



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2018 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO 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*)**

23 FEBBRAIO 2018

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio 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](#))**

SOMMARIO: 1. *La preferenza accordata alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella “comunitaria” e gli scenari configurabili all’esito di una eventuale pronuncia di rigetto del giudice costituzionale (in ispecie, la ventilata minaccia da parte della Cassazione della futura disobbedienza ad una indicazione della Consulta che indebitamente delimita l’area di esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione).* – 2. *Concludendo: una pronuncia che non dà testimonianza di coraggio ma di cauta e vigile attesa, preoccupata di non drammatizzare il conflitto con la Consulta, allo stesso tempo tuttavia esercitando sulla stessa una obiettiva pressione.*

1. *La preferenza accordata alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella “comunitaria” e gli scenari configurabili all’esito di una eventuale pronuncia di rigetto del giudice costituzionale (in ispecie, la ventilata minaccia da parte della Cassazione della futura disobbedienza ad una indicazione della Consulta che indebitamente delimita l’area di esercizio del rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione)*

Sembra quasi di assistere ad una partita di *poker*, con plurimi rilanci dei giocatori senza che sia chiaro chi ha buone carte in mano e chi tenta un ardito *bluff*.

La pronuncia cui si dirige questo succinto commento a prima lettura sembra, invero, rappresentare una mossa studiata con somma oculatezza, connotata da cauta e vigile attesa e suscettibile di plurimi e ad oggi imprevedibili sviluppi. Una mossa, tuttavia, come tenterò di mostrare sul finire di questa nota, non coraggiosa e – ciò che più importa – forse non vincente. Il giudice della nomofilachia, infatti, si riserva di valutare quale via imboccare a seconda della risposta che riceverà dalla Consulta e, proprio come nel gioco del *poker*, sembra dar l’impressione di voler tenere al momento nascoste le sue carte migliori, pronta a fare la prossima volta un ulteriore rilancio. La posizione del giudice delle leggi, in questa vicenda, non è invero comoda e i rischi ai quali va incontro, per il caso che dovesse sbagliare la propria mossa, non sono di poco momento.

Ma vediamo con ordine.

La [decisione](#) in esame, innanzi tutto, si segnala per il fatto di dare conferma di una ipotesi affacciata all’indomani della [sent. 269](#) e già ventilata in quest’ultima, riprendendo e svolgendo una indicazione prospettata da un accreditato studioso che è anche giudice costituzionale¹. Davanti ad un caso di doppia pregiudizialità (che, anzi, nella circostanza ricorre due volte, in relazione a plurimi disposti sia della fonte interna che della Carta dell’Unione²), il giudice della legittimità ritiene che sia da “privilegiare” la questione di costituzionalità rispetto alla questione pregiudiziale esperibile *ex art.* 267 TFUE, accordando pertanto alla prima la precedenza sulla seconda³.

Si faccia caso. Non dichiara essere obbligatorio comportarsi così: non mi pare, perciò, che possa dirsi che la [decisione](#) odierna punti a dar credito all’ipotesi ricostruttiva affacciata in alcuni commenti alla [269](#)⁴, secondo cui quest’ultima pronuncia avrebbe appunto imposto il prioritario ricorso alla

¹ Il riferimento è, ovviamente, al noto studio di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 6 novembre 2017.

² Si tratta, sul fronte dell’oggetto, degli artt. 187 *quinquiesdecies* e *sexies* del testo unico delle disposizioni in materia d’intermediazione finanziaria (nella sua versione antecedente le innovazioni apportate con d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. nella legge n. 221 del 2012) e, su quello del parametro, degli artt. 47, 17 e 49 della Carta di Nizza-Strasburgo. Sono poi denunciate violazioni della CEDU e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che nondimeno non rilevano ai fini di questa nota.

³ Manifesta due volte questa opzione, ai punti 11.3.6.8 e 13.3.4.3.

⁴ ... e, segnatamente, in quelli di P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell’Unione Europea, Oss. eur.](#), dicembre 2017, 17, e G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti*

Consulta; semplicemente, reputa appunto opportuno procedere così come ha fatto, senza tuttavia rappresentare in modo adeguato le ragioni che lo inducono a questo passo⁵.

Si interroga quindi in merito allo scenario che potrebbe delinearsi per il caso di rigetto della questione di costituzionalità sollevata. È interessante soffermarsi, solo per un momento, sul caso opposto, dell'accoglimento della stessa. In siffatta eventualità, si considera evidentemente chiusa la partita, non potendosi più fare alcuna applicazione da parte di chicchessia delle norme originariamente gravate del sospetto della invalidità (che, nel caso di specie, per vero – lascia intendere il giudice remittente – è, dal suo punto di vista, certezza), in particolare facendole oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione⁶. L'ipotesi del ricorso a siffatto strumento è, infatti, presa in considerazione – a mia opinione, a ragione⁷ – unicamente per la eventualità che la questione di costituzionalità dovesse essere rigettata. Al riguardo, la Cassazione si interroga circa la possibile disapplicazione, per contrasto col diritto dell'Unione, della norma di legge uscita indenne dal giudizio della Consulta⁸ e richiama un passaggio della [269](#)⁹ nel quale parrebbe prefigurarsi questa eventualità, ma unicamente “per altri profili” rispetto a quelli fatti oggetto di esame dalla Consulta stessa. Se le cose stessero così – si premura di precisare la Cassazione – l'orientamento del giudice costituzionale enterebbe in conflitto con quanto deciso dalla Corte dell'Unione in *Global Starnet*¹⁰; si auspica, pertanto, un “chiarimento” da parte del giudice stesso, avvertendosi però – qui è, a mia opinione, il punto di maggior rilievo della [decisione](#) annotata – che, ove il “chiarimento” stesso dovesse confermare il conflitto, “la Corte di Cassazione dovrebbe misurarsi con il dovere sulla stessa gravante ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 TFUE, di attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (ove già non attivato dalla stessa Corte costituzionale nel giudizio incidentale) e di dare al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia”¹¹.

La mossa è astuta, obiettivamente stringente: per effetto di essa, infatti, diventa assai arduo per il giudice delle leggi avallare la lettura dubitativamente prospettata dalla Cassazione, secondo cui da una pronuncia di rigetto del giudice stesso parrebbe poter discendere un vincolo quale quello sopra

teorici e problemi applicativi, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018; v., inoltre, ora, F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [Federalismi.it](#), 4/2018, 14 febbraio 2018. Ho già preso le distanze dalla lettura prospettata da questi studiosi nel mio *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 1/2018, 5 febbraio 2018, 19 s. e nt. 40.

⁵ Per vero, ci si sarebbe aspettati un supplemento di argomentazione sul punto, di cruciale rilievo. Non è chiaro, infatti, se si consideri abilitato il giudice comune a scegliere liberamente in quale ordine temporale avvalersi delle due forme di pregiudizialità o se si diano dei limiti o condizioni al riguardo e quali essi siano.

⁶ La soluzione è stata, già prima della [269](#), prospettata da una sensibile dottrina (R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 4097 s.).

⁷ Maggiori ragguagli sul punto nel mio *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, Relaz. all'incontro di studio su *Tra supremazia e controlimiti: una nuova fase nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea?*, a cura di R. Mastroianni, Napoli 29 gennaio 2018, in corso di stampa in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), spec. al § 3.

⁸ Questa eventualità è, a mio modo di vedere, da prendere in considerazione tanto per il caso, oggetto della [269](#), che sin dall'inizio sia stata denunciata davanti al giudice costituzionale la congiunta violazione di entrambe le Carte (e che il giudice stesso si sia pronunciato in merito sia all'una che all'altra ovvero – come si dirà a momenti – su una sola di esse), quanto che in un primo momento il dubbio di costituzionalità sia stato circoscritto alla sola violazione della Costituzione e il giudice comune in un secondo momento si interroghi circa la possibile incompatibilità della norma interna rispetto a quella eurounitaria (ipotesi, quest'ultima, che – come si sa – sta a base della pronuncia della Corte dell'Unione in *Global Starnet*, di cui si dirà a momenti).

⁹ ... al punto 11.3.6.8 della [decisione](#) in commento.

¹⁰ Non a caso, l'obiezione del mancato rispetto della precedenza necessaria della pregiudizialità “comunitaria” rispetto a quella costituzionale era stata, nella circostanza, avanzata dal Governo e però rigettata espressamente dal giudice dell'Unione [sulla vicenda, può, se si vuole, vedersi la mia nota dal titolo *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 9 gennaio 2018].

¹¹ Ancora punto 11.3.6.8.

indicato, in forza del quale la disapplicazione della norma interna dovrebbe avere causa comunque diversa da quella posta a base della decisione di rigetto. Sarebbe come ammettere la idoneità di quest'ultima a produrre un qualche effetto di giudicato, circoscritto al punto di diritto deciso dalla Consulta; ciò che – come si sa – è ormai pacificamente escluso da tutti¹².

La Consulta, ad ogni buon conto, potrebbe un domani replicare che, nel passo sopra riportato della [269](#), essa ha inteso prospettare la tesi secondo cui resta in via di principio ferma – secondo l'indirizzo in passato invalso – la necessaria precedenza della pregiudizialità “comunitaria” rispetto a quella costituzionale; ed è allora evidente che, una volta prospettata la questione di costituzionalità, il giudice comune non potrebbe più sollevare “per gli stessi profili” una questione pregiudiziale, *ex art.* 267 TFUE. Solo che, in tal modo, l'indirizzo della Consulta entrerebbe in rotta di collisione con quello della Corte di giustizia, quale appunto enunciato in *Global Starnet*, nel quale non si pone condizione o delimitazione alcuna ai rinvii pregiudiziali presentati dai giudici nazionali.

Come si vede, per l'aspetto ora considerato, la Cassazione prefigura una futura disobbedienza al “chiarimento” della Consulta, laddove dovesse risultare non conciliante rispetto all'orientamento patrocinato dalla Corte dell'Unione, evidentemente giudicato irretrattabile¹³.

L'unico modo per sfuggire a quest'esito potrebbe essere – a quanto pare – quello prospettato di sfuggita¹⁴ nella pronunzia in commento, nel punto in cui si fa riferimento al caso che il rinvio pregiudiziale si abbia direttamente per iniziativa della Consulta, magari – aggiungo io – nel relativo atto esponendo i “controlimiti”, così come si è fatto nell'ordinanza di rinvio su *Taricco*.

Il “chiarimento” sollecitato dalla Cassazione dovrebbe, dunque, essere nel senso che, a seguito di una decisione di rigetto della Consulta, non resta comunque precluso al giudice comune di investire di una domanda pregiudiziale la Corte dell'Unione per qualunque profilo o motivo, anche dunque per quelli già esaminati dalla Consulta stessa.

D'altronde (e riprendo ora una notazione già in altra occasione svolta), che il rinvio possa avere qualunque causa è avvalorato da una considerazione preliminare, di ordine generale; ed è che, solo interpellando la Corte dell'Unione, il giudice comune può acquisire gli elementi necessari a dargli certezza circa la sostanziale coincidenza della norma della Carta dell'Unione stessa e della norma della Costituzione che si assumano violate, unicamente nel presupposto della loro congiunta lesione giustificandosi la chiamata in campo della Consulta¹⁵. A quest'ultima, d'altro canto, non conviene – come si è fatto altrove notare – tornare a difendere, nel “chiarimento” sollecitato dalla Cassazione, la vecchia tesi della necessaria precedenza della pregiudizialità “comunitaria”; e ciò, per la elementare

¹² Non riprendo qui la contraria opinione che si è tentato di argomentare nel mio *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che sono in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss., a fronte del diverso diritto vivente ormai invalso.

¹³ Pesa come un macigno quel riferimento al “dovere”, di cui è parola nel passo sopra fedelmente trascritto, gravante sulla Cassazione (e, perciò, sui giudici comuni in genere) di attenersi scrupolosamente alla osservanza del diritto eurounitario.

¹⁴ ... nel periodo incidentale inserito tra parentesi, sopra riportato.

¹⁵ In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, l'intero impianto della [269](#) parrebbe essere nel senso che, ogni qual volta sia denunciata la violazione della Carta dell'Unione, lì si consumerebbe altresì una violazione della Carta costituzionale, mentre non si avrebbe di necessità l'ipotesi inversa (cfr., al riguardo, il punto di vista da me manifestato in *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio*, cit., § 2, a quello ora espresso da R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 16 febbraio 2018, spec. 9). Solo così, d'altronde, la Consulta riuscirebbe a centrare l'obiettivo avuto di mira del pieno recupero del sindacato accentratore per i casi di sospetta violazione della Carta di Nizza-Strasburgo. Che, poi, tutto ciò sia, o no, da condividere è, ovviamente, un altro discorso; e non posso qui trattenermi dal rinnovare, ancora una volta, il mio fermo dissenso avverso una concezione “totale” o, diciamo pure, onnivora di Costituzione quale atto perfetto in sé e per sé, che non conterrebbe lacuna alcuna, mai secondo ad alcuna altra Carta in fatto di riconoscimento e protezione dei diritti. La qual cosa, a tacer d'altro, oltre ad esser palesemente contraria a buon senso, è smentita da quanto la stessa Carta dell'Unione (e, per la sua parte, la CEDU) dichiarano espressamente, laddove ritagliano per sé un ruolo meramente sussidiario in rapporto alla tutela offerta ai diritti in ambito interno (dunque, anche e in primo luogo, da parte della Costituzione).

ragione che, giocando d'anticipo, ha modo di caducare – ove ne sussistano le condizioni – la norma portata alla sua cognizione per contrasto con la Costituzione e, facendo quindi utilizzo della tecnica dell'assorbimento dei vizi, di evitare così di doversi pronunciare sulla ulteriore denuncia di violazione della Carta dell'Unione¹⁶. Allo stesso tempo, poi, si precluderebbe al giudice comune di interpellare il giudice lussemburghese, con ciò che potrebbe conseguire all'adozione da parte di quest'ultimo di una pronuncia divergente rispetto a quella emessa dalla Consulta stessa.

2. Concludendo: una pronuncia che non dà testimonianza di coraggio ma di cauta e vigile attesa, preoccupata di non drammatizzare il conflitto con la Consulta, allo stesso tempo tuttavia esercitando sulla stessa una obiettiva pressione

Possiamo tirare le fila del ragionamento svolto.

È evidente l'intento avuto di mira dalla Cassazione, per un verso, di non drammatizzare – qui ed ora – il conflitto con la Corte costituzionale e, per un altro verso, di non alimentare quello latente tra quest'ultima e la Corte dell'Unione¹⁷. In controtela, ma con chiarezza, fa capolino il dissenso, oggi abilmente mascherato, rispetto alla [269](#), quale traspare dal riferimento sostanzialmente adesivo alla *Global Starnet* e dalla rivendica, candidamente ammantata sotto le vesti di una richiesta di “chiarimento” nei riguardi di quanto affermato nella prima pronuncia, di potersi avvalere dello strumento del rinvio pregiudiziale a tutto campo, senza limitazioni di sorta.

D'altro canto, è parimenti palese la pressione esercitata sulla Consulta nel senso dell'accoglimento della questione¹⁸: ne dà testimonianza la singolare esposizione, in forma condizionale, dei motivi che avrebbero potuto costituire oggetto dell'atto di rinvio pregiudiziale¹⁹, qualora proprio a questa iniziativa processuale (come si diceva, non preferita) si fosse data la precedenza²⁰.

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale presentata dalla Consulta su *Taricco* abbiamo assistito alla *esposizione* (ma non alla *opposizione*) dei “controlimiti”²¹, in modo che il giudice dell'Unione fosse reso edotto di ciò cui sarebbe andato incontro qualora la risposta non fosse stata quella attesa: una mossa, come sappiamo, dimostratasi vincente.

[Nella decisione qui annotata](#), è la Cassazione ad esporre i motivi del futuro, incombente, rinvio pregiudiziale per il caso che la Consulta non dovesse accogliere la questione di costituzionalità sollevata con la [decisione](#) stessa.

L'unico modo – come si diceva – per evitare la presentazione dei motivi stessi, in caso di rigetto della questione, sarebbe quello di considerarla ugualmente inibita, in deroga però alla ricostruzione corrente, fatta propria a tutt'oggi dallo stesso giudice costituzionale, della efficacia prodotta dalle decisioni di rigetto.

La Cassazione, dunque, non esaspera – *perlomeno, ad oggi* – il conflitto, con ogni probabilità coltivando il proposito che, semmai, sia la Consulta a farlo, a sporcarsi le mani col presentare un atto di rinvio pregiudiziale potenzialmente conflittuale nei riguardi della Corte dell'Unione.

Una [decisione](#) – come si diceva – di attesa, e però non coraggiosa. Perché, assumendo che la Cassazione non disdegni di poter seguitare ad avvalersi, se a ciò sollecitata dalla Corte eurounitaria,

¹⁶ ... col rischio di dover fare poi i conti con orientamenti della Corte di giustizia non graditi.

¹⁷ ... reso, peraltro, evidente dal raffronto tra la [269](#) e la decisione su *Global Starnet*.

¹⁸ Non darei, tuttavia, affatto per scontato quest'esito che, anzi, mi sembra alquanto problematico, malgrado lo sforzo argomentativo prodotto nella [decisione](#) in commento.

¹⁹ V., part., al punto 13.3.4.2.

²⁰ Si tratta di una vera e propria stranezza, per l'aspetto tecnico-processuale: una mossa, tuttavia, questa pure provvista di una innegabile *vis* persuasiva che, oltre tutto, presenta l'innegabile vantaggio di rendere avvertita la Corte dell'Unione di un possibile sbocco della vicenda in corso.

²¹ In questi termini se ne discorre nel mio [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 AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 393 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#), 27 febbraio 2017, 81 ss.

del potere di disapplicazione immediata delle norme nazionali incompatibili con norme della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*, avrebbe potuto accordare la propria preferenza alla pregiudizialità “comunitaria”, determinandosi quindi di conseguenza²². D'altronde, come qui pure si è rammentato, solo per tale via avrebbe potuto aversi la certezza della sostanziale coincidenza delle norme delle due Carte che si assumano violate dalla fonte nazionale. Solo che, rivolgendosi subito in via pregiudiziale al giudice dell'Unione, la Cassazione avrebbe poi corso il rischio di doversi frontalmente opporre al punto di diritto fissato dalla [269](#): un esito, questo, cui – perlomeno al momento – la Cassazione ha giudicato non opportuno pervenire. Semmai, dunque, si potrà fare in un secondo tempo ricorso a questa soluzione, a seconda di come si determinerà la Corte costituzionale.

Il pallino passa, dunque, nelle mani di quest'ultima, ristretta nell'alternativa tra il rivolgersi alla Corte di giustizia, da cui potrebbe ricevere una risposta comunque non gradita, e somministrare alla Cassazione una indicazione che potrebbe essere poi da quest'ultima disattesa, magari giovandosi del conforto di una pronuncia nel frattempo sollecitata al giudice eurounitario.

²² In altro luogo (*Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio*, cit., spec. al § 4), si è patrocinata la tesi secondo cui, in presenza di congiunte violazioni della Carta dell'Unione e della Costituzione, il giudice comune potrebbe optare tra la soluzione di rivolgersi, rispettivamente, alla Corte di Lussemburgo ovvero alla Corte costituzionale, a seconda che si consideri maggiormente evidente il *vulnus* recato a questa o quella Carta, potendosi pertanto avere, in caso di riconoscimento della lesione, ora l'annullamento con effetti *erga omnes* della norma interna ed ora invece la sua disapplicazione accompagnata dall'applicazione della norma eurounitaria *self-executing*. Di contro, laddove quest'ultima norma dovesse essere insuscettibile d'immediata applicazione, non resterebbe – a stare all'indirizzo giurisprudenziale ormai invalso, nondimeno a mia opinione bisognoso di talune non secondarie precisazioni – che la presentazione, anche in questa eventualità, di una questione di legittimità costituzionale al giudice delle leggi.