

Unione europea

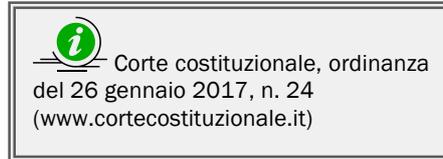
Una questione pregiudiziale al quadrato... o forse al cubo: sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale

Sommario: 1. Corte costituzionale e riottosità alle questioni pregiudiziali. – 2. Tanto tuonò che piovve...nel momento sbagliato. – 3. Questione al quadrato o *acte claire*. – 4. Ordinanza di rimessione e legge di esecuzione del Trattato nella parte in cui...? – 5. Art. 325 TUE e principio di legalità in materia penale: ovvero, ognuno ha i controlimiti che si merita. – 6. Negare il conflitto, ovvero ritorno ad un timido dualismo.

1. Sin dalle origini del processo di integrazione, la Corte costituzionale, pur non rinunciando al suo ruolo di interprete privilegiato della Costituzione, individuando nell'art. 11 Cost. la linea di confine nei rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario (ed oggi europeo), si può ritenere abbia per altri versi abdicato ad una più compiuta interazione con quello che oggi appare più chiaramente un suo interlocutore naturale oltre che indispensabile. La Corte costituzionale italiana è stata, infatti, come e più di altre Corti costituzionali europee, a lungo restia rispetto all'impiego dello strumento del rinvio pregiudiziale oggi disciplinato dall'art. 267 TFUE.

Dopo un'apertura possibilista in un *obiter dictum* del 1991, vi fu infatti una marcia indietro nel 1995, una iniziazione – limitata al giudizio di legittimità costituzionale in via diretta – nel 2008 (rispettivamente, sentenza n. 168 del 18 aprile 1991 e ordinanze n. 536 del 15 dicembre 1995 e n. 103 del 15 aprile 2008), per arrivare infine alla faticosa ammissione di essere giudice ai sensi dell'art. 267 TFUE anche nell'ambito di un giudizio in via incidentale con l'ordinanza n. 207 del 18 luglio 2013. Dopo tanta attesa, accompagnata da un coro di incoraggiamento da parte dei costituzionalisti più attenti, unanimi nel deprecare l'autoesclusione della Corte dal circuito dell'interpretazione degli atti normativi, in relazione alla garanzia dei principi fondamentali della Costituzione nel rapporto con l'Unione europea, la tanto sospirata decisione è stata poi tuttavia assunta nel 2013 con quella che non può che essere definita come una certa leggerezza.

2. Vale la pena, nell'accingersi a commentare l'ordinanza n. 24, ricordare l'unico precedente di un rinvio da un giudizio di costituzionalità in via incidentale. L'ordinanza n. 207, infatti, era stata promossa a partire da un giudizio di legittimità costituzionale molto, forse troppo delicato per la materia trattata, oltre che per il possibile impatto finanziario sul bilancio dello Stato in caso di accoglimento della questione di costituzionalità, e per di più in un ambito sul quale i precedenti della Corte di giustizia univocamente e chiaramente preannunciavano una decisione sfavorevole rispetto alle posizioni assunte dal Governo italiano nel giudizio *a quo* (un'ampia disamina dei precedenti in V. De Michele, "La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno", in *Europeanrights.eu* 2015, p. 24 ss., disponibile su www.europeanrights.eu; la Corte di giustizia ha poi sciolto il caso promosso dalla Corte costituzionale, con sentenza del 26 novembre 2014, causa C-22/13). Si trattava infatti di una questione di costituzionalità concernente l'abuso dei contratti a tempo determinato



nella scuola pubblica, materia in cui la disciplina italiana escludeva peraltro il rimedio del risarcimento e quello dell'assunzione a tempo indeterminato in caso di impiego di contratti a tempo determinato per una durata complessiva superiore al triennio, termine indicato come tetto massimo nella direttiva 1999/70/CE (v. direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato). Il 'fatto' del giudizio di costituzionalità, quindi, appariva in sé politicamente pregnante, considerata la situazione del reclutamento nella scuola pubblica, irrisolta da decenni e parte del più ampio ed altrettanto esplosivo problema dell'abuso del lavoro precario nel pubblico impiego in Italia.

La questione, proprio per la sua *difficoltà*, e visti i precedenti sul punto, pur essendosi raggiunto l'evidente intento dilatorio (indirettamente confermato dal ritardo con cui la Corte ha poi riassunto la questione dinanzi a sé, sciogliendola ben 20 mesi dopo che la CGUE si era pronunciata), ha comunque posto il giudice costituzionale in un'imbarazzante posizione. Ciò è avvenuto, infatti, nel momento in cui la giurisprudenza costituzionale, nel perdurare della situazione di sofferenza del debito pubblico italiano, si orientava, a torto o a ragione, alla massima considerazione dei vincoli di bilancio derivanti dall'art. 81, quasi ritenendo la disposizione una 'supernorma' costituzionale (si vedano in particolare le sentenze n. 10 e n. 178 del 2015 che limitano i propri effetti retroattivi in ragione delle esigenze di bilancio alla luce dell'art. 81, e l'ampio dibattito che hanno suscitato).

Nel contesto individuato da tali coordinate, il responso di inedita durezza della Corte di giustizia, che ha censurato nettamente l'operato del legislatore italiano nel caso *Mascolo*, una volta riassunto il giudizio dinanzi alla Consulta, ha portato la questione pregiudiziale sollevata dal giudice costituzionale ad una imprevedibile e poco condivisibile conclusione. Tutto ci si poteva attendere, infatti, meno che la questione di legittimità costituzionale venisse sciolta in senso opposto a quello indicato dalla Corte di giustizia. La pronuncia n. 187 del 2016 infatti, sebbene sciolga la questione di costituzionalità con una sentenza di accoglimento, tramite la clausola inserita nel dispositivo, «nei sensi e nei limiti di cui in motivazione», sulla base del sopraggiungere di una nuova disciplina (la legge n. 107 del 2015, c.d., buona scuola, in alcun modo riferita ai rapporti contrattuali pregressi), nega infatti il diritto al risarcimento del danno per i docenti già titolari di contratti a tempo determinato per periodi di tempo superiori a tre anni (non è questa la sede per approfondire specificamente i complessi profili della questione; sia quindi consentito rinviare a R. Calvano, "Cattivi consigli" sulla 'Buona scuola'? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso *Mascolo*", in *Rivista AIC* 4/2016, disponibile su www.rivistaaic.it).

3. L'ordinanza n. 24 del 2017, con cui la Corte costituzionale ha sollevato ora la sua seconda questione pregiudiziale alla Corte di giustizia a partire da un giudizio in via incidentale, rappresenta quindi una seconda occasione, dopo la falsa partenza rappresentata dal caso *Mascolo*, perché il giudice costituzionale arrivi a dimostrare alla Corte di giustizia di voler 'fare sul serio'. Alla notizia di quest'attesa decisione, probabilmente in molti si sono chiesti ... si intraprenderà finalmente il percorso del dialogo con i giudici europei, o siamo di nuovo di fronte ad una apertura solo di facciata?

Esaminando l'ordinanza, qualche prima perplessità è suscitata innanzitutto dal fatto che la questione pregiudiziale scaturisca da una sentenza interpretativa già resa dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco* (Corte di giustizia, sentenza dell'8 settembre 2015, causa C-105/14), promosso con discutibili argomentazioni da un giudice italiano (l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Cuneo del 17 gennaio 2014, n. 1378/2008, molto più simile ad un

pamphlet politico che a un provvedimento giurisdizionale, può essere letta in *Diritto penale contemporaneo* del 30 gennaio 2017, disponibile su www.penalecontemporaneo.it/).

La sentenza *Taricco* aveva in effetti suscitato un notevole clamore nell'ordinamento italiano. Con essa la Corte di giustizia, per meglio tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea, ha invitato i giudici penali italiani a disapplicare la disciplina codicistica relativa all'interruzione della prescrizione, in caso di reati di frode fiscale, quando essa possa impedire di giungere ad una sanzione degli illeciti «in un numero considerevole di casi di frode grave». Diverse questioni di costituzionalità sono state promosse dinanzi alla Corte costituzionale proprio in relazione agli effetti di quella sentenza della Corte di giustizia in rapporto ai *controlimiti* (il vivace dibattito provocato nella dottrina italiana, oltre alle ragioni di spazio, esime dal dare conto compiutamente dei contenuti della sentenza in questa sede; tra gli altri, v. almeno, sul versante penalistico, V. Manes, "La 'svolta' Taricco e la potenziale 'sovversione di sistema': le ragioni dei controlimiti", e ora C. Cupelli, "La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia", in *Diritto penale contemporaneo* rispettivamente del 6 maggio 2016 e del 30 gennaio 2017, disponibili su www.penalecontemporaneo.it/).

Dinanzi alla richiesta dei giudici *a quibus*, tra cui la Cassazione, (v. Corte di cassazione (sezione III penale), ordinanza del 30 marzo 2016, n. 2282), di azionare i *controlimiti* nei confronti della decisione della Corte di giustizia, scelta drammatica che avrebbe significato chiaramente un duro scontro tra questa e il giudice costituzionale italiano, la soluzione diplomatica percorsa da quest'ultimo è stata quella di promuovere con l'ordinanza n. 24 una questione pregiudiziale vertente... su di una questione pregiudiziale. Insomma, quella sollevata dalla Corte costituzionale appare quasi una questione al quadrato, o si potrebbe forse dire al cubo (se si tenesse conto anche della pregiudizialità della questione di costituzionalità rispetto ai giudizi *a quibus*), che rischia di urtare la sensibilità di più di un componente della Corte di giustizia, e magari di indurli persino alla tentazione di risponderne avvalendosi della dottrina dell'*acte clair*.

4. Non è infatti molto chiaro cosa ci sia da interpretare nella sentenza molto netta della Corte di giustizia, quasi apodittica nella sua motivazione, così come lapidarie erano state, come di consueto, le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 30 aprile 2015 (v. in particolare il punto 119). Poiché il giudice costituzionale è stato investito di un dubbio di costituzionalità sulla legge di esecuzione del Trattato nella parte in cui esso consente all'art. 325 TUE di produrre gli effetti (inediti, come si vedrà *infra*) indicati nella sentenza *Taricco*, esso ora ripropone alla Corte di giustizia sostanzialmente la stessa domanda cui questa ha già risposto.

Si potrebbe tentare di attribuire la responsabilità di ciò a chi, se pure con ordinanze ricche di spunti e di importanti riflessioni sui principi costituzionali (come quella della Cassazione, sez. III penale, cit.), ha forse, in una sorta di involontaria *aberratio ictus*, male individuato quale sarebbe stato l'oggetto più idoneo della questione di costituzionalità, che avrebbe potuto più efficacemente essere sollevata in relazione alla legge di esecuzione del Trattato, ma nella parte in cui essa prevede quali sono gli effetti di una sentenza interpretativa della Corte di giustizia, riferendosi quindi all'art. 267 TFUE (o magari dell'art. 280 TFUE che disciplina l'efficacia esecutiva delle sentenze della Corte di giustizia). Va sottolineato in proposito un importante elemento, sin qui trascurato dai commentatori. Quando in passato si è tentato più decisamente di attivare i *controlimiti*, l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale è stato di frequente la norma che consente ad una pronuncia di Corte sovranazionale (o comunque di Corti esterne al nostro ordinamento, come ad esempio

nella nota sentenza della Corte costituzionale del 2 febbraio 1982, n. 18, relativa alle pronunce dei Tribunali ecclesiastici) di produrre i suoi effetti nell'ordinamento italiano.

Nel caso deciso con la sentenza del 21 aprile 1989, n. 232, che può essere ricordato come uno dei momenti in cui la Corte costituzionale è arrivata più vicina all'utilizzo dei controlimiti, spesso agitati, ma mai azionati nel contrastato rapporto col diritto CE e poi UE, era stata impugnata, infatti, la legge di esecuzione del TCE nella parte in cui consentiva, tramite l'art. 177 TCE, il prodursi degli effetti di una particolare sentenza. *Mutatis mutandis*, più di recente, nella sentenza n. 238 del 2014, i controlimiti sono stati azionati oltre che in relazione alla consuetudine sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *iure imperii* (entrata nell'ordinamento in forza dell'art. 10 Cost.), anche con riferimento alla norma (art. 1 della legge n. 5 del 2013) di esecuzione dello Statuto ONU che disciplina la particolare efficacia delle sentenze della Corte internazionale di giustizia, nella parte in cui consentiva il prodursi degli effetti della notissima decisione resa nel caso *Germania c. Italia* (Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, sentenza del 3 febbraio 2012).

Le ordinanze di rimessione, anziché porre in discussione l'efficacia della norma attributiva di effetti nell'ordinamento italiano alla sentenza *Taricco*, hanno invece posto l'accento sull'art. 325 TFUE, su cui si impernia la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia. Questo dato sembra aver indotto, quindi, anche la Corte costituzionale a spostarsi dal tema della delimitazione dell'efficacia della singola pronuncia del giudice europeo, su cui si sarebbe dovuto ragionare, in particolare per discuterne, ad esempio, la portata retroattiva, a quello più ampio – e difficilmente correggibile da parte della Corte UE –, del rilievo che essa attribuisce all'obiettivo della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Un principio, quello posto nell'art. 325 TFUE, già più volte chiaramente ritenuto assorbente, per non dire centrale nel ragionamento del giudice europeo (tra tutti si veda Corte di giustizia, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, sentenza del 26 febbraio 2013).

Avendo dunque la questione di costituzionalità assunto ad oggetto centrale l'interpretazione data in *Taricco* dell'art. 325 TFUE, risulta allora singolare però che il giudice costituzionale sostenga ripetutamente, in tutta l'ordinanza n. 24, che il problema interpretativo che sta sollevando non derivi dall'interpretazione del 325 TFUE come norma produttiva di effetti diretti (un dato questo che risultava peraltro inedito sino al presente caso, come ricorda E. Cannizzaro, "Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali", in *Forum di quaderni costituzionali – Rassegna* 3/2016, disponibile su www.forumcostituzionale.it).

5. La diplomatica argomentazione della Corte costituzionale, che ribadisce l'ossequio al diritto UE, così come interpretato dal giudice europeo, tentando obliquamente di riaffermare il proprio primato in relazione ai principi costituzionali supremi, i controlimiti, tra i quali rientra sicuramente il principio di legalità in materia penale, non riesce ad occultare del tutto la vera questione sullo sfondo di questa decisione (erroneamente parte minoritaria della dottrina individua nella disciplina italiana della prescrizione il controlimite, confondendo disposto legislativo e parametro costituzionale, a cui esso deve corrispondere, nonché impropriamente imputando, alla posizione di chi tutela l'indefettibilità del principio supremo di legalità, la volontà di difendere "evasori fiscali"). Il nodo centrale, come era già stato a suo tempo segnalato (si veda, se si vuole, il mio "La Corte costituzionale e i controlimiti 2.0", in *Federalismi.it* 1/2016, p. 7 ss., disponibile su www.federalismi.it, nonché M. Luciani, "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale", in *Rivista AIC* 2/2016, p. 13 ss., disponibile su www.rivistaaic.it) è da ritenere rimanga quello dello

sbilanciamento eccessivo, nella ricostruzione della vicenda da parte della Corte di giustizia, tra gli interessi finanziari dell'UE e gli altri principi UE coinvolti, tra i quali rientra sicuramente anche il principio di legalità in materia penale, così come il necessario rispetto per l'identità costituzionale degli Stati membri, riconosciuto all'art. 4, comma 2 TUE.

Va aggiunto, a quanto già sostenuto, come la legalità in materia penale non vieti solo la retroattività degli effetti *in malam partem* della sentenza della Corte di giustizia, così come l'attribuzione di un potere discrezionale eccessivamente ampio ai giudici comuni, a seguito della stessa sentenza, ma prima ancora di ciò, e soprattutto, come essa precluda la riscrittura delle norme sulla prescrizione da parte del giudice europeo. Questi tre livelli di problematicità, in crescendo, avrebbero dovuto essere sottoposti all'attenzione del giudice europeo. Nell'ordinanza del giudice costituzionale invece, oltre ad insistersi ripetutamente sul fatto che la Corte «non pone in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325», si afferma l'estraneità all'ambito materiale del diritto UE della normativa sulla prescrizione e il suo essere assoggettata al principio di legalità penale. Si sorvola, insomma, sembra davvero di poterlo sostenere, sul dato più centrale.

La questione all'esame della Corte costituzionale è sorta, infatti, proprio dalla pretesa impropria della Corte di giustizia di assoggettare tale ambito al dominio del diritto UE e dell'art. 325 TFUE, pur trattandosi di materia estranea a quelle di cui all'art. 83 TFUE (terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata), cioè quelle nelle quali si legittima la competenza dell'UE ad intervenire con atti normativi assistiti dalla sanzione penale (motivo per cui pare azzardato comparare *sic et simpliciter* il caso *Taricco* con altre recenti pronunce della Corte di giustizia relative al tema del mandato d'arresto europeo, strumento di cooperazione giudiziaria disciplinato da decisioni quadro sulla base del Trattato; cfr. S. Bartole, "La Corte europea di giustizia fra *Taricco* e *Aranyosi*", in *Giurisprudenza costituzionale* 2016, 1562 ss.).

È questo allora il duplice conflitto rimasto sullo sfondo di questa ordinanza. In primo luogo, l'impropria volontà di far prevalere sul diritto scritto il diritto giurisprudenziale, validissimo strumento di integrazione ordinamentale in tanti altri ambiti, anche nella materia penale. In secondo luogo, la prevalenza assoluta assicurata agli interessi finanziari dell'Unione (peraltro adeguatamente tutelabili mediante tanti altri strumenti come ad esempio quello della lotta all'evasione fiscale, o, per quanto concerne questo tipo di giudizi, l'aumento degli organici della magistratura ordinaria penale) sui controlimiti.

6. Si è ben consapevoli come la decisione della giurisdizione europea di cui si discute non sia fenomeno isolato, ma esemplare di un filone che si va facendo via via più esplicito nel corso degli ultimi dieci anni (e che può trovare uno dei suoi capostipiti nel caso *Pupino* (causa C-105/03, sentenza del 16 giugno 2005), per giungere più di recente fino al già citato caso *Fransson*. A fronte di tali orientamenti, non è più solo il BVG a censurare a chiare lettere l'operazione che sta svolgendo la giurisdizione europea, come ha fatto ad esempio censurando la dottrina *Fransson* nel caso 'database antiterrorismo', ritenendola espressione di esercizio di un potere *ultra vires*. Anche la dottrina internazionalistica, meno critica su simili orientamenti, non teme tuttavia di ammettere quale sia il contenuto della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia, affermando che essa «extends the obligation of Member States in the field of criminal law for a more effective penalization at the expense of national criminal procedure» e che «such disapplication is contrary to the suspect's fundamental rights as they are recognized by the Italian constitutional system»

(aggiungendo che «EU effectiveness thus seems to take precedence over national fundamental rights...», così M. Lassalle, “Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF”, disponibile su www.europeanlawblog.eu del 27 ottobre 2015).

Più morbido appare paradossalmente solo l’atteggiamento di una parte della dottrina italiana, a tratti quasi timorosa nel criticare simili orientamenti delle Corti europee, di cui si continua a decantare il ‘dialogo’ con la Corte costituzionale, mentre lo scontro sembra divampare oramai furioso. L’ossequio forse eccessivo, talvolta manifestato in Italia, rispetto a taluni orientamenti delle Corti, può essere dovuto forse alla consapevolezza rispetto alle tante inadempienze del nostro legislatore nei confronti degli ordinamenti sovranazionali, o anche costituire la comprensibile difficoltà a fronte di una crisi della politica che lascia i costituzionalisti senza punti di riferimento, soli di fronte ad un panorama caotico e privo di qualsiasi certezza. Tale acquiescenza potrebbe derivare dal bisogno, forse inconsapevole, di sostituire alla legge, prodotta dalle istituzioni rappresentative, ormai irrimediabilmente in crisi, un nuovo principio di autorità, quello delle Corti e delle loro sentenze. Inutile dire quanto tale ipotesi, se pure azzardata, sarebbe fuorviante per ogni studioso che tenga a conoscere l’oggetto della propria disciplina, piuttosto che a trarne rassicurazione.

I controlimiti ‘servono’ insomma, e se si è tentato di azionarli da parte dei giudici *a quibus*, in questa come in altre occasioni, proprio nell’ambito della sfera del processo, e del rischio di compromissione di situazioni giuridiche *sub iudice* a seguito di orientamenti giurisprudenziali, un motivo c’è, come la Corte costituzionale sa bene. Essi riguardano la tutela di situazioni giuridiche concrete, di persone vere e spesso indifese, anche se in questo caso la frode fiscale e il coinvolgimento nel caso di ‘molte casse di champagne’, non aiutano a ricordarlo. Ma i principi supremi e i diritti fondamentali tali sono e restano comunque, anche quando i titolari sono imputati colpevoli di reati odiosi e per di più benestanti (Cfr. F. Viganò, “Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?”, in *Diritto penale contemporaneo* del 14 settembre 2015, 8, disponibile su www.penalecontemporaneo.it/), così come il potere di stabilire i confini ultimi entro cui tali diritti possono essere limitati resta espressione somma del potere sovrano dello Stato.

L’approccio ‘diplomatico’ di questa ordinanza, insomma, è da temere non porti lontano, a fronte di un giudice a Lussemburgo che sta sviluppando, oramai da diversi anni, una giurisprudenza molto aggressiva in materia penale. Poiché ciò che è in atto è lo spostamento della frontiera ultima della *kompetenz kompetenz*, negare tale conflitto, non appare una soluzione, visto che in generale negare che vi siano interessi contrapposti non è mai servito a risolvere le controversie. Per questo motivo, l’ordinanza del giudice costituzionale, timidamente tesa a riaffermare un dualismo assiologico, prima ancora che ordinamentale, non sembra preannunciare un contributo positivo alla soluzione dei problemi lasciati aperti dal caso *Taricco*. E ciò fa pensare ad un’occasione mancata, tanto più grave, se si riflette sul quadro complessivo.

Considerata la condizione di stallo in cui si trova il processo di integrazione europea, sembra importate sottolineare come, anche dalla soluzione di questo tipo di conflitti, può dipendere la strada che si intraprenderà da domani in poi.

Roberta Calvano*

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Roma “Unitelma Sapienza”, Dipartimento di Scienze giuridiche ed economiche, Viale Regina Elena, 295 – 00185 Roma, roberta.calvano@unitelmasapienza.it.

ABSTRACT. A Question for a Preliminary Ruling (Squared or Even Cubed): the Order n. 24/2017 of the Italian Constitutional Court

The Author comments the Italian Constitutional Court order for reference concerning *Taricco*. The Court claims that the legality principle in criminal matters stated in art. 25 of the Italian Constitution, as part of the Constitutional fundamental principles, is being questioned by the ECJ ruling in *Taricco*. The Court considers the EU and the Italian legal orders connected but inherently separated, thus asks the ECJ to clear the effects of its previous decision. Author's critique over the ruling focuses on the relevance offered to art. 325 TFUE in relation with the legality principle and the borders of EU competence in criminal matters.

Keywords: Constitutional Court; preliminary ruling; European Court of Justice; fundamental rights; criminal law.