

Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*

di Diletta Tega **
(26 marzo 2018)

L'elaborata ordinanza ([Cass., sez. II civile, 16 febbraio 2018, n. 3831](#))¹ che si commenta ricalca fedelmente l'impostazione adottata dalla Corte costituzionale nel discusso *obiter dictum* contenuto ai paragrafi 5.1 e 5.2, in diritto, della sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, relativo alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE)². In questo senso, la lettura dell'ordinanza desta stupore soprattutto per la rapidità e la precisione con cui quella impostazione ha trovato un'applicazione ed esemplificazione concreta. In un mio commento³ alla decisione tentavo di spiegare cosa è e cosa non è la pronuncia n. 269/2017: non è un attacco alla dottrina della pregiudizialità, in generale; è un richiamo, rivolto ai giudici comuni, a dare priorità alla questione di legittimità costituzionale, quando sul tavolo ci sono questioni di diritti fondamentali. Ebbene l'ordinanza, dimostra che la comunicazione tra giudici è passata in maniera veloce ed efficace e che i *desiderata* della Corte costituzionale sono stati esauditi.

In estrema sintesi, la Cassazione, alle prese con un caso di sanzioni applicate dalla CONSOB per abuso di informazioni privilegiate e intralcio alle indagini della stessa autorità, si trova dinanzi a due ordini di problemi, che chiamano 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 determinano, per ciascuno di essi, un problema di doppia pregiudizialità: è 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.

Dinanzi a tale intreccio di parametri, seguendo l'impostazione della sentenza n. 269/17, l'ordinanza solleva una articolata questione di legittimità costituzionale, nella quale operano come parametri (interposti) anche le norme della CDFUE, pure quando esse, secondo la Cassazione, avrebbero efficacia diretta. È espressamente lasciata alla Corte costituzionale la valutazione se rivolgersi con un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia, anche se la Cassazione prefiguri puntualmente i quesiti (che essa ritiene) pertinenti al caso. E questo il punto centrale, che merita di essere rimarcato: alle prese con dubbi di compatibilità della normativa italiana con la CDFUE, la Cassazione

*

Scritto già pubblicato su *Questione Giustizia* (http://questionegiustizia.it/articolo/il-seguito-in-cassazione-della-pronuncia-della-cor_12-03-2018.php).

1

Su cui cfr. A. Ruggeri, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta Online*, fasc. 1/2018, <http://www.giurcost.org/studi/index.html>

2

Si veda il ricco dibattito ospitato sul *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it/>

3

D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it/>

avrebbe voluto – e dovuto, in base all’art. 267 TFUE – far rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo; ma consapevole di quanto affermato dalla Corte costituzionale, ha deciso di rivolgersi, in prima battuta, a Palazzo della Consulta. L’ordinanza pone anche un problema ulteriore, legato a uno scenario che sembra preoccuparla particolarmente: se la Corte costituzionale non interpella la Corte di giustizia, ma comunque dichiara infondate tutte le questioni (comprese quelle che chiamano in causa la CDFUE), quale spazio resta, dopo, al giudice rimettente per ulteriori approfondimenti dei profili di compatibilità con la Carta di Nizza e per eventuali rinvii pregiudiziali orientati a questo scopo?

Questa prima applicazione dell’*obiter* si rivela utile, perché sostanzia due problematiche rimaste *in nuce* nella sentenza n. 269/17: l’interferenza temporanea con il potere o dovere di rinvio pregiudiziale; la contrazione dell’area della disapplicazione. Ragionando sull’ordinanza, e sul seguito che essa potrebbe avere presso la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, si capisce come, mettendo mano al tema della pregiudizialità, non si può fare a meno di toccare anche quelli del rapporto tra Corte di giustizia e giudice comune italiano (e dunque al ruolo europeo del secondo) e della disapplicazione. I tre temi sono legati da un unico filo concettuale; se si tocca uno, fibrillano anche gli altri due, almeno sul piano teorico.

L’ordinanza è in definitiva cruciale perché offre alla Corte costituzionale la possibilità di tornare sul tema, a distanza di pochissimo tempo, in modo più organico. Non c’è nulla di strano, beninteso, nel fatto che ciò possa avvenire: l’*obiter*, inevitabilmente limitato data la sede, è stato un primo approccio a un problema complesso, tanto più perché si inserisce in una fitta trama di rapporti giurisdizionali; pertanto, esso è stato – per riprendere la metafora un po’ usurata ma qui pertinente – solo una battuta in un dialogo destinato a continuare. Insomma, per quanto qui interessa, è naturale che la sentenza n. 269/17 segni solo l’avvio di un ripensamento interpretativo, non certo una dottrina organica e completa, e che le tappe successive diano l’occasione non solo per confermare, ma anche per rivedere, approfondire, eventualmente ricalibrare la nuova posizione.

Partiamo, in primo luogo, dal nodo della “sospensione” del rinvio pregiudiziale. La Corte di cassazione spiega a chiare lettere quali domande porrebbe ai colleghi del Lussemburgo, se potesse: ma accetta l’idea di non poterlo fare, e si limita a “passare i propri appunti” alla Corte costituzionale. Orbene, se il giudice comune deve rivolgersi anzitutto alla Corte costituzionale, è temporaneamente sospeso il suo potere, o dovere, di adire la Corte di giustizia a norma dell’art. 267 TFUE. In ciò, si potrebbe ravvisare una certa distonia rispetto a quanto deciso nel noto caso Melki⁴: lì, per i casi in cui l’ordinamento nazionale determina una doppia pregiudizialità e pretende che sia avviato l’incidente di costituzionalità, si ammetteva un differimento della decisione finale, e quindi della disapplicazione definitiva, al termine del giudizio di costituzionalità; ma insisteva sul fatto che in ogni momento – e dunque anche *prima* dell’incidente di legittimità costituzionale – la via del rinvio pregiudiziale doveva restare sgombra e percorribile. Invece, la sentenza n. 269/17, invece, pone un ostacolo su questa via, sia pure solo temporaneo. Sembra che la posizione della Corte costituzionale e, ora, della Cassazione non siano, al momento, pienamente riconciliabili con quella della Corte di giustizia, con riguardo alla CDFUE.

Incidentalmente, esaminando il ragionamento della Cassazione sulla CDFUE e sulla sua interpretazione, sia permesso rilevare che, forse, avrebbe potuto essere maggiormente approfondita la questione di quali previsioni della CDFUE abbiano efficacia diretta, e perché. La Cassazione si limita a osservare, a proposito dell’art. 47 CDFUE

(principio di tutela giurisdizionale effettiva), che esso ha efficacia diretta⁵, perché attribuisce un diritto e non si limita ad affermare un principio, mentre vale (o almeno, a prima vista sembra valere) l'inverso per gli artt. 17 e 49 CDFUE. È sufficiente? Oppure occorrerebbero altri argomenti o riferimenti? La distinzione tra diritti e principi è davvero, di per sé sola, una guida affidabile, quando si tratti di diritti fondamentali come quelli contemplati nella Carta?

In alcune decisioni recenti, accolte come un esempio promettente di attivismo della Corte di giustizia a favore dei diritti fondamentali, gli artt. 17 e 47 CDFUE sono stati usati come metro di giudizio e interpretazione (adeguatrice) di norme nazionali attuative del diritto UE. Nella sentenza della Grande sezione, 16 maggio 2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA*, si considerava una sanzione applicata a una società lussemburghese, che si era rifiutata di rivelare all'amministrazione di quel Paese informazioni richieste dai colleghi francesi in base a una direttiva del 2011 sulla cooperazione fiscale. Secondo la Corte di giustizia, rispetto a una sanzione di questo tipo l'art. 47 CDFUE richiede l'esperibilità di un ricorso effettivo, attraverso il quale sia possibile contestare la pertinenza (o quantomeno la manifesta assenza di pertinenza) delle informazioni richieste rispetto alle previsioni della direttiva. In un'altra pronuncia della Grande sezione, di poco successiva, 12 giugno 2017, C-258/14, *Eugenia Florescu* e altri, veniva in rilievo il divieto di cumulo tra pensioni e altri redditi: in sostanza, la sospensione dei redditi da pensione per chi avesse, e volesse conservare, altri redditi. Questa misura era stata imposta da una legge romena per attuare l'impegno di riforma previdenziale assunto in un accordo di assistenza finanziaria stipulato con l'UE. A parere della Corte di giustizia, l'art. 17 CDFUE (insieme all'art. 6 TUE e ai pertinenti principi elaborati a Strasburgo sulla base dell'art. P1-1 CEDU) tutela la titolarità anche dei crediti pensionistici, ma ne ammette limitazioni proporzionate (e tali sono apparse le limitazioni in questione, considerato il loro contenuto e il carattere transitorio, nonché la situazione di crisi). Questi esempi, si ripete, dimostrano l'attenzione della Corte di Lussemburgo nel garantire un certo grado di effettività alla Carta di Nizza, ma naturalmente non danno risposte specifiche ai quesiti di oggi.

Quindi, ha ragione la Cassazione quando afferma l'opportunità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ma il rinvio ben potrebbe estendersi, in teoria, anche al tema dell'efficacia diretta delle norme rilevanti, e forse non solo a proposito degli artt. 17 e 49 CDFUE. Vero è, d'altra parte, che è la stessa logica della sentenza n. 269/17 a sospingere sullo sfondo, anche se solo in prima battuta, la questione dell'efficacia diretta. Il puro e semplice fatto che il contenuto della Carta di Nizza abbia una «impronta tipicamente costituzionale» lo differenzia dal resto del diritto UE e impone che, in ogni caso, sia interpellata per prima la Corte costituzionale, anche in relazione ai potenziali conflitti con la Carta. Dunque, il giudice rimettente a buon diritto potrebbe ritenersi esentato dall'onere di risolvere subito la questione, se una certa norma della CDFUE sia fonte diretta di diritti immediatamente azionabili dei singoli: in ogni caso, la tutela di quei diritti passa, anzitutto, attraverso una questione di legittimità costituzionale.

La seconda problematica è inerente alla possibile contrazione della dottrina della cd. disapplicazione⁶. Per comprendere meglio il punto, è utile fare l'esercizio mentale, sempre un po' rischioso, di immaginare i possibili esiti del giudizio di legittimità costituzionale introdotto dall'ordinanza commentata.

5

Va notato che la compatibilità con l'art. 47 CDFUE era in discussione anche nei casi *Melki* e *A. c. B.* e altri (11 settembre 2014, C-112/13). Al momento in cui si scrive sono pendenti almeno tre casi, uno belga C-181/16 (per il quale sono già state rese note le Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi) e due italiani, C-600/17 e C-626/17, centrati sull'interpretazione di tale articolo.

6

La Corte potrebbe accogliere direttamente le questioni di legittimità sui parametri interni, lasciando del tutto sullo sfondo, per assorbimento, i temi di diritto UE. Se ciò non avvenisse, vale a dire se fosse imprescindibile approfondire i temi di diritto UE (ad esempio, perché le censure sollevate in relazione ai parametri costituzionali, convenzionali ecc. appaiono infondate), la Corte costituzionale dovrebbe anzitutto valutare se rivolgersi ai colleghi del Lussemburgo con un rinvio pregiudiziale. Qualora da tale rinvio risultasse acclarata la violazione della CDFUE, cosa succederebbe? E cosa succederebbe se la Corte di giustizia precisasse che alcune delle norme violate hanno effetto diretto? In passato, per quest'ultima eventualità l'esito probabilmente sarebbe stato di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per "omessa disapplicazione" (per irrilevanza della questione, dovuta alla necessità di disapplicare la norma interna). Oggi, stando alla sentenza n. 269/17 – e in assenza di ripensamenti o delimitazioni della posizione ivi assunta – la questione dovrebbe essere accolta. In tal caso, il contrasto tra legge nazionale e diritto UE (CDFUE) sarebbe risolto con la dichiarazione di illegittimità costituzionale, dunque con la mediazione dell'organo di giustizia costituzionale: a questo risultato tende, ovviamente, l'ordinanza della Cassazione. Si annullerebbe la norma interna, e la disapplicazione resterebbe fuori dall'orizzonte.

Dal canto suo, la Corte di giustizia, esaminando l'ipotetico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, potrebbe cogliere l'occasione, se non lo avrà già fatto prima, per valutare ed eventualmente censurare l'*obiter*, in quanto esso introduce per il giudice ordinario, di fronte a questioni di interpretazione del diritto UE, l'obbligo di rivolgersi anzitutto alla Corte costituzionale e di lasciare che sia quest'ultima, in prima battuta, a valutare se e come interpellare il giudice europeo. Non si può escludere che la Corte di giustizia tolleri l'*obiter*, scegliendo cioè di aumentare le concessioni già fatte all'ordinamento francese e a quello austriaco con le decisioni Melki e Abdeli e A c. B e altri⁷. Ma la reazione potrebbe anche essere diversa, e segnare la fine di quella tregua che sembrava essere stata proclamata il 5 dicembre 2017, in occasione della decisione sul caso M.A.S. (il cd. Taricco-*bis*), C-42/17⁸.

Prima di concludere, merita attenzione anche l'altra preoccupazione della Cassazione, riassunta sopra, relativa all'ipotesi che la Corte costituzionale neghi tutti i profili di contrasti denunciati, anche con la CDFUE, senza nemmeno interpellare la Corte di giustizia. La Cassazione si preoccupa di capire se potrebbe, in questa ipotesi, dissentire dalla Corte costituzionale, rivolgersi autonomamente a Lussemburgo ed eventualmente, anche sulla base del giudizio in sede europea, disapplicare la norma interna per la sussistenza proprio di quello specifico profilo di contrasto; oppure se il giudizio di legittimità costituzionale opererebbe una sorta di irrimediabile *pre-emption*, tale da precludere ogni ulteriore valutazione dei sospetti di incompatibilità con il diritto UE.

Questi interrogativi si basano su un inciso della sentenza n. 269/17, ma, ad avviso di chi scrive, finiscono per attribuire a quell'inciso una gravidanza eccessiva. In verità, la

Si rimanda alle riflessioni sul punto espresse da R. Mastroianni, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2014, 4097 ss.

7

R. Mastroianni, *cit.* L'A. ponendo in evidenza che la Corte di giustizia ha tollerato, in Melki, che «il meccanismo del controllo di costituzionalità delle leggi possa *sospendere e ritardare* il potere del giudice di dare *piena ed immediata* soddisfazione ai diritti invocati in forza di norme di diritto dell'Unione *direttamente efficaci*», conclude che la Corte di Lussemburgo è finita per interpretare 'al ribasso' il principio del primato, finendo per mettere in discussione il principio della supremazia e riconoscendo uno spazio per il giudice costituzionale di controllo del rispetto del diritto dell'Unione, 4092, 4095, 4097.

8

Su cui si vedano, tra i molti, D. Sarmiento ed E. Lupo, entrambi in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it/>

pronuncia n. 269/17 non sembra prendere una posizione netta a riguardo. Se la si è bene intesa, essa esprime la volontà della Corte costituzionale di essere introdotta subito nella conversazione sui diritti fondamentali dotati di veste sia italiana sia europea. Ma non esclude, in linea di principio, che, qualora sorgessero discordanze interpretative tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, il giudice comune potrebbe alla fine allinearsi alla seconda. In breve, per ora, la Corte costituzionale ha voluto rivendicare a sé stessa, nel dialogo con il giudice del Lussemburgo, il 'diritto alla prima parola': non all'ultima.

Tale conclusione cambierebbe forse solo in un'ipotesi, in un certo senso speculare al cd. caso *Taricco*: qualora, cioè, la Corte costituzionale non solo negasse che la Carta di Nizza garantisca una certa prerogativa individuale, ma ritenesse questa prerogativa incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento repubblicano. Si tratta di uno scenario possibile, ma del tutto futuribile: si registrerebbe cioè non solo un conflitto radicale tra ordinamento della Repubblica e dell'Unione (come con *Taricco*), ma un conflitto centrato sul nucleo dei diritti fondamentali.

Siamo ben al di là dei temi e dei problemi ai quali si riferisce la sentenza n. 269/17. Tutto sommato, in questa decisione la Corte costituzionale sembra essersi preoccupata non tanto di previsioni apocalittiche di questo genere, ma – più pragmaticamente – della necessità, da un lato (nel rapporto con i giudici comuni), di non venire esclusa dalla giurisdizione sui diritti fondamentali, nelle materie coperte dal diritto UE; dall'altro (nei rapporti con la Corte di giustizia), di fare in modo che, quando a Lussemburgo si decide su un caso italiano, siano ben rappresentate tutte le caratteristiche salienti della singola situazione normativa e le esigenze di tutela sistemica in essa implicate. Di queste preoccupazioni e intenzioni, concretamente propedeutiche a un dialogo proficuo, dovrebbe tenere conto anche la Corte di giustizia, quando prenderà in considerazione l'*obiter* e le sue ricadute applicative.

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Bologna