

Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: *narrowing the dialogue*

di Diletta Tega *
(6 marzo 2017)

(Intervento al Seminario *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, a cura di A. Bernardi, 24 febbraio 2017, Università di Ferrara)

SOMMARIO: 1. Che cosa voglio dire. - 2. Il tono dell'ordinanza. – 3. I destinatari. – 4. Il contesto di diritto comparato.

1. *Che cosa voglio dire*

In queste brevi riflessioni scelgo di affrontare tre elementi, tra i molti che emergono dal rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017.

In primo luogo, il tono usato – in quello che è solo il terzo rinvio pregiudiziale nella storia della giurisprudenza costituzionale – si caratterizza per una assertività finora assente in questo tipo di decisioni, così poco frequentato dal giudice costituzionale. Il giudice costituzionale dimostra di aver ormai preso dimestichezza con tale strumento che, a differenza del recente passato, non sembra più subire, ma che anzi utilizza con una certa durezza. Durezza e assertività che peraltro si ritrovano, a mio parere, anche nella sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco. Lo scambio (non userei, per ora, la parola dialogo) tra le due Corti appare serrato¹.

In secondo luogo, i destinatari. L'ordinanza si riferisce, ovviamente, nel suo articolato ragionamento, alla Corte di giustizia, ma dimostra un'attenzione – già palesata, dal medesimo estensore, nella nota decisione n. 49/2015 in materia di rapporti con la giurisprudenza della Corte EDU – anche a un altro, importante destinatario: i giudici comuni, particolarmente spaesati davanti alla decisione del 2015. Come dimostrano del resto i diversi atteggiamenti in seno alla medesima sezione della Corte di cassazione: la Terza sezione penale ha sollevato la questione di costituzionalità; ma, con la decisione n. 44584/2016, ha anche ritenuto di dare direttamente seguito ai criteri della Corte di Giustizia, concludendo di non potere disapplicare i termini legali di prescrizione; e già

¹ Correttamente A. BENARDI ha parlato di diktat, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017; L. GRADONI, nega che mai ci sia stato un dialogo tra le Corti in Europa, *Il dialogo tra Corti per finta*, in *SIDIBlog*; garbata nella forma, rocciosa nella sostanza afferma V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

prima, con la decisione n. 2210/2015, aveva applicato gli stessi criteri per giungere alla conclusione opposta.

In terzo luogo, il contesto di diritto comparato: negli anni recenti infatti si contano diversi casi nei quali le corti costituzionali hanno, con modalità certamente diverse, messo in discussione il primato del diritto comunitario e l'autorità della Corte di giustizia².

2. Il tono dell'ordinanza

Si diceva della decisione del 2015: si tratta di una sentenza tutta basata su un'interpretazione discutibile dell'art. 325 del TFUE, in base alla quale il giudice italiano deve disapplicare il regime dell'interruzione della prescrizione stabilito dagli artt. 160 e 161 c.p. qualora esso impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di gravi casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o se il termine di prescrizione è più breve di quello fissato dalla legge nazionale per i casi analoghi di frode in danno dello Stato membro.

Il giudice europeo afferma poi – con una disinvoltura che ha lasciato stupiti – che il collega italiano può e deve applicare i principi stabiliti nella decisione senza attendere un intervento legislativo. Seguendo queste indicazioni addirittura non si violerebbe, in riferimento ai procedimenti pendenti, né l'art. 49 della Carta di Nizza, né il corrispondente art. 7 della CEDU. Secondo la Corte di giustizia – che pure menziona una importante e non del tutto chiara «riserva di verifica da parte del giudice nazionale», su cui la Corte costituzionale ha insistito – ciò che conta è che il comportamento illecito era già tale, ed era punito con la stessa sanzione, al momento della commissione; la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso violazioni dell'art. 7 CEDU, quando la proroga dei termini di prescrizione ha effetto immediato anche sui termini pendenti, salvi quelli ormai già completamente decorsi.

Il tono di voce con il quale si esprime la Corte italiana fa chiaramente intendere che il rinvio pregiudiziale è uno strumento utilizzato per spiegare alla Corte di giustizia le criticità che la sua precedente decisione nascondeva e per chiederne una rilettura, valorizzando le garanzie approntate dalla Costituzione. Il tono risulta di quando in quando persino minaccioso: l'applicazione della dottrina dei cd. controlimiti aleggia chiaramente su tutta l'ordinanza. Nonostante alcuni passaggi faticosi, il rinvio pregiudiziale spiega molto chiaramente che l'art. 25, secondo comma, Cost., esempio preclaro di quei principi

² Si veda D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in *Despite our differences*blog.

supremi il cui rispetto può portare a dichiarare incostituzionale l'art. 2 della legge n. 130 del 2008 di ratifica ed esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dopo le modifiche apportate a Lisbona, include anche l'istituto della prescrizione.

Dinanzi a questa decisione, e alle diverse censure di costituzionalità che l'hanno investita, quali strade avrebbe dovuto percorrere la Corte costituzionale? La via dell'inammissibilità era impraticabile. Volendo escludere, almeno in prima battuta, la soluzione estrema dell'applicazione immediata della teoria dei cd. controlimiti³, ci si rende subito conto che l'ordinanza n. 24/2017, rappresenta l'unica seria risposta⁴.

Il tono di voce con il quale si esprime la Corte italiana fa chiaramente intendere che il rinvio pregiudiziale è uno strumento utilizzato per spiegare alla Corte di giustizia le criticità che la sua precedente decisione nascondeva e per chiederne una rilettura, valorizzando le garanzie approntate dalla Costituzione. Il tono risulta di quando in quando persino minaccioso: l'applicazione della dottrina dei cd. controlimiti aleggia chiaramente su tutta l'ordinanza. Nonostante alcuni passaggi faticosi, il rinvio pregiudiziale spiega molto chiaramente che l'art. 25, secondo comma, Cost., esempio preclaro di quei principi supremi il cui rispetto può portare a dichiarare incostituzionale l'art. 2 della legge n. 130 del 2008 di ratifica ed esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dopo le modifiche apportate a Lisbona, include anche l'istituto della prescrizione.

La Corte italiana non è disponibile a negare alla prescrizione un significato penale sostanziale: anzi attraversa il punto con passo svelto, senza – almeno per ora – soffermarsi in distinzioni e riferimenti alle posizioni dottrinali critiche, così come alla sua variegata giurisprudenza sul tema: per questo è già stata criticata⁵, anche se forse con accuse di contraddittorietà intrinseca non del tutto condivisibili; ma su questo il giudice delle leggi potrà ritornare in seguito, nella decisione finale, con argomenti più sviluppati e, magari, qualche sfumatura aggiuntiva, tenendo conto delle risposte che verranno dalla Corte di Giustizia (alla quale, comunque, non compete prendere posizione su natura, contenuti e portata dei principi costituzionali nazionali).

3 Da ultimo, sullo spunto della questione Taricco, cfr. A. BERNARDI (a cura di), *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, in particolare M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, *ivi*, 63 ss.

4 A. RUGGERI ritiene il rinvio sommamente opportuno, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in questo volume.

5 P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*.

Inoltre, di sicuro la Corte costituzionale nemmeno intende lasciare sulle spalle dei soli giudici ordinari l'onere di disapplicare la legislazione nazionale in base ad un apprezzamento caso per caso già concretamente dimostratosi difficoltoso; né privare il cittadino, per quanto colpevole, del principio della certezza e prevedibilità del diritto, riassuntivamente del principio di legalità. Le già riferite oscillazioni applicative sono una prova efficace della confusione generata dalla sentenza Taricco⁶.

C'è poi almeno un passaggio in cui il tono della questione si alza notevolmente, e finisce per investire gli stessi elementi costitutivi dell'Unione europea, nei suoi rapporti con gli Stati membri: questi rapporti «sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro». Pertanto, «la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del 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, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri».

D'altra parte, però, nemmeno la Corte costituzionale sminuisce il problema che le frodi fiscali pongono nell'ordinamento italiano: la prospettiva della disapplicazione giudiziaria mette in crisi la legalità penale; ma il giudice costituzionale è altrettanto netto nel precisare che «[r]esterebbe in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione».

E allora ecco che la Corte costituzionale indica alla Corte di giustizia un possibile terreno di incontro. La Corte italiana non mette in discussione le, pur criticabili, conclusioni che la Corte europea ha tratto in Taricco sulla base dei dati e delle categorie giuridiche ivi considerate⁷. La Corte suggerisce invece alcune risposte, alle domande oggetto del rinvio pregiudiziale, che si basano su norme e concetti ulteriori, più idonei a dare rilievo anche

6 Lo sottolinea I. PELIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017.

7 Secondo la prospettiva suggerita, in dottrina, da D. GALLO, *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in SIDIBlog.

comunitario alle preoccupazioni costituzionali nazionali: anzitutto il principio di collaborazione reciproca tra i due ordinamenti, di cui si è detto; ma non solo questo. Secondo l'apprezzamento della Corte costituzionale nella decisione Taricco «si [è] inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro e che spetta alle competenti autorità nazionali farsi carico di una siffatta valutazione». Correttamente i giudici penali hanno interpellato la Corte costituzionale, la quale ha messo a fuoco (quantomeno in prima battuta) i problemi di compatibilità con i principi supremi dell'ordine costituzionale, e si è sentita in dovere di chiedere a propria volta alla Corte di Giustizia se l'interpretazione dell'art. 325 TFUE, in via di ulteriore chiarimento della lettura già data, può farsene carico e rinunciare alla disapplicazione, nei casi problematici. «Se questa interpretazione dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa Taricco fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta». A questo punto del rinvio, si esemplifica la via che la Corte di giustizia dovrebbe valorizzare, cercando di esprimere le problematiche costituzionali emerse attraverso il riferimento alle categorie del diritto comunitario: la versione "estesa", italiana, del principio di legalità penale «costituisce un livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU. Esso, perciò, deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta, letto anche alla luce della relativa spiegazione»; altrimenti, del resto, «il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)»⁸.

Secondo il rinvio, l'interpretazione *dettata* dalla Corte costituzionale «se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità»⁹.

3. I destinatari.

8 L'importanza del riferimento all'art. 53, e più in generale del tentativo di dare veste europea alle preoccupazioni costituzionali nazionali, è sottolineata anche da M. BASSINI e O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *Verfassungsblog on matters constitutional*.

9 Per una ipotesi di soluzione "pacificatoria", «che potrebbe tornare utile ogni qual volta si svolga un dialogo tra le Corti avente per specifico oggetto la chiarificazione di ciò che entra a comporre l'identità costituzionale messa a rischio da atti dell'Unione (tra i quali, ovviamente, le stesse pronunzie della Corte di giustizia)», cfr. A. RUGGERI, *cit.*

Mentre sul tono utilizzato nel rinvio pregiudiziale, come ho cercato di sottolineare, si possono nutrire alcuni dubbi di opportunità, uno dei pregi indiscutibili, a mio avviso, dell'ordinanza è la sua capacità di indicare anche al giudice comune come maneggiare la materia incandescente dei rapporti tra giurisprudenza comunitaria e diritto penale sostanziale. Dicevo prima che qui si ritrova, a mio modo di pensare, un parallelo con quanto lo stesso estensore ha scritto nella decisione n. 49 del 2015¹⁰: anch'essa, per quanto criticabile nei toni e anche in alcune affermazioni di contenuto, certo si riprometteva di venire incontro al complicato compito dei giudici nel maneggiare la complessa e numerosa giurisprudenza della Corte EDU.

4. *Il contesto di diritto comparato.*

È stata la Corte costituzionale ceca, per la prima volta in una pronuncia del 2012, a stabilire che una decisione della Corte di giustizia fosse ultra vires (PI. ÚS 5/12)¹¹; solo pochi mesi fa, il 6 dicembre del 2016 la Corte Suprema danese, nel caso Asejos, ha rifiutato di dare applicazione, con sentenza n. 15/2014¹², alle raccomandazioni della Corte di Giustizia nella sentenza *Dansk Industri*; sempre nel dicembre del 2016, nella decisione n. 22/2016 sul sistema delle quote degli immigrati, la Corte costituzionale ungherese ha minacciato la possibilità di rifiutare di applicare il diritto comunitario in nome della identità costituzionale nazionale¹³.

Senza arrivare a questi estremi, concorrono a disegnare un quadro certamente non semplice, le ormai numerose decisioni di quelle Corti che hanno messo in discussione altri aspetti del diritto dell'Unione Europea, come la giurisprudenza ormai consolidata del Tribunale costituzionale tedesco o la sentenza della Corte costituzionale slovacca (decisione del 18 ottobre 2005, PI. ÚS 8/04) e della Corte costituzionale ungherese (pronuncia del 17 maggio 2004, n. 17/2004).

Questo atteggiamento può essere considerato sia una sorta di ragionevole bilanciamento rispetto ad alcune decisioni della Corte di giustizia, sia certamente una minaccia molto seria all'integrazione. Le posizioni delle Corti costituzionali appena ricordate, compresa quella espressa nell'ordinanza n. 24/2017 offrono la possibilità di

10 Cfr. D. TEGA, *A National Narrative: The Constitution's Axiological Prevalence on the ECHR*, in I-CONnect.

11 Su cui si veda M. LUCIANI, *cit.*, 84; O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis à vis il processo di integrazione europea*, in www.diritticomparati.it.

12 G. ZACCARONI, *Un'altra crepa nella diga del dialogo? La Corte Suprema Danese rifiuta di dare applicazione ad un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2017.

13 Cfr. G. HALMAI, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2017.

provare a esplorare i limiti procedurali e sostanziali di un dissenso giurisprudenziale sostenibile, fisiologico e persino utile nel costituzionalismo europeo.

Oggi la Corte italiana, da un lato, tiene aperto un canale di comunicazione, interpellando la Corte di Giustizia prima di decidere se, e in quale misura, applicare i controlimiti per neutralizzare, nel caso concreto, le controverse conclusioni della sentenza Taricco a proposito della disapplicazione. Dall'altro però, attraverso questo atteggiamento che potrebbe anche considerarsi dialogico, domanda molto, e con forza, alla Corte di Giustizia¹⁴: un ripensamento, magari parziale ma comunque vero e proprio, della sentenza del 2015, peraltro pronunciata dalla Grande Camera.

Mi pare che la Corte di giustizia si trovi in una posizione scomoda, ma certo non le mancano le vie d'uscita. Se confermasse il giudizio del 2015, la Corte costituzionale sembrerebbe intenzionata a dichiarare l'incompatibilità del diritto comunitario con i principi fondamentali costituzionali e ad applicare per la prima volta la cd. teoria dei controlimiti. Se però la Corte di giustizia volesse raccogliere il riferimento che la Corte costituzionale ha fatto all'art. 53 della Carta di Nizza, potrebbe restringere la portata della decisione Taricco, evitando o circoscrivendo la disapplicazione, considerato che la Costituzione italiana non solo riconosce i valori proclamati nell'art. 49 della Carta di Nizza, ma garantisce loro una protezione più ampia. In questo modo, la parziale eccezione all'art. 325 TFUE troverebbe spiegazione anche in una lettura sistemica dei Trattati, sui quali l'ultima parola spetta chiaramente alla Corte di giustizia.

La soluzione a questa *empasse* è proprio quella di valorizzare invece il paziente dialogo sui casi, sui molti profili del loro inquadramento giuridico e sulle variegate possibilità di incontro che si offrono all'ordinamento europeo e quelli nazionali, nella pluralità degli elementi che li pongono: lavorando non tanto sui principi generali, ma piuttosto, al lume dei principi, sulle particolarità delle singole situazioni normative. In particolare, la Corte di Giustizia, valorizzando clausole del diritto dell'Unione non considerate nella propria decisione del 2015, potrebbe temperare le conclusioni raggiunte in Taricco, dando una veste (anche) europea alle preoccupazioni della Corte costituzionale italiana, alla quale resterebbe poi la responsabilità della battuta successiva in questo scambio sempre più serrato. Del resto nella decisione *Von Wolfersdorff*, causa C-438/14, 2 giugno 2016¹⁵, la Corte di Giustizia ha riconosciuto con maggiore convinzione il ruolo svolto dalle tradizioni costituzionali degli Stati Membri.

¹⁴ Lo sottolinea A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, cit.

¹⁵ G. ZACCARONI, cit.

Questo tipo di atteggiamento sarebbe anche utile a distinguere il caso italiano da altri cui si è accennato, dove l'autorevolezza e l'autorità della UE sono messe in discussione molto più seriamente¹⁶: la mente corre anzitutto all'inquietante decisione ungherese, notevole non solo per la sua ampia portata, con riguardo all'ordinamento nazionale, ma anche per il riferimento a nozioni esclusivamente autarchiche, che difficilmente potrebbero essere ricondotte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o al patrimonio di valori e principi su cui essa si fonda¹⁷.

* Ricercatrice di Diritto costituzionale – Università di Bologna.

¹⁶ Sul diverso atteggiamento della Corte costituzionale italiana si veda G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*.

¹⁷ Vedi ancora G. HALMAI, *cit.*