

EDITORIALE – 5 APRILE 2017

La Corte costituzionale si rivolge alla
Corte di giustizia in tema di
“controlimiti” costituzionali: è un vero
dialogo?

di Roberto Mastroianni

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Napoli Federico II



La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo? *

di Roberto Mastroianni

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. Premessa - 2. Luci e ombre dell'ordinanza n. 24 del 2017 – 3. Il necessario bilanciamento tra principi (artt. 11 e 25) entrambi di primaria rilevanza costituzionale – 4. Un tentativo di analisi dei tre quesiti pregiudiziali – 5. L'identità nazionale dello Stato italiano e la portata dell'art. 4, par. 2, TUE – 6. Conclusioni (necessariamente) provvisorie

1. Premessa

Alea iacta est. La Corte costituzionale ha deciso quale risposta fornire alle due ordinanze di rimessione proposte dalla Corte d'Appello di Milano e dalla Cassazione, terza sezione penale. Con dette ordinanze si sollecitava la Consulta a dare per la prima volta corso alla giurisprudenza costituzionale in tema di “controlimiti” all'applicazione delle norme dell'Unione in ragione del *vulnus* provocato dalla precedente sentenza *Taricco* al principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. La prima risposta non è nel senso di accogliere immediatamente le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus* e riferite alla legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, ma di adottare a sua volta un'ordinanza (n. 24 del 2017) con la quale, per la terza volta (seconda nel contesto di un procedimento incidentale)¹ attiva il meccanismo del rinvio pregiudiziale di interpretazione². Nell'ordinanza la Consulta propone alla Corte di giustizia una lettura “alternativa” alla precedente sentenza *Taricco*, con la garbata quanto ferma avvertenza che, qualora i suoi suggerimenti non fossero

* Il testo riprende e sviluppa l'intervento svolto al Seminario organizzato dall'Università di Ferrara il 24 febbraio 2017 e dedicato a “Il caso *Taricco* e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale”. Gli atti sono in corso di pubblicazione a cura dei proff. Alessandro Bernardi e Cristiano Cupelli.

¹ I noti precedenti sono le ordinanze n. 103 del 2008 e n. 207 del 2013.

² La Consulta esercita così una delle (residuali) competenze in materia di diritto dell'Unione europea che ha inteso riconoscersi a partire dal momento in cui, con la sentenza *Granital*, ha deciso di accettare, in presenza di un contrasto tra la legge interna ed una norma del diritto dell'Unione dotata di efficacia diretta, il meccanismo di disapplicazione della legge interna voluto dalla Corte di giustizia con la sentenza *Simmenthal*. Per una ricostruzione del sistema mi permetto di rinviare a R. MASTROIANNI, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con il diritto comunitario e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2009, p. 437 e ss.

accolti, non esiterebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato di Lisbona, in applicazione della (peraltro innominata) teoria dei "controlimiti" costituzionali.

La causa è stata registrata presso la cancelleria della Corte di giustizia con il numero C-42/17 ed ha assunto il nome (meglio, le iniziali) delle parti dei due giudizi *a quibus*, M.A.S. e M.B. Accogliendo la richiesta formulata nell'ordinanza di rinvio, il 28 febbraio 2017 il Presidente della Corte di giustizia ha deciso di sottoporre la causa al procedimento accelerato disciplinato dall'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte, motivando detta decisione in ragione della necessità di eliminare, con una rapida risposta ai quesiti, le "gravi incertezze applicative" emerse in processi penali pendenti sul significato da attribuire al diritto dell'Unione.

2. Luci e ombre dell'ordinanza n. 24 del 2017

L'iniziativa assunta dalla Corte si pone sul solco di altri "incidenti costituzionali", emersi di recente in alcuni Paesi membri, dai quali si ricaverebbe una certa tendenza alla "ribellione" dei giudici supremi degli Stati membri nei confronti di non condivise posizioni assunte dalla Corte di giustizia³. L'ordinanza ha già stimolato, come era da attendersi considerata la portata della decisione, numerosi commenti, per lo più adesivi. Riservando per un'altra occasione un'analisi più ampia, in questa sede ci si limiterà ad evidenziare alcuni aspetti - positivi e negativi - dell'ordinanza, cercando anche di indicare quali potranno essere gli eventuali scenari futuri.

Anzitutto, valutiamo quello che l'ordinanza *non* fa, nonostante la forte spinta proveniente non solo dalle ordinanze di remissione, ma anche da buona parte della dottrina⁴. In primo luogo, come anticipato, non applica immediatamente i c.d. controlimiti, con l'accoglimento delle questioni di costituzionalità sulla legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, preferendo sottoporre alla Corte di giustizia una serie nutrita di dubbi in merito alla portata della precedente sentenza *Taricco* ed ai suoi effetti sull'ordinamento interno. Peraltro, l'unico valore supremo dell'ordinamento interno invocato nell'ordinanza si rinviene nel principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, *sub specie* non

³ Cfr. D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in <http://verfassungsblog.de>, 2 febbraio 2017. Il più recente episodio, di certo il più significativo prima della vicenda *Taricco*, è la decisione dello Højesteret (Corte suprema danese) di ritenere non vincolante in Danimarca, per la soluzione di controversie tra privati, il principio generale di diritto dell'Unione che vieta le discriminazioni in base all'età, giustificando questa posizione di rottura in base all'assenza di indicazioni nell'atto di accessione della Danimarca all'Unione e nonostante una chiara presa di posizione, ovviamente in senso contrario, della Corte di giustizia nella sentenza 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Danske Industri*, EU:C:2016:278.

⁴ Per una puntuale e dettagliata ricostruzione del dibattito e varie critiche alla posizione dei giudici remittenti cfr. A. BERNARDI, *Introduzione*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, p. VII e ss.

retroattività e determinatezza della norma penale, il che potrebbe far pensare ad un superamento, nel senso dell'implicito non accoglimento, degli altri "controlimiti" invocati dai giudici *a quibus*⁵.

Avevamo già osservato⁶ che, seppure una dichiarazione di infondatezza dei dubbi di costituzionalità sarebbe stata senza dubbio la migliore soluzione, considerata la portata per definizione costituzionale della vicenda sarebbe stato invero inopportuno procedere nella direzione richiesta dai giudici *a quibus* senza avere quanto meno esperito un tentativo di *dialogo diretto* con la Corte di giustizia. Da questo punto di vista, quindi, l'ordinanza è da accogliere con favore.

In secondo luogo, l'ordinanza n. 24 non segue i giudici remittenti anche quando quest'ultimi, nel ricostruire il contesto costituzionale in cui si muove l'intera vicenda, sottovalutano la portata dell'art. 11 Cost., principio architrave della grande apertura che la Costituzione italiana contiene rispetto a norme e valori "esterni" - se funzionali agli obiettivi indicati in quella disposizione - e nel quale la Corte ha rinvenuto, con una giurisprudenza pluridecennale, le basi profonde della valenza costituzionale dell'integrazione europea. A fronte della posizione dei giudici remittenti, che in alcuni passi delle ordinanze di remissione avevano cercato di inquadrare la teoria dei controlimiti all'interno dell'art. 11 come una sorta di "limite interno", la Corte costituzionale appare scegliere una posizione più ortodossa: effettua un richiamo secco alla norma costituzionale intesa come la codificazione (sia pure implicita) della totale apertura dell'ordinamento interno ai valori (e quindi ai vincoli) dell'Unione, chiarendo al punto 2 della parte in diritto che "il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione europea è un dato acquisito dalla giurisprudenza della Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost."

In terzo luogo, non segue le sirene dei giudici remittenti e, anche in questo caso, di buona parte della dottrina, nella richiesta di rimettere in discussione l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia all'art. 325 TFUE, ritenuta da molti non condivisibile per avere riconosciuto a detta disposizione un "effetto diretto" a danno dei singoli. A parte il merito delle critiche, condivisibili soltanto se riferite ad una certa penuria di argomentazioni da parte della Corte di giustizia nei passi rilevanti della sentenza *Taricco* (punti 49-51), soddisfare la richiesta avrebbe comportato una patente violazione di uno dei pilastri su cui si basa l'ordinamento dell'Unione ed il suo rapporto con quelli nazionali: l'attribuzione alla Corte di giustizia della competenza ultima di giudicare in merito alla portata delle disposizioni del diritto dell'Unione, ai fini di consentire alle regole comuni di produrre i medesimi effetti in tutti gli Stati membri. La Corte costituzionale si mostra invece - ma è la "strategia" dell'intera decisione, come vedremo, ad andare in

⁵ Mi riferisco in particolare agli artt. 3, 11, 24, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, Cost., invocati insieme all'art. 25, secondo comma, nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

⁶ R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2016,

questa direzione – pienamente consapevole e rispettosa del ruolo affidato alla Corte di giustizia dall’art. 19, par. 1, TUE e quindi di questa riserva di competenza, là dove sostiene in maniera inequivocabile che “non spetta certamente a questa Corte attribuire all’art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di giustizia”.

3. Il necessario bilanciamento tra principi (artt. 11 e 25) entrambi di primaria rilevanza costituzionale

Fin qui gli aspetti positivi. Va tuttavia sottolineato che le rassicuranti affermazioni della Corte costituzionale sono immediatamente dopo precisate – sarebbe meglio dire, affievolite – da altre che vanno in direzione diversa, tanto da provocare, come si dirà, una divergenza senza precedenti con la posizione della Corte di giustizia in tema di rapporti tra ordinamento dell’Unione ed ordinamento interno. Questo vale, innanzi tutto, per il discorso relativo all’art. 11 Cost. Dopo averne ricordato la funzione come disposizione fondante il primato del diritto dell’Unione, la Corte costituzionale non sembra valorizzarne al giusto la portata e l’inclusione tra i “principi fondamentali” inseriti nella prima parte della Costituzione. Ed infatti, una volta individuato nella sentenza *Taricco* un *vulnus* rispetto al principio di legalità in materia penale, nel cui alveo andrebbe ricondotto l’istituto della prescrizione, giunge subito dopo alla conclusione della necessaria difesa del “principio supremo dell’ordinamento”, asseritamente minacciato dalla sentenza prima citata. Non si preoccupa, in altri termini, di operare un bilanciamento *in concreto* tra la pretesa violazione del principio di legalità, *sub specie* garanzie di determinatezza e divieto di retroattività della norma penale, provocato dall’applicazione retroattiva di regole sulla prescrizione diverse da quelle in vigore al momento dei fatti e capaci di allungare soltanto i tempi in cui il reato può essere perseguito, e le esigenze di “fedeltà comunitaria” imposte dall’art. 11 Cost.⁷. La decisione assunta nell’ordinanza n. 24 attribuisce dunque di fatto un valore recessivo al secondo in presenza, a quanto pare, di *qualunque* incidenza negativa del diritto dell’Unione sul principio di legalità in materia penale, ponendosi così in una posizione disarmonica anche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che a quest’ultimo principio non ha mai riconosciuto un valore così assoluto.

Eppure, da un confronto ispirato (anche) dal principio di proporzionalità sarebbe probabilmente emerso che le circostanze del caso non meritavano una tale presa di posizione, trattandosi di mettere in

⁷ Se è vero che di questa operazione di bilanciamento tra le esigenze di integrazione coperte dall’art. 11 ed il principio supremo invocato come controlimite non vi è traccia nella precedente giurisprudenza costituzionale, posto che il controlimite non è mai stato applicato in concreto, una valutazione più “cauta” avrebbe, a nostro modo di vedere, meglio dato seguito alla qualificazione come “sommamente improbabile” data dalla Corte costituzionale al proprio eventuale intervento in questa direzione (cfr. sentenze 183 del 1973, 170 del 1984, 232 del 1989).

discussione le esigenze primarie dell'integrazione europea, incluso il rispetto delle pronunce della Corte di giustizia, in un contesto in cui l'impatto negativo sul principio di legalità non riguarda il precetto penale in senso proprio, quanto piuttosto l'esclusione dei vantaggi offerti da un regime prescrizionale derogatorio rispetto a quello generale, notoriamente sbilanciato in favore del presunto colpevole di un reato finanziario, e per questo motivo già modificato dallo stesso legislatore nazionale⁸. Sostenere, come fa la Corte costituzionale (par. 5 della parte in diritto), che il "controlimite" (ovvero, come la Corte lo definisce, l'"impedimento costituzionale") tratto dall'art. 25, secondo comma, Cost. intende proteggere la persona che non poteva "ragionevolmente pensare", prima della sentenza *Taricco*, che l'art. 325 TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p., ove ne fosse derivata la violazione del principio di effettività o di quello di assimilazione, non convince non solo e non tanto perché comporta un – invero immeritato – "premio" nei confronti di chi avrebbe confidato nel decorso della prescrizione al momento delle condotte assunte in violazione della legge, ma anche perché non tiene in considerazione che l'interpretazione dei principi di effettività e di assimilazione come parametri di legittimità delle scelte del legislatore nazionale difficilmente può considerarsi una "novità" alla luce dei precedenti arresti della Corte di giustizia⁹. In altre parole, la Corte costituzionale sembra attribuire alla sentenza *Taricco*, nella parte in cui chiarisce che l'art. 325 TFUE produce effetti giuridici obbligatori nei confronti di uno Stato membro e quindi, come effetto riflesso o indiretto, nei confronti dei privati, una portata innovativa che probabilmente non ha e che in ogni caso avrebbe meritato maggiore esplicitazione.

4. Un tentativo di analisi dei tre quesiti pregiudiziali

Sulle basi di queste premesse, nello spazio limitato di questo intervento si proverà ad analizzare partitamente i quesiti posti dalla Corte costituzionale, per poi tentare qualche valutazione di carattere generale.

Il primo quesito è, a mio parere, quello più "dialogante". Con esso la Corte costituzionale cerca di valorizzare quel passo della sentenza *Taricco* nel quale la Corte di giustizia, dopo aver esposto in maniera secca qual è la conseguenza dell'accertata incompatibilità del regime nazionale della prescrizione in caso di procedimenti penali finalizzati alla repressione delle frodi comunitarie, vale a dire la disapplicazione della regola interna sul calcolo della prescrizione in caso di eventi interruttivi che non rispettano i criteri

⁸ La stessa Corte costituzionale ne è consapevole, quando ricorda che l'attuale disciplina della prescrizione dei reati conto gli interessi finanziari dell'Unione oggi in vigore è più severa di quella in vigore al momento dei fatti che hanno portato alla sentenza *Taricco* (cfr. punto 7 dell'ordinanza).

⁹ Cfr. ad es. la sentenza 3 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in Raccolta, 2005, p. I-03565, al punto 72.

codificati di effettività ed assimilazione all'art. 325 TFUE, precisa che questo risultato non deve essere raggiunto *in ogni caso*. L'obbligo di disapplicazione come conseguenza della *primauté* deve infatti in ogni caso armonizzarsi con altri principi che, *nell'ordinamento dell'Unione*, assumono anch'essi valore primario. Al par. 53 della sentenza si legge infatti che

“Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale”.

L'apertura è netta nonché, è bene precisarlo, non scontata, considerato il valore fondante che il principio di supremazia riveste nel diritto dell'Unione. Peraltro, valorizzare l'apertura ora ricordata comporta anche in questa circostanza la conferma della posizione, già sposata dalla Corte di giustizia, che tende a riconoscere un limite “intrinseco” al principio di supremazia, consistente nell'esigenza di garantire, a livello interno, la tutela dei “diritti fondamentali degli interessati”¹⁰. Nell'ottica della Corte di giustizia, che valorizza la *plenitude des pouvoirs* del giudice nazionale, spetta a quest'ultimo assicurare detta tutela, eventualmente con il conforto della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. Con la conseguenza che, nel caso in cui l'applicazione delle norme dell'Unione (eventualmente in sostituzione di quelle interne o, come nel caso che ci occupa, come parametro di legittimità di queste ultime) sia capace di provocare una tale inaccettabile conseguenza, la regola sostanziale del diritto dell'Unione non troverebbe applicazione.

E' utile insistere su un punto. Qualora, come nel caso che ci occupa, la materia (lotta alle frodi al bilancio dell'Unione) è coperta dal diritto dell'Unione, mentre gli Stati membri operano per la sua applicazione ed *enforcement*, l'apertura ora ricordata vale esclusivamente se le garanzie di tutela dei diritti fondamentali si rinvergono nell'ordinamento dell'Unione, e non in quello interno. E' nelle regole del primo che la Corte, quando ha ritenuto di effettuare questa precisazione, ha tratto un principio o un diritto fondamentale capace di limitare gli effetti, negli Stati membri, delle norme del medesimo ordinamento.

Ora, è noto che la Corte nella sentenza *Taricco* ha non solo “aperto la porta” ad un'analisi di questo tipo da parte del giudice remittente, ma ha provveduto anche a svolgerla direttamente con riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene, codificato all'art. 49 della Carta. All'esito di questa operazione, di contenuto tipicamente “costituzionale”, alla luce dei propri precedenti (sentenza *Niselli*) e della giurisprudenza di Strasburgo ha affermato che la disapplicazione delle regole interne in tema di interruzione della prescrizione non confligge con il divieto di retroattività della norma penale.

¹⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, EU:C:2016:198.

Non si tratta, tuttavia, di un'analisi definitiva, ma di quella richiesta dai “diversi interessati” che hanno presentato osservazioni di fronte alla Corte di giustizia¹¹. All'evidenza, ciò non esclude che possano prospettarsi altri profili meritevoli di approfondimento. Così, rispetto al caso della prescrizione e degli effetti retroattivi della dichiarazione di anti-comunitarietà della legge interna, ben potrebbe la Corte di giustizia, rispondendo al primo quesito pregiudiziale, operare dei chiarimenti in merito a profili del principio di legalità, codificato all'art. 49 della Carta, *ulteriori* rispetto a quelli già esaminati e nettamente esclusi nella sentenza *Taricco* (v. par. 54-57). Il riferimento va, in particolare, al principio di determinatezza, che non a caso la Corte costituzionale mette in campo nella parte finale della sua ordinanza, quando precisa che detto principio opera, ai fini della valutazione delle conseguenze della disapplicazione della regola interna incompatibile, *prescindendo dalla natura sostanziale o processuale dell'istituto della prescrizione*. Più in concreto, la Corte di giustizia potrebbe dar seguito alla ricerca di approfondimento del rispetto dei diritti fondamentali coinvolti in questa complessa vicenda suggerendo alla Corte costituzionale – e quindi ai giudici *a quibus* – di non provvedere alla disapplicazione degli articoli del codice penale qualora ciò sia il frutto di una valutazione, da parte del giudice, di elementi che difettano, appunto, della necessaria determinatezza, come la natura “grave” della violazione ovvero il “considerevole numero di casi” nei quali le regole interne non consentono di reprimere i comportamenti fraudolenti.

Se questa sembra una strada di dialogo percorribile, non va tuttavia dimenticato che nella sentenza *Taricco* la Corte di giustizia ha rinvenuto due (autonomi) profili di inadeguatezza, rispetto ai parametri dell'art. 325 TFUE, dell'apparato sanzionatorio messo in campo nell'ordinamento interno per la repressione delle frodi al bilancio dell'Unione. A quanto risulta dall'ordinanza n. 24, entrambi i profili verrebbero in rilievo dinanzi ai giudici *a quibus*¹². Ne consegue che la strada appena prospettata porterebbe probabilmente a sterilizzare le critiche – meglio, gli effetti interni delle critiche – rispetto alla violazione del principio di effettività (art. 325 TFUE, par. 1, ma non è detto che possa portare alla medesima conclusione rispetto alla violazione del principio di assimilazione (art. 325 TFUE, par. 2), per l'applicazione del quale non è necessaria alcuna valutazione del giudice che vada oltre la comparazione *per tabulas* delle modalità con cui la repressione avviene nel diritto interno per le frodi al bilancio statale, da un alto, e per quelle al bilancio comunitario, dall'altro.

Alla luce di quanto sinora precisato, appare difficile convenire con la Corte costituzionale quando essa afferma, al par. 7 dell'ordinanza di rinvio, che con i citati par. 53 e ss. della sentenza *Taricco* la Corte di

¹¹ Dalla lettura delle Conclusioni dell'AG Kokott risulta che questi interessati fossero gli imputati nel processo a quo ed il Governo italiano (cfr. par. 115 delle Conclusioni).

¹² V. il par. 1, con riferimento al rinvio operato dalla Corte d'appello di Milano.

giustizia avrebbe lasciato al giudice nazionale il compito di valutare la compatibilità dell'obbligo di disapplicazione con gli standard costituzionali *nazionali* di tutela dei diritti fondamentali (art. 25 Cost.), in ipotesi più protettivi di quelli europei (art. 49 della Carta). Ne deriverebbe che la “porta aperta” lasciata dalla Corte di giustizia potrebbe essere percorsa in maniera da giustificare un ostacolo al *dictum* della sentenza *Taricco*, in quanto la regola desunta dall'art. 325 TFUE sarebbe applicabile solo con riserva di compatibilità con quella che la Corte definisce la “identità costituzionale” dello Stato membro. Si è già detto in proposito che, trattandosi di materia che rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, è la Carta di Nizza il testo di riferimento per giudicare sulla presenza o meno di un *vulnus* ai diritti fondamentali: e su questo la Corte di giustizia *ha già risposto* negativamente, per cui ogni tentativo di riproporre la questione in base ai medesimi argomenti già valutati nella sentenza *Taricco* (in breve, la natura sostanziale e non processuale della prescrizione secondo la visione dell'ordinamento italiano) appare destinato all'insuccesso.

Non convince, inoltre, la posizione assunta nell'ordinanza nel senso di ritenere estranea alle competenze dell'Unione e quindi alle “esigenze di uniformità in ambito europeo” la decisione degli Stati membri di riconoscere, in conformità alla propria tradizione costituzionale, portata sostanziale o processuale all'istituto della prescrizione dei reati. Se è vero che al momento non si è provveduto ad un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in tema di calcolo della prescrizione dei reati commessi contro il bilancio dell'Unione¹³, va da sé che qualsiasi disciplina, pur riferibile a ciò che la Corte di giustizia tradizionalmente definisce l'autonomia processuale (in senso ampio) degli Stati membri, capace di incidere in negativo sull'effettività delle norme dell'Unione rientra per definizione nel perimetro dello scrutinio comunitario, con la conseguenza che qualora le regole nazionali (pur non armonizzate) comportino un *vulnus* al raggiungimento del risultato che le regole sostanziali dell'Unione intendono realizzare, le stesse debbono essere disapplicate. Ciò vale anche per l'apparato sanzionatorio prescelto da uno Stato membro, che deve essere dotato di un sufficiente carattere dissuasivo e, se necessario, repressivo. La giurisprudenza della Corte di giustizia è ricca di esempi in questa direzione, anche riferiti alle regole interne sulla prescrizione¹⁴.

¹³ Diverso è il caso delle sanzioni di tipo amministrativo, per le quali si è da tempo provveduto ad un ravvicinamento delle regole processuali nazionali, comprese le regole sulla prescrizione (cfr. il Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, art. 3). La proposta di direttiva PIF, dell'11 luglio 2012, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (COM(2012)0363), contiene una disciplina della prescrizione dei reati, incluse le regole in tema di interruzione (cfr. art. 12).

¹⁴ Per limitarsi a decisioni originate da rinvii pregiudiziali di corti italiane, v. le sentenze 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis*, in Raccolta, 1996, p. I-4951, punto 48; 17 novembre 1998, causa C-228/96, *Aprile*, *ivi*, 1998, p. I-7141, punto 43; 19 maggio 2011, causa C-452/09, *Iaia*, *ivi*, 2011, p. I-4045.

Allo stesso modo non convince la – solo apparentemente rassicurante – precisazione per cui l'interpretazione delineata dalla Corte costituzionale, nel senso che la sentenza *Taricco* non potrebbe produrre effetti in quanto non conforme agli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, non sarebbe tale da compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e sarebbe quindi conforme al principio di leale collaborazione tra Stati membri e tra questi e l'Unione (art. 4, par. 3, TUE). A parte la singolare interpretazione di quest'ultimo principio - in realtà, considerata la materia in discussione, *prima vittima* della posizione assunta dalla Corte costituzionale -, è invece evidente che una soluzione del genere, capace di mettere in discussione tutti i pilastri su cui si fonda, secondo la Corte di giustizia, il rapporto tra ordinamenti, renderebbe la pronuncia *Taricco*, nella sostanza, *inutiliter data* se all'ordinamento interno fosse consentito porre un "ostacolo costituzionale" ai suoi effetti nei processi nazionali. Nonostante le rassicurazioni, prima ricordate, in merito al rispetto del ruolo "esclusivo" dei giudici di Lussemburgo come interpreti dell'art. 325 TFUE, è difficile immaginarsi che su questo punto la Corte costituzionale possa trovare una sponda nella Corte di giustizia. Essa infatti da sempre pone particolare attenzione alla *portata effettiva* delle sue pronunce, specie se emesse nel contesto della competenza pregiudiziale, ed al loro impatto sulla soluzione delle controversie nazionali; allo stesso modo, richiede che le norme dell'Unione siano applicate negli Stati membri anche qualora non siano conformi a principi costituzionali nazionali. Ciò vale anche quando un medesimo principio supremo (nel caso che ci occupa, quello di legalità) sia interpretato dalle Corti costituzionali nazionali in maniera diversa rispetto a quanto deciso dalla Corte di giustizia, trattandosi, in definitiva, di rispettare i confini dei rispettivi poteri di intervento delle Corti.

Da questo punto di vista, non convince neanche il tentativo di *distinguishing* operato rispetto al precedente *Melloni*¹⁵, rispetto al quale il caso che ci occupa sarebbe "nettamente" diverso. E' vero che nel caso *Melloni* la soluzione proposta dalla Corte costituzionale spagnola e non accettata dalla Corte di giustizia comportava nella sostanza mettere in discussione un sistema, quello del mandato di arresto europeo e delle eccezioni all'obbligo di consegna in caso di giudizio *in absentia*, frutto di armonizzazione delle legislazioni nazionali fondato sulla mutua fiducia tra gli Stati membri. Per questo motivo la Corte di giustizia non ha potuto consentire ad uno Stato membro di aggiungere ulteriori motivi di rifiuto in base alla diversa lettura "domestica" delle garanzie costituzionali rispetto ad un giudizio penale svoltosi in altri Paesi membri. In ogni caso, pur in assenza di un sistema armonizzato di regole sulla prescrizione penale, non è facile capire per quale motivo la proposta dalla nostra Corte costituzionale, a differenza di quella prospettata da quella spagnola, non metterebbe in discussione il primato del diritto dell'Unione: l'effetto

¹⁵ Sentenza 26 febbraio 2013, causa C- 399/11, EU:C:2013:107.

della soluzione suggerita dalla Consulta sarebbe, precisamente, quello di non consentire all'art. 325 TFUE, come interpretato, di produrre effetti nell'ordinamento interno. Il vizio di fondo dell'intero ragionamento appare, lo ribadiamo, considerare la prescrizione come *materia estranea* al diritto dell'Unione, per cui ogni Stato potrebbe applicare la propria interpretazione e qualificazione dell'istituto senza con questo porsi in contrasto con la legalità comunitaria, anche qualora le conseguenze siano esiziali per la effettiva repressione delle frodi comunitarie. Ed invece, la violazione del principio del primato non consegue soltanto, come la Corte afferma, da una lettura "alternativa" del diritto dell'Unione (primo tentativo esperito dal *Tribunal Constitucional* nell'interpretazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo), ma anche dalla pretesa invocazione di regole primarie interne in ipotesi maggiormente protettive ma la cui applicazione certamente sterilizza l'applicazione in concreto della regola europea (terzo tentativo esperito dalla Corte spagnola nell'ordinanza *Melloni*).

5. L'identità nazionale dello Stato italiano e la portata dell'art. 4, par. 2, TUE

Rimane sullo sfondo dell'ordinanza - ma è in realtà al cuore dell'intero ragionamento della Corte costituzionale - il principio della "identità nazionale" degli Stati membri. Come è noto, l'art. 4, par. 2, TUE richiede all'Unione di rispettare detta identità, come "insita nella struttura costituzionale" dello Stato coinvolto. La norma non è espressamente invocata nei quesiti posti alla Corte di giustizia ma solo nella parte in diritto dell'ordinanza, ma è chiaro che a questo principio che la Corte intende riferirsi per giustificare, in base al diritto dell'Unione, la sua proposta di pretesa "conciliazione" tra il principio di supremazia ed il rispetto dell'"impedimento costituzionale" imposto dal diritto interno all'applicazione delle regole del diritto dell'Unione come interpretate dalla Corte di giustizia. Riteniamo che la mancata richiesta di interpretazione di questa disposizione non possa impedire alla Corte di giustizia di *reformulare* i quesiti ed affrontare in maniera chiara la portata dell'art. 4, par. 2.

Come è noto, si tratta della clausola che, insieme all'art. 53 della Carta, è stata intesa anche in dottrina come *codificazione europea* della teoria dei controlimiti, nel senso di giustificare già al livello del diritto primario dell'Unione un argine interno all'applicazione di regole europee - o di sentenze che le interpretano - capaci di produrre un *vulnus* all'identità nazionale di un singolo Stato membro¹⁶. Nell'ordinanza n. 24 la Corte costituzionale sembra aver sposato questa teoria, facendo riferimento ad

¹⁶ E' evidente peraltro che se la clausola dell'identità nazionale dovesse avere un contenuto precettivo, ne deriverebbero una serie di questioni estremamente complesse. In primo luogo, va valutata la portata della norma, inserita, è bene ricordarlo, nella parte del TUE dedicata alle competenze dell'Unione: cos'è l'identità nazionale di uno Stato membro "insita nella struttura costituzionale"? Cosa si intende per struttura costituzionale? Essa comprende o meno i diritti fondamentali, o la loro protezione nell'ambito dell'Unione europea è materia oggetto esclusivamente delle previsioni dell'art. 6 TUE e della Carta, che non prevedono questo "controlimite"?

entrambe le norme ora citate per giustificare la sua posizione nel senso di (dover) impedire che gli effetti prodotti dalla sentenza *Taricco* siano tali da provocare un inaccettabile *vulnus* ad un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione nazionale. Ora, se la strada dell'art. 53 della Carta appare oramai difficile da perseguire dopo la citata sentenza *Melloni*, lo stesso non può dirsi per l'ulteriore sponda basata sull'art. 4, par. 2, TUE, posto che ad oggi la Corte di giustizia non ha ancora preso una posizione chiara sulla sua invocabilità ai fini della non applicazione di una disposizione del diritto primario dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia, se l'effetto di questa pronuncia collide con la lettura interna di un diritto fondamentale.

Infatti, nella sentenza *Taricco* la Corte di giustizia non ha preso in considerazione gli eventuali effetti del ricorso all'articolo 4, par. 2, TUE come clausola "orizzontale" di tutela della specificità costituzionale dello Stato italiano, nella specie riferibile alla particolare natura dell'istituto della prescrizione come intimamente connessa al principio di legalità sostanziale, con quello che ne consegue in tema di effetti retroattivi *in malam partem* del principio della *primauté*. Da questo punto di vista, è del tutto comprensibile che la Corte costituzionale vi abbia fatto riferimento nella ordinanza qui commentata, con il palese obiettivo di ottenere dalla Corte di giustizia una rivisitazione della precedente pronuncia che tenga in considerazione, nella valutazione degli effetti della violazione dell'art. 325 TFUE, l'impatto provocato dalla disapplicazione delle regole interne sulla prescrizione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto non è ricchissima¹⁷. Di recente, essa ha dato all'art. 4, par. 2, il significato di regola di interpretazione delle norme di diritto derivato¹⁸, ed ha anche, e significativamente, riconosciuto la capacità della medesima norma di agire come parametro di legalità degli atti dell'Unione, pur evitando sinora di concludere nel senso della invalidità dei medesimi¹⁹. La

¹⁷ Sull'art. 4, par. 2, cfr. per tutti B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts. The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, 2012, p. 263 e ss.; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ, 2013.

¹⁸ In materia di appalti, cfr. la sentenza 21 dicembre 2016, causa C-51/15, *Remondis*, EU:C:2016:985, punto 40, ove si legge: "Inoltre, in primo luogo, occorre ricordare che la ripartizione delle competenze all'interno di uno Stato membro gode della tutela conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, che *obbliga* l'Unione a rispettare l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali". In materia di divieto di discriminazione in base alle credenze religiose, v. le conclusioni dell'AG Kokott del 31 maggio 2016 nella causa C-157/15, *Samira Achbita*, ove si legge al par. 32 che "Dal mero obbligo dell'Unione di rispettare l'identità nazionale dei suoi Stati membri, sancito all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, non è dato desumere che determinate materie o settori di attività siano sottratti in toto all'ambito di applicazione della direttiva 2000/78. Piuttosto, l'applicazione di tale direttiva non può pregiudicare l'identità nazionale degli Stati membri. L'identità nazionale non limita pertanto l'ambito di applicazione della direttiva in quanto tale, bensì deve essere presa debitamente in considerazione in sede di interpretazione del principio della parità di trattamento ivi contenuto, nonché dei motivi di giustificazione per eventuali disparità di trattamento".

¹⁹ Significativa in questo senso l'ordinanza 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato* (EU:C:2010:574) nella quale la Corte di giustizia ha concluso che la clausola 5 dell'accordo quadro sul rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come interpretata dalla stessa Corte, "non è in alcun modo atta a pregiudicare le strutture fondamentali, politiche

clausola è stata poi valorizzata come canone interpretativo anche delle disposizioni del Trattato, in particolare di quelle che consentono agli Stati membri di derogare alle libertà fondamentali, come nel caso della tutela dell'ordine pubblico come eccezione alle regole sulla libertà di circolazione in altri Paesi membri. La Corte ha così esteso, forse con una certa generosità, le possibilità offerte agli Stati membri da dette norme derogatorie²⁰. Dunque, se la clausola dell'identità nazionale, per come sinora interpretata, ha prodotto effetti favorevoli per le peculiarità “costituzionali” degli Stati membri, si tratta pur sempre di un utilizzo “ortodosso” rispetto alle regole di base dell'Unione: in altre parole, una volta riconosciuto il suo valore precettivo, non sorprende che ad essa sia stata attribuita la forza di parametro di legalità degli atti dell'Unione nonché di regola interpretativa di disposizioni contenute nel diritto primario (come nel caso dell'art. 21 TFUE) o nel diritto secondario.

Non risulta invece che questo principio sia stato sinora invocato dinanzi alla Corte di giustizia dagli Stati membri o da un giudice nazionale per interpretare il diritto primario dell'Unione in maniera da giustificare il mantenimento di regole interne divergenti rispetto a quelle europee in un settore coperto da quest'ultima quale la tutela degli interessi finanziari dell'Unione: un settore per il quale trova applicazione un sistema “interno” (la Carta) di garanzia dei diritti fondamentali, la cui tenuta è affidata al giudice dell'Unione e non alle Corti costituzionali. Inoltre, appare quanto meno dubbio che l'art. 4, par. 2, che è pur sempre una disposizione di diritto primario, possa giustificare la decisione di uno Stato membro di non dare applicazione, nell'ordinamento interno, ad un'altra norma di diritto primario (l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia). Per quanto motivata dal rispetto di garanzie costituzionali interne, una soluzione del genere appare davvero difficile da accettare, e probabilmente non potrà accettarla la Corte di giustizia, a pena di mettere in discussione il suo stesso ruolo di garante del funzionamento del sistema dell'integrazione attraverso il diritto.

Per concludere sul punto, la Corte costituzionale propone alla Corte di giustizia una lettura decisamente innovativa dell'art. 4, par. 2, TUE, non rinvenibile né dal suo testo, né dalla lettura sinora data al medesimo

e costituzionali, né le funzioni essenziali dello Stato membro di cui è causa, ai sensi dell'art. 4, n. 2, TUE” (punto 41). La stessa conclusione è stata raggiunta nella sentenza del 17 luglio 2014, *Torresi*, cause riunite C-58/13 e C-59/13 (EU:C:2014:2088), con la quale ha accolto la posizione del governo italiano nel senso che l'articolo 3 della direttiva 98/5 “non sia comunque tale da incidere sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE”. La stessa “deferenza” nei confronti di quanto lo stesso Stato coinvolto dichiara in merito alla portata della clausola si rinviene al punto 141 delle Conclusioni dell'AG Bot relative alla citata sentenza *Melloni*.

²⁰ Sentenza 2 giugno 2016, causa C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, EU:C:2016:401, ove si legge al punto 64 che “si deve altresì riconoscere che, considerato nel contesto della scelta costituzionale tedesca, l'articolo 109, terzo comma, della Costituzione di Weimar, in quanto elemento dell'identità nazionale di uno Stato membro di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, può rilevare quale elemento di giustificazione di una restrizione al diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dal diritto dell'Unione”.

articolo nella giurisprudenza comunitaria. Non è causale, infatti, che nell'ordinanza di rimessione non si faccia riferimento, per sostenerla, ad alcuna precedente pronuncia della Corte di giustizia. La Corte vorrebbe così ottenere da quest'ultima, attraverso il *passé-partout* della clausola dell'identità nazionale, un sostanziale via libera per la valutazione – inevitabilmente autarchica – della presenza di una violazione dei principi costituzionali da parte di una norma del diritto dell'Unione. Si tratta di una lettura, all'evidenza, tale da attribuire alla clausola dell'identità nazionale il ruolo di norma di rottura “sistemica” della fedeltà europea ogni qual volta uno Stato membro invochi un principio supremo della propria Costituzione. Esattamente ciò che la Corte di giustizia ha sempre escluso in decenni di giurisprudenza e che difficilmente consentirà anche in questa occasione.

6. Conclusioni (necessariamente) provvisorie

In definitiva, poco fruttuoso appare, a nostro modo di vedere, il tentativo di dialogo aperto dalla Corte costituzionale con il secondo ed il terzo quesito pregiudiziale, trattandosi o di riconsiderare soluzioni che la Corte di giustizia ha già raggiunto, o di attribuire all'art. 4, par. 2, TUE un significato che difficilmente quest'ultima potrà condividere. La soluzione proposta nell'ordinanza di rinvio, nella sostanza finalizzata a “sterilizzare” gli effetti della pronuncia *Taricco*, sembra porsi in contrasto con lo stesso ruolo della Corte di giustizia di garante del rispetto del diritto (dell'Unione), nonché della sua uniforme e corretta interpretazione attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Lo spazio di “revisione” (o meglio, di integrazione) della sentenza *Taricco* alla luce dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti a procedimento penale per frodi al bilancio dell'Unione deve necessariamente passare dal diritto dell'Unione, per cui appare maggiormente promettente, da questo punto di vista, il varco che l'ordinanza tenta di creare con il primo quesito pregiudiziale al vincolo di disapplicazione delle regole interne in tema di limiti agli effetti interruttivi del calcolo della prescrizione.

In ogni caso, considerate le premesse, non è difficile attendersi da parte della Corte di giustizia un passo nella direzione voluta dalla Consulta. Come è stato sottolineato²¹, la codificazione del rispetto delle “identità nazionali” tra i principi che fondano ed in ultima analisi giustificano le competenze dell'Unione - soprattutto se esercitate in un settore così delicato quale quello del diritto e della procedura penale - comporta che le istituzioni europee, compresa la Corte di giustizia, non possono restare indifferenti alle esigenze fondamentali del sistema nazionale in causa, fermo restando il dovere per gli Stati e le loro Corti supreme di contribuire al progresso di un processo di integrazione dai primi liberamente accettato e confermato al momento delle successive revisioni dei Trattati istitutivi.

²¹ A. TIZZANO, *Le ricadute della sentenza Costa/Enel nei rapporti tra giurisdizioni europee, in Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. NASCIBENE, Milano, 2015, p. 67 e ss.

E' difficile però al momento immaginarsi quale passo la Corte di giustizia potrà compiere. Anche qualora non intendesse accogliere i suggerimenti della Consulta, in particolare quando quest'ultima chiede di escludere in ogni caso, quindi anche per le condotte successive alla sentenza, la disapplicazione delle regole sulla prescrizione, utile potrebbe essere, al fine di ridurre l'impatto della sentenza *Taricco* sul principio di legalità una precisazione nel senso di chiarire che gli effetti della disapplicazione delle regole interne in merito al tetto massimo della prescrizione, con conseguente estensione del termine equiparandolo a quello dei reati associativi nazionali, si produce anche per le condotte precedenti alla sentenza *Taricco*, ma solo a condizione che il termine *non* sia già spirato al momento della decisione della Corte di giustizia²². Non dovrebbero essere cioè coinvolte le situazioni già esaurite alla data dell'8 settembre 2015, nonostante il processo sia, in quel momento, ancora pendente. Ragionando diversamente, l'effetto preclusivo del decorso del tempo (e non dell'accertamento dell'avvenuta prescrizione, che potrebbe ovviamente essere successivo) verrebbe meno, ingenerando un'inaccettabile reviviscenza di processi penali destinati alla estinzione.

Si spera che una risposta "collaborativa" della Corte di giustizia, nella misura in cui sarà possibile ottenerla, sarà sufficiente per far desistere la Corte costituzionale dalla sua intenzione di procedere verso l'applicazione dei controlimiti. In caso contrario, qualora la Corte costituzionale dovesse dichiarare illegittima la legge di esecuzione e ratifica del Trattato di Lisbona, potrebbe realizzarsi uno scenario in realtà molto difficile da gestire, quello del giudice interno intenzionato a dare maggior peso alla fedeltà europea rispetto a quella costituzionale²³.

²² Non solo questa conclusione non è chiara nelle ordinanze di remissione, ma a quanto pare non è tale neanche in alcuni commenti. Cfr. D. SARMIENTO, *An Instruction Manual*, cit.

²³ Sul punto rinvio a R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione*, cit.