosse — avverte la corte — ci sarebbe una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della normativa interna. Il nostro ordinamento giuridico prevede, in forma accentrata e con effetti *erga omnes*, il controllo di costituzionalità della normativa primaria. Si tratta di una connotazione identitaria dell'ordinamento nazionale, che segna la stessa struttura costituzionale dello Stato e che l'ordinamento europeo riconosce e rispetta, come espressamente previsto dalla c.d. clausola identitaria prevista dall'art. 4, par. 2, del trattato sull'Unione europea. In generale — seppur con riferimento in particolare al principio di legalità in materia penale — la Corte costituzionale ha affermato che «al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno a un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 Tue) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, par. 2, Tue)» (7).

La conclusione è che, ove una norma sia oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — sempre che si verta in materia di rilevanza anche europea (v. pure *infra sub* 9) e che non vi sia un diritto europeo self-executing, primario o derivato — va sollevata la questione di legittimità costituzionale; ciò è compatibile con la dottrina del primato del diritto europeo come ritenuto dalla stessa Corte di giustizia (8), purché i giudici comuni restino liberi di sottoporre alla corte, in qualunque fase del procedimento e anche al termine del giudizio incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria.

Quindi la priorità dell'incidente di costituzionalità non esclude che il giudice comune, il quale assuma che una disposizione interna sia in contrasto con la Carta, possa operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. D'altra parte,

(4) Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269, *Foro it.*, 2018, I, 26.

(5) Fin da Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, *Foro it.*, 1984, I, 2062.

(6) A partire dalla fondamentale pronuncia della Corte di giustizia sul tema del primato del diritto comunitario nel caso *Van Gend en Loos*: Corte giust. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Foro it.*, 1963, I, 449.

(7) Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24, *Foro it.*, 2017, I, 393.

(8) Corte giust. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Unione europea*, n. 1009.

la stessa Corte costituzionale, adita in ragione della priorità della questione incidentale di legittimità costituzionale, potrebbe essa stessa fare — e recentemente lo ha fatto più volte (v. *infra sub 6 ss.*) — il rinvio pregiudiziale interpretativo (o di validità) affinché sia la stessa Corte di giustizia a chiarire il contenuto della norma della Carta, indicata come parametro interposto.

In definitiva, questo affermato «concorso di rimedi giurisdizionali» rileva soprattutto allorché la tutela di un determinato diritto fondamentale, quale approntata dalla Carta nella lettura che ne offre la Corte di giustizia, risulti essere, in ipotesi, superiore a quella prevista dalla corrispondente norma della Costituzione, come interpretata dalla Corte costituzionale, e in tale evenienza quest'ultima ben può essere chiamata ad allineare il livello della tutela.

4. - *La conferma del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale.* Il nuovo corso giurisprudenziale è stato successivamente confermato in plurime pronunce.

In particolare — oltre a ribadire che, se c'è una normativa europea pertinente, il giudice comune deve innanzi tutto verificare se questa sia di immediata applicazione, sì da comportare la disapplicazione di quella interna con essa contrastante (9) — si è chiarito (10) che rimane fermo «che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale. Ma al contempo si ha che i giudici comuni, sollevando l'incidente di costituzionalità piuttosto che promuovere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedono che sia la Corte costituzionale a pronunciare la «prima parola» sulla disciplina legislativa censurata; la qual cosa è «più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco».

Quindi è ribadito «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e — ricorrendone i presupposti — di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (11).

Anche nel corso del 2021 il nuovo orientamento della giurisprudenza è stato ulteriormente confermato (12).

5. - *L'individuazione della corte chiamata a pronunciarsi «in prima battuta» e i percorsi processuali possibili.* Una volta superata la dottrina della «doppia pregiudiziale», la Corte costituzionale, ripositionandosi in un ruolo più attivo nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia, ha considerato ammissibili questioni di legittimità costituzionale che prima avrebbe giudicato inammissibili, con la conseguenza di trovarsi essa nella posizione di operare, quando l'ha ritenuto necessario, il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia. Il mutamento di prospettiva è reso evidente anche da ciò: in passato, a partire da quando è stata affermata la dottrina del primato del diritto comunitario, la Corte costituzionale ha fatto un solo rinvio pregiudiziale in un giudizio incidentale (13) (preceduto, in vero, da un rinvio in un giudizio in via principale, dove però non ha mai operato il canone della «doppia pregiudiziale» (14)); in pochi anni tra il 2019 e 2021 — come si dirà — ne ha fatti quattro.

Il «concorso di rimedi giurisdizionali», in chiave non escludente ma complementare, comporta che il percorso maggiormente in sintonia con il nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale sia proprio quello che vede il giudice co-

mune investire «in prima battuta» la Corte costituzionale, la quale, a sua volta, valuta se richiedere, o no, l'intervento della Corte di giustizia operando il rinvio interpretativo pregiudiziale (*infra sub 6 ss.*); rinvio che in passato si è ritenuto (15) essere facoltativo perché nel giudizio incidentale di costituzionalità la Corte costituzionale — proprio per il carattere incidentale di quest'ultimo — non può ritenersi giurisdizione di ultima istanza, tale dovendo considerarsi quella del giudizio principale secondo il relativo regime delle impugnazioni.

Ma è ben possibile che, sollevato l'incidente di costituzionalità con riferimento a parametri europei interposti, la corte, adita «in prima battuta», dia una risposta di merito senza necessità di investire la Corte di giustizia con rinvio pregiudiziale interpretativo (*infra sub 7*).

L'alternativa è che, invece, ad essere chiamata a pronunciarsi «in prima battuta» sia la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale interpretativo fatto direttamente dal giudice comune, il quale, dopo la restituzione degli atti, può definire il giudizio oppure sollevare l'incidente di costituzionalità chiamando la corte, in tale evenienza, a pronunciarsi in «seconda battuta» (*infra sub 8 ss.*).

Non può, infine, escludersi che un incidente costituzionale e un rinvio pregiudiziale interpretativo investano, parallelamente e contemporaneamente, le due corti (*infra sub 9*).

6. - *Priorità dell'incidente di costituzionalità seguito dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.* Un primo percorso processuale, ripetuto più volte, vede una sorta di triangolazione.

Il giudice comune investe «in prima battuta» la Corte costituzionale, indicando come parametri interposti il diritto europeo (Carta, normativa primaria o derivata), in via esclusiva o in concorso con norme della Costituzione. La corte opera il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la quale poi si pronuncia sul quesito interpretativo proposto. Tenendo conto di quest'ultima, la Corte costituzionale, a sua volta, decide l'incidente di costituzionalità. Infine, restituiti gli atti al giudice rimettente, quest'ultimo definisce il giudizio principale.

È un percorso processuale apparentemente tortuoso e i tempi complessivi di definizione del giudizio si allungano perché opera una duplice sospensione in sequenza, prima del giudizio principale e poi, all'interno di essa, anche del giudizio incidentale di costituzionalità. C'è però, alla fine, il vantaggio di una pronuncia — quella della Corte costituzionale — che ha efficacia *erga omnes*; efficacia che non avrebbe una decisione del giudice comune di disapplicazione della normativa interna ritenuta contrastante con il diritto europeo. Se ne giovano la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici.

Le fattispecie che riproducono questo percorso processuale sono state, finora, le seguenti.

6.1. - (segue) a) *Sanzioni per abuso di informazioni privilegiate in materia di intermediazione finanziaria e diritto al silenzio.* In un caso la Corte di cassazione (16) ha sollevato questione incidentale di legittimità costituzionale degli art. 187 *quinquiesdecies* e 187 *sexies* d.leg. n. 58 del 1998 (t.u.f.) — in riferimento, tra gli altri, agli art. 17, 47 e 49 della Carta indicati come parametri interposti — nella parte in cui sanzionano la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, in riferimento alla condotta di abuso di informazioni privilegiate.

La Corte costituzionale ha separato il giudizio sulle due disposizioni censurate. Ha ritenuto di poter decidere immediatamente la questione relativa all'art. 187 *sexies* cit., dichiarando costituzionalmente illegittima tale disposizione nel-

(9) Corte cost. 15 marzo 2019, n. 52, *ForoPlus*.

(10) Corte cost. n. 20 del 2019, *Foro it.*, 2020, I, 125.

(11) Conf. Corte cost. 21 marzo 2019, n. 63, *Foro it.*, 2019, I, 2662; 10 maggio 2019, n. 112, *ibid.*, 3422.

(12) Corte cost. 29 marzo 2021, n. 49, <www.cortecostituzionale.it>; 30 luglio 2021, n. 182, *Foro it.*, 2021, I, 2949.

(13) Corte cost. 18 luglio 2013, n. 207, *Foro it.*, 2013, I, 3059.

(14) Corte cost. 15 aprile 2008, n. 103, *Foro it.*, 2009, I, 2009.

(15) Corte cost. n. 168 del 1991, *Foro it.*, 1992, I, 660.

(16) Cass. 16 febbraio 2018, n. 3831, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, nn. 96, 98, e *Giornale dir. amm.*, 2018, 368.

la parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto (17). Contestualmente con ordinanza (18) la stessa corte ha operato il rinvio pregiudiziale, sia interpretativo che di validità, alla Corte di giustizia con riferimento all'art. 187 *quinquiesdecies* cit., domandando se l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/Ce e l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (Ue) 596/2014 dovessero essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura «punitiva».

Investita da tale rinvio, la Corte di giustizia (19) ha ritenuto che tanto l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6, quanto l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento 596/2014 si prestano ad una interpretazione conforme agli art. 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga 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. Ha quindi concluso che gli evocati parametri europei consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente, si rifiuti di fornirle risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

In seguito, la Corte costituzionale (20), pronunciandosi in «seconda battuta», ha dichiarato l'illegittimità costituzionale altresì dell'art. 187 *quinquiesdecies* cit. nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato.

6.2. - (segue) b) *Assegno di natalità e per nuclei familiari in favore di cittadini extracomunitari*. Un percorso analogo riguarda l'assegno di natalità e quello per nuclei familiari con almeno tre figli minori.

La Corte di cassazione, con plurime ordinanze (21), ha censurato la normativa interna nella parte in cui richiede ai cittadini extracomunitari, al fine dell'erogazione di tali prestazioni, anche la titolarità del permesso unico per soggiornanti di lungo periodo, senza che sia sufficiente la titolarità del permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno; ciò comporterebbe la violazione degli art. 20, 21, 24, 33 e 34 Cdfue, che enunciano il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazioni, anche per cittadinanza, e riconoscono il diritto dei bambini «alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere», garantendo «la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale», nonché «il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione».

A seguito delle ordinanze di rimessione la Corte costituzionale (22) ha operato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se l'art. 34 Cdfue debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, e se, pertanto, il diritto dell'Unione osti ad una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva tali provvidenze, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo.

La Corte di giustizia (23) ha ritenuto che l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/Ue del parlamento europeo e del consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla procedura di domanda per il rilascio di un permesso unico (che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro), deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi dal beneficio di un assegno di natalità e di un assegno di maternità previsti da detta normativa.

A seguito di tale decisione la Corte costituzionale, alla quale gli atti sono stati restituiti, sarà chiamata a pronunciarsi sulle ordinanze di rimessione della Corte di cassazione (24).

6.3. - (segue) c) *Mandato di arresto europeo, diritto alla salute e tutela dei cittadini extracomunitari*. La corte ha operato due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia ritenendo che spetti in primo luogo a quest'ultima stabilire in quali casi — oltre quelli previsti dalla legge nazionale e dalla decisione quadro 2002/584/Gai — l'autorità giudiziaria italiana può rifiutarsi di dare esecuzione a un mandato d'arresto europeo.

In un caso (25) il giudice rimettente aveva censurato la normativa nazionale nella parte in cui non prevede, quale motivo di rifiuto della consegna, ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta. La corte ha ritenuto pregiudiziale l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, del quale la legge nazionale censurata costituisce specifica attuazione, e quindi, con rinvio interpretativo alla Corte di giustizia, ha chiesto se l'art. 1, par. 3, della citata decisione quadro, letto alla luce degli art. 3, 4 e 35 Cdfue, debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona, afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili, possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole.

Nell'altro caso (26) il giudice rimettente aveva censurato la medesima normativa nazionale con riferimento, come parametri interposti, anche alle disposizioni della suddetta decisione quadro e all'art. 7 Cdfue. La corte ha operato il rinvio pregiudiziale interpretativo domandando alla Corte di giustizia se la richiamata normativa europea osti a una disciplina, come quella italiana, che — nel quadro di una procedura di mandato di arresto europeo finalizzato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza — precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo.

7. - *Priorità dell'incidente di costituzionalità deciso senza previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. È possibile che la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale con riferimento (anche o solo) a parametri interposti europei, non solo la ritenga in rito ammissibile, dando dichiaratamente continuità al nuovo corso della giurisprudenza, ma anche entri nel merito delle censure senza fare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In un caso, con riguardo alle concessioni del gioco del bingo, rilasciate dall'agenzia delle dogane e dei monopoli, la cor-

(17) Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112, *Foro it.*, 2019, I, 3422.

(18) Corte cost. 10 maggio 2019, n. 117, *Foro it.*, 2019, I, 3421.

(19) Corte giust. 2 febbraio 2021, causa C-481/19, <www.curia.europa.eu>.

(20) Corte cost. 30 aprile 2021, n. 84, *Foro it.*, 2021, I, 2279.

(21) Cass. 17 giugno 2019, n. 16166, *ForoPlus*, e altre.

(22) Corte cost. 30 luglio 2020, n. 182, cit.

(23) Corte giust. 2 settembre 2021, causa C-350/20, *Foro it.*, 2021, IV, 534.

(24) R.o. nn. 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189 e 190/19, u.p. 11 gennaio 2022.

(25) Corte cost. 18 novembre 2021, n. 216, <www.cortecostituzionale.it>.

(26) Corte cost. 18 novembre 2021, n. 217, <www.cortecostituzionale.it>.

te (27), investita della questione della legittimità costituzionale del regime della c.d. proroga tecnica in riferimento a norme sia della Costituzione, sia della Carta, ha affermato l'ammissibilità anche delle censure di violazione di queste ultime, come parametri interposti. Pervenendo poi, nel merito, ad una pronuncia di non fondatezza, la corte ha osservato che le ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione delle disposizioni della Cdfue si sovrappongono con i valori costituzionali dell'uguaglianza, della ragionevolezza e della libertà dell'iniziativa economica privata. Sicché, accertata l'insussistenza della lesione del canone di ragionevolezza (art. 3 Cost.), non sussiste neppure la violazione degli analoghi principi, desumibili dagli art. 20 e 21 Cdfue, di eguaglianza davanti alla legge e di non discriminazione. Allo stesso modo — esclusa la violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) — non ricorre neppure la violazione dell'art. 16 Cdfue, che contiene il riconoscimento della libertà d'impresa.

In altro giudizio, in cui erano evocati unicamente parametri europei interposti e in particolare (oltre all'art. 6, par. 2, Cedu) l'art. 48 Cdfue e la direttiva 2016/343/Ue, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza, emanata in attuazione dell'art. 82, par. 2, lett. b), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue), la corte (28) ha affermato, in generale, l'ammissibilità di censure riferite al diritto europeo derivato «ove non ricorrano i presupposti della non applicabilità della normativa interna contrastante con quella europea». Nel merito, poi, la corte ha ritenuto che la disposizione censurata (art. 578 c.p.p.) non violasse il diritto dell'imputato alla presunzione di innocenza come riconosciuto nell'ordinamento dell'Unione europea e come declinato nell'ordinamento convenzionale dalla giurisprudenza della Corte Edu; garanzia, questa, in sintonia con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, 2° comma, Cost.

8. - *Priorità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.* Un percorso processuale alternativo è quello che vede il giudice comune investire direttamente la Corte di giustizia, com'era di regola, in passato, quando operava il canone della «doppia pregiudiziale».

8.1. - (segue) a) *Rinvio pregiudiziale seguito dalla decisione del giudizio principale da parte del giudice a quo.* In un caso la Corte di cassazione (29) ha ritenuto di fare direttamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sottoponendole una questione interpretativa relativa al diritto del lavoratore subordinato all'indennità compensativa delle ferie non godute. In particolare ha chiesto se l'art. 7, par. 2, della direttiva 2003/88 e l'art. 31, punto 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dovessero essere interpretati nel senso di ostare 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 insorge ove il lavoratore non abbia potuto farlo valere, prima della cessazione, per fatto illegittimo (licenziamento accertato in via definitiva dal giudice nazionale con pronuncia comportante il ripristino retroattivo del rapporto lavorativo), addebitabile al datore di lavoro, limitatamente al periodo intercorrente tra la condotta datoriale e la successiva reintegrazione.

Dopo la pronuncia della Corte di giustizia (30) la Cassazione — ritenendo che, nella specie, ricorressero i presupposti per disapplicare la normativa interna contrastante con quella europea — ha deciso il giudizio principale (31) e ha riconosciuto che il lavoratore, il quale, dopo essere stato illegittimamente licenziato, era stato reintegrato nel posto di lavoro a seguito dell'annullamento giudiziale del recesso, ha diritto all'indenni-

tà sostitutiva delle ferie, delle festività e dei permessi, maturati e non goduti nell'arco temporale tra il licenziamento e la reintegrazione, poiché, pur in assenza di lavoro effettivo, tale situazione deve essere equiparata — secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia — a quella della sopravvenuta inabilità al lavoro per malattia, trattandosi in entrambi i casi di impossibilità di esecuzione della prestazione per cause imprevedibili e indipendenti dalla volontà del lavoratore.

8.2. - (segue) b) *Rinvio pregiudiziale seguito da incidente di costituzionalità sollevato dal giudice a quo.* In un altro caso parimenti la Corte di cassazione (32) ha innanzi tutto fatto il rinvio interpretativo pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo se l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 13 dicembre 2011 n. 2011/98/Ue, nonché il principio di parità di trattamento tra titolari del permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale nella quale, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare, al fine del calcolo dell'assegno di sostegno alla famiglia, sono esclusi i familiari del lavoratore soggiornante di lungo periodo e appartenente a Stato terzo, qualora gli stessi risiedano presso il paese terzo d'origine.

La Corte di giustizia (33) ha riconosciuto il diritto all'assegno familiare per lavoratore con permesso di soggiorno, anche se il coniuge e i figli risiedono all'estero.

Dopo la restituzione degli atti la Corte di cassazione, diversamente dall'ipotesi precedente (*sub* 8.1), ha sollevato l'incidente di costituzionalità, ritenendo che, una volta chiarita la portata del diritto europeo, il ricorso non potesse essere deciso con la tecnica della disapplicazione della normativa interna contrastante con quella europea.

La Corte costituzionale sarà, quindi, chiamata a pronunciarsi in «seconda battuta» (34).

9. - *Questione di costituzionalità sollevata contemporaneamente al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.* Si è altresì verificato che il giudice abbia contemporaneamente sollevato l'incidente di costituzionalità e operato il rinvio pregiudiziale interpretativo, così investendo simultaneamente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia (35). La questione riguardava la disciplina dei licenziamenti collettivi che, a seguito del c.d. Jobs Act (d.leg. 4 marzo 2015 n. 23), vedeva regole processuali e sostanziali diverse secondo che i lavoratori eccedentari fossero stati assunti prima o dopo il 7 marzo 2015. Questa circostanza — secondo il giudice rimettente — non giustificava, sul piano delle garanzie costituzionali ed europee, tale disciplina differenziata, soprattutto in riferimento al principio di non discriminazione.

Non vi è stata, quindi, l'individuazione, da parte del giudice del giudizio principale, di quale dovesse essere la corte chiamata a pronunciarsi in «prima battuta» perché il rinvio alle due corti è stato simultaneo, con sospensione del giudizio principale.

Solo di fatto è accaduto che sia intervenuta prima la Corte di giustizia, che ha dichiarato la propria incompetenza, ritenendo che le disposizioni dell'Unione nella materia in questione non imponessero alcun obbligo specifico agli Stati membri in relazione alla situazione oggetto del procedimento principale. La sola circostanza che una normativa nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione è competente non può collocarla — ha ritenuto la Corte di giustizia — nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, comportare l'ap-

(27) Corte cost. 29 marzo 2021, n. 49, cit.

(28) Corte cost. 30 luglio 2021, n. 182, cit.

(29) Cass. 10 gennaio 2019, n. 451, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1265.

(30) Corte giust. 25 giugno 2020, cause riunite C-762/18 e C-37/19, *Foro it.*, 2020, IV, 403.

(31) Cass. 8 marzo 2021, n. 6319, *ForoPlus*.

(32) Cass. 1° aprile 2019, n. 9022, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Previdenza sociale*, n. 420.

(33) Corte giust. 25 novembre 2020, causa C-302/19, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 1040.

(34) R.o. nn. 110 e 111/21, u.p. 8 febbraio 2022.

(35) App. Napoli 18 settembre 2019, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1496, e *Argomenti dir. lav.*, 2020, 411.

plicabilità della Carta (36). Non è stata quindi sufficiente la direttiva 98/59/Ce del consiglio del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in tema di licenziamenti collettivi, ad attrarre la materia nell'ambito di applicazione della Carta in ragione del collegamento richiesto dall'art. 51, par. 1, della stessa.

Successivamente si è pronunciata la Corte costituzionale (37), che non ha mancato di notare — senza dubitare dell'ammissibilità (38) — che il giudice rimettente aveva ritenuto di proporre contemporaneamente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e incidente di costituzionalità. Ha ribadito che nella giurisprudenza costituzionale si è affermato un «sistema integrato di garanzie» e quindi è passata a verificare anch'essa, come aveva già fatto la Corte di giustizia, la deducibilità, da parte del giudice rimettente, dei parametri europei interposti pervenendo alla stessa conclusione. La situazione giuridica dedotta nel procedimento principale «non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione», sicché l'interpretazione delle disposizioni della Carta «non ha alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale».

10. - *Considerazione conclusiva.* Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale porta a ritenere ammissibili questioni di legittimità costituzionale sollevate deducendo la violazione della Carta (Cdfue) o del diritto europeo, primario o derivato, come parametri interposti, eventualmente in concorso con parametri interni, sempre che il giudice comune rimettente escluda, in modo anche solo meramente plausibile, la possibilità di disapplicare la normativa interna, denunciata come contrastante con il diritto europeo self-executing.

Ciò rende possibile — ma non obbligato — che sia la Corte costituzionale a essere investita in «prima battuta» dal giudice comune con l'incidente di costituzionalità. Il carattere prioritario del giudizio costituzionale non esclude, però, la possibilità per il giudice, in qualsiasi fase del processo, di operare il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.

La complementarietà del concorso di rimedi giurisdizionali consente di disegnare vari percorsi processuali alternativi e possibili, sopra indicati (*sub* 6-9), che valorizzano il dialogo tra le due corti e favoriscono la formazione di una nomofilia costituzionale integrata mediante l'osmosi dei parametri, nazionali (diretti) ed europei (interposti), in modo flessibile ed equilibrato, si da elevare lo standard di tutela dei diritti fondamentali nel rispetto delle specificità essenziali del sistema costituzionale nazionale, le quali connotano la sua identità.

ABSTRACT - *The «double preliminary ruling» and the identification of the Court (constitutional or of justice Eu) the judge can turn to «in the first instance».*

When an internal legal provision conflicts with European Union rules, not having direct effect, ordinary judges have to raise a question of constitutional legitimacy in reference to European parameters (mainly the Charter of Fundamental Rights of the European Union) calling on the Constitutional Court, even though it is possible the preliminary referral to the European Court of justice. The question that arises is which court «speaks» first. The essay analyses the jurisprudence of the Constitutional Court on all possible options.

(36) Corte giust. 4 giugno 2020, causa C-32/20, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 922.

(37) Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1487.

(38) In passato, invece, quando operava il canone della doppia pregiudiziale, si era ritenuto inammissibile l'incidente di costituzionalità sollevato contemporaneamente al rinvio pregiudiziale interpretativo: Corte cost. 21 marzo 2002, n. 85, *Foro it.*, 2002, I, 1606.

GIUSEPPE DE MARZO

Il d.leg. 8 novembre 2021 n. 188 e la presunzione di innocenza nel nostro ordinamento

SOMMARIO - *L'a. esamina le novità introdotte nel nostro ordinamento dal d.leg. n. 188 del 2021 in tema di presunzione di innocenza, che, accanto a previsioni finalizzate a tutelare la reputazione delle persone sottoposte ad indagini o imputate, contiene alcuni rimedi eccentrici che sembrano investire la stessa motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.*

1. - *Premessa.* Nel supplemento ordinario alla G.U. n. 284 del 29 novembre 2021, è stato pubblicato il d.leg. 8 novembre 2021 n. 188, recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle previsioni della direttiva (Ue) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (1), il cui recepimento era previsto per il 1° aprile 2018 (2).

Il decreto legislativo in esame costituisce l'attuazione della l. 22 aprile 2021 n. 53, ossia della legge di delegazione europea 2019-2020 (3), e si concentra su alcuni dei profili esaminati dalla direttiva che, in realtà, ha irradiato i suoi effetti anche su questioni affrontate dalla giurisprudenza negli anni successivi alla sua approvazione (4).

2. - *Il divieto di indicare come colpevole l'indagato o l'imputato.* L'art. 2 (dopo un art. 1 che si limita a indicare l'oggetto dell'intervento normativo) si occupa di alcuni profili legati alla diffusione, da parte di autorità pubbliche, di informazioni sui procedimenti in corso (5).

La disciplina, soggettivamente indirizzata nei confronti delle autorità pubbliche, non esclude, né nei confronti di

(1) Con riferimento a quest'ultimo profilo, le autorità domestiche, guidate dalle indicazioni sovranazionali ed eurounitarie, hanno, prima, reso importanti precisazioni giurisprudenziali sul processo *in absentia* — v., ad es., gli approdi di Cass., sez. un., 28 novembre 2019, I.D.M., *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Dibattimento penale*, n. 33, sulla scia di Cass., sez. un., 28 febbraio 2019, I., *id.*, 2019, II, 411, nelle quali è esplicito il riferimento alla direttiva 343; poi hanno prefigurato modifiche normative: v., in particolare, l'art. 1, 7° comma, l. 27 settembre 2021 n. 134 (a proposito del quale, per una prima analisi, v. G. DE MARZO, *La legge delega disegnata dalla riforma Cartabia con riguardo al processo penale (prima parte): dal processo telematico all'udienza preliminare*, *id.*, 2021, V, 259).

(2) Per un'analisi v. L. CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, <<https://archivi.viodpc.dirittopenaleuomo.org>>; per alcune interessanti prospettive che rivelano, in realtà, l'esigenza di meditare con particolare attenzione il tema della presenza della parte civile nel processo penale, v. Corte cost. 30 luglio 2021, n. 182, *Foro it.*, 2021, I, 2949, con nota di G. DE MARZO, *Innesto della pretesa civilistica nel processo penale, prescrizione e presunzione di innocenza*.

(3) Il parere reso dal Consiglio superiore della magistratura sullo schema di decreto legislativo è stato riportato in *ForoNews*, <www.foroitaliano.it>, 7 novembre 2021.

(4) A proposito del diritto a non autoincriminarsi v., di recente, nella prospettiva degli art. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Corte giust. 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Foro it.*, 2021, IV, 389, con note di S. MILONE e G. DE MARZO, e Corte cost. 30 aprile 2021, n. 84, *ibid.*, I, 2279, con nota di richiami di A. PALMIERI.

(5) Il tema è quello che ha maggiormente attirato l'attenzione dei primi commenti: A. SPADARO, *Commento al decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 188*, in <www.giustiziainsieme.it>, 14 dicembre 2021; V.A. STELLA, *Recepimento della direttiva europea sulla presunzione di innocenza: è davvero la fine dei processi mediatici?*, *ibid.*; in una prospettiva più ampia, v. F. RESTA, *Il «compiuto» adeguamento alla direttiva 2016/343/Ue sulla presunzione d'innocenza*, *ibid.*