La Corte costituzionale è ferma sui “controlimiti”, ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l’onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*

di **Adele Anzon Demmig** – già Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università di Tor Vergata

ABSTRACT: The author investigates the position of the Italian constitutional Court related to the protection of the supreme fundamental rights and principles of the national Constitution in the legal space of the European Union, also compared with that of Constitutional Courts of Germany and Spain. By examining their latest requests of preliminary ruling to the European Court of Justice involving such problem, the author finds that the national Courts follow a similar way to affirm this protection by referring requests based on grounds and considerations that aim to balance the “supremacy” of the law of the Union and the constitutional identities of the member States.

SOMMARIO: 1. Premessa: la circolazione di teorie dei “controlimiti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale e di altri Tribunali costituzionali europei. – 2. Le recenti prese di posizione della Corte costituzionale (sentenze n. 238 del 2014 e n. 187 del 2016). – 3. Il *Bundesverfassungsgericht* e i “controlimiti” dopo le sentenze *Maastricht* e *Lisbona*: il controllo *ultra vires* e la sentenza *Honeywell*. – 4. Il *Tribunal constitucional* spagnolo e il caso *Melloni*. – 5. *Identitaetskontrolle* e mandato d’arresto europeo: Il *BverfG* disattende la sentenza *Melloni*. – 6. Il confronto tra *BverfG* e *CGUE* sul programma *OMT* della Banca Centrale Europea. – 7. L’ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale: “controlimiti” e disposizioni del *TFUE*. – 8. segue: “controlimiti” e disposizioni della Carta europea dei diritti. – 9. La convergenza della strategia dei Tribunali costituzionali per ottenere un bilanciamento tra i “controlimiti” e il primato del diritto dell’Unione.

1. Premessa: la circolazione di teorie dei “controlimiti” nella giurisprudenza della Corte costituzionale e di altri Tribunali costituzionali europei

L’ordinanza n. 24 del 2017 con la quale la Corte Costituzionale ha disposto il rinvio di quesiti pregiudiziali alla Corte europea di Giustizia si può a buona ragione ritenere una tappa storica nel

* Lavoro sottoposto a referaggio dalla Direzione della Rivista. Il contributo è destinato anche alla pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale* n. 1/2017.

difficile confronto tra la due Corti, e ciò sia per i modi inediti in cui imposta il rinvio dei quesiti pregiudiziali al Giudice di Lussemburgo, sia per l'impegno profuso nella ricca ed elaborata motivazione con la quale affronta la cruciale questione dei "controlimiti".

Al di là di altri più approfonditi e sofisticati commenti che la decisione merita, mi sembra non inutile ora esaminare, sia pure con la dovuta sintesi, l'approccio della Corte confrontandolo con quello seguito da altri Tribunali costituzionali europei che – nel medesimo quadro dei problematici rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione – hanno affrontato le difficoltà delle relazioni con la Corte europea di Giustizia, tra i quali principalmente il *Bundesverfassungsgericht* tedesco e il *Tribunal Constitucional* spagnolo. Anche se percorsi simili sono iniziati anche presso altre Corti nazionali di diversi Stati membri qui mi limiterò soltanto ad un confronto sommario con le esperienze più conosciute e i cui sistemi di giustizia costituzionale si presentano maggiormente simili a quello italiano.

E' nota già da tempo l'analogia di posizioni tra la nostra Corte e il Tribunale Tedesco¹. Non occorre ricordare infatti il loro orientamento sostanzialmente comune, enunciato fin dalla fase iniziale del processo di integrazione², e poi costantemente ribadito e sfociato nell'enunciazione – con argomentazioni e forme diverse – della teoria dell'esistenza di limiti (o, per dirla con formula italiana, di "controlimiti"³) all'espansione del diritto (prima comunitario poi) europeo rappresentati dai diritti inalienabili dell'uomo e dei principi supremi garantiti dalle rispettive Costituzioni nazionali. Orientamento non dissimile nelle motivazioni è stato manifestato anche dal Tribunale spagnolo⁴. Ulteriore tratto comune delle esperienze italiana e tedesca si riscontra anche nella ritrosia manifestata da entrambi i Tribunali nel servirsi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ritrosia che ha afflitto per minor tempo il Tribunale costituzionale spagnolo e che in Italia e in Germania è venuta meno solo in epoca recentissima e presso che contemporaneamente⁵.

¹ Nella amplissima letteratura sull'argomento, mi permetto di rinviare per brevità agli approfondimenti ed ulteriori indicazioni contenuti nei miei scritti seguenti: *I Tribunali costituzionali nell'era di Maastricht*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano 1999, tomo I, 81 ss.; *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale Costituzionale Federale Tedesco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 5213 ss.; *I Tribunali Costituzionali e l'integrazione europea: da Maastricht a Lisbona*, in *Dir. e Soc.*, 2010, 1 ss. e in AA.VV., *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, II, 1845 ss.

² Cfr. le storiche sentenze n. 183 del 1973, 170 del 1984 e 232 del 1989, 168 del 1991 della Corte italiana e le sentenze c.d.Solange I (BverfGE 73, 339) e Solange II (22.10.1986 – 2BvR 19783).

³ Per semplificare, d'ora in avanti designerò con questa nostra formula efficace e riassuntiva anche le espressioni con le quali altri Tribunali indicano il nucleo indefettibile delle proprie Costituzioni nazionali nei confronti del diritto dell'Unione.

⁴ Cfr. la Dichiarazione n.1 del 2004 del 13 dicembre, FJ 2, in BOE-T-2005 111, nella quale il Tribunale, valutando la compatibilità con l'art. 93 della Costituzione spagnola del trasferimento di funzioni sovrane all'Unione, precisa che tale trasferimento incontra limiti materiali che si traducono nel rispetto della sovranità dello Stato, delle strutture costituzionali fondamentali e del sistema di valori e principi consacrati nella nostra Costituzione, in cui acquistano sostanzialità i diritti fondamentali. Inoltre dichiara che la primazia del diritto dell'Unione non deriva dalla sua superiorità gerarchica, data la separazione dell'ordinamento europeo da quello della Stato spagnolo. La teoria è ripresa poi dalla sentenza n. 26 del 13 febbraio 2014, su cui v. *infra* par.4.

⁵ Per la Corte italiana cfr. ordinanza n.103 del 2008, sollevato nel corso di un giudizio principale di legittimità costituzionale; ordinanza. n. 207 del 2013. Per il *Bundesverfassungsgericht* v. la pronuncia del 14 gennaio 2014 (caso

2. Le recenti prese di posizione della Corte costituzionale (sentenze n. 238 del 2014 e n. 187 del 2016)

Nello sviluppo della sua giurisprudenza la Corte italiana ha continuato a ribadire l'impostazione iniziale⁶, mantenendo un atteggiamento prudente e defilato fino ad iniziare una fase di attivismo con le sentenze n. 238 del 2014 e 187 del 2016, che coincide con l'accennata tendenza alla progressiva sensibilizzazione dei Tribunali costituzionali di altri Stati dell'Unione alla difesa della propria identità costituzionale nei confronti dell'atteggiamento di costante chiusura della Corte Europea di Giustizia⁷.

La prima di queste due decisioni in realtà non tocca precisamente un problema di rapporti tra norme eurocomunitarie e norme costituzionali interne, ma resta di significato indubbio anche per il punto di vista che qui interessa, perché non soltanto riespone in modo particolarmente articolato la tradizionale teoria dei "controlimiti", ma applica in concreto la medesima teoria nei confronti di consuetudini internazionali – anche come interpretate dalla Corte Internazionale di Giustizia – giudicate contrastanti con diritti e principi inviolabili della Costituzione italiana (artt. 2 e 24)⁸.

Con la seconda sentenza, la n.187 del 2016, invece il Giudice costituzionale italiano si confronta direttamente con una sentenza della Corte europea da essa stessa provocata con il suo primo rinvio pregiudiziale in un giudizio incidentale; il confronto però, come si vedrà, non riguarda il problema della applicazione di "controlimiti", ma quello del vincolo del Giudice italiano alla interpretazione enunciata nella sentenza di risposta dalla CGUE.

Il rinvio pregiudiziale concerneva la compatibilità della legge italiana n. 124 del 1999 sul trattamento dei precari (docenti e personale amministrativo) della scuola con l'accordo-quadro europeo sui contratti di lavoro a tempo determinato, adottato per restringere nei limiti della eccezionalità la pratica di tali contratti⁹. La Corte di Lussemburgo con la sentenza *Mascolo* del 26

OMT), per il Tribunale spagnolo v. l'ordinanza di rinvio del 9 giugno de 2011.

⁶ Tale impostazione è espressa in modo particolarmente efficace nella sentenza n. 232 del 1989, par 3.1 motivazione in diritto e nelle sentt. nn.168 del 1991 e 284 del 2007.

⁷ Vedi anche, per esempio, le decisioni del *Conseil constitutionnel* francese del 27 luglio 2006 e del 9 giugno 2011; del Tribunale danese del 6 aprile 1998, del Tribunale polacco dell'11 maggio 2005 e della *Supreme Court* del Regno Unito del 22 gennaio 2014, tutte ricordate nelle conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia P. Cruz Villalon nel caso aperto con il rinvio del *Bundesverfassungsgericht* Tedesco sul programma OMT, § 38, nt.1. Un'altra utile rassegna si può leggere nel § 47 nella decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 15 dicembre 2015, caso R., 2BvR 2735/14, su cui v. *infra*, par. 5 e 6.

⁸ A commento della sentenza n.238 del 2014 si leggano, tra le tante, le riflessioni cfr. M. BRANCA, *Il punto sui "contro limiti"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 3899 ss. nonché di M. LUCIANI, *I "controlimiti" e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, n.1/2015, 84 ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, ivi, 57 ss.; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "contro limiti"*, etc., *Consultaonline*, Studi 2014; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *federalismi.it*; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i "controlimiti" in azione*, in *forumcostituzionale.it*; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, ivi.

⁹ Richiesta di valutare, in riferimento agli art.11 e 117, co. 1 Cost., la conformità della legge ordinaria n.124 del 1999 sui precari della scuola all'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinate, la Corte proposto un quesito pregiudiziale di interpretazione di detta normativa con la nota ordinanza n.207 del 2013, già ricordata. I dubbi

novembre 2014¹⁰ ha replicato dichiarando l'incompatibilità della legge italiana in sostanza perchè consentiva il rinnovo illimitato di simili contratti senza giustificarlo con ragioni obiettive ed escludendo la possibilità per gli interessati di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo¹¹. La Corte costituzionale considerata "univoca" tale dichiarazione, ne fa discendere conseguentemente l'illegittimità costituzionale della normativa italiana impugnata. Fin qui nessuna sorpresa.

La Corte però non considera con ciò concluso il suo giudizio e dichiara che "La questione di legittimità costituzionale non si esaurisce, tuttavia, in quella oggetto del rinvio pregiudiziale", atteso che nella sua risoluzione sono coinvolti i principi costituzionali posti dagli artt. 97, co. 4 e 34 Cost. In simile caso – prosegue – "Il primato del diritto comunitario e la esclusività della giurisdizione costituzionale nazionale, in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, impongono delicati equilibri". "Al riguardo – sottolinea – la disciplina comunitaria in questione non si pone in contrasto con nessuno dei due principi, e la statuizione della Corte del Lussemburgo, al contrario, appare rispettosa delle competenze degli Stati membri, cui riconosce espressamente spazi di autonomia". Tra tali spazi rientra – a parere della Corte – la ricaduta sanzionatoria dell'abuso dei contratti a termine atteso che specifici passi della pronuncia europea (§§77-79), dimostrano che il diritto europeo non impone alcuna misura riparatoria determinata – né la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, né il risarcimento del danno, così rimettendo alla discrezionalità dei singoli Stati membri la scelta delle modalità da adottare per prevenire e sanzionare tale abuso, purché proporzionate, effettive e dissuasive¹².

interpretativi concernevano la compatibilità con la normativa europea della legge italiana motivata dal fatto che quest'ultima consentiva tali contratti senza idonei limiti ed escludeva espressamente il risarcimento del danno a favore delle vittime degli abusi. A commento dell'ordinanza di rinvio della Corte cfr. le notazioni di taglio processualistico di A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 2897 ss. e le più ampie riflessioni di G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in *diritticomparati.it*, 28 ottobre 2013. Entrambi si soffermano giustamente sui problemi della "doppia pregiudizialità", su cui cfr. la sent. n. 284 del 2007, secondo la quale "Vale appena ribadire che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione".

¹⁰ Causa C-105/14.

¹¹ Sulla sentenza v. il commento di G. REPETTO, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale :il caso dei precari della scuola e l'assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *diritticomparati.it*, pubblicato però prima (15 dicembre, 2014) dell'entrata in vigore della legge n.107 del 2015.

¹² §77: "... "Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro..."; §79: " Da ciò discende che, quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione".

La Corte italiana (§12 mot. dir.) osserva in proposito specificamente che: "La sentenza, dunque, anche se ritiene di precisare alcune delle misure che possono essere adottate (procedure di assunzione certe, anche nel tempo, e risarcimento del danno), non ne esclude altre purché rispondenti ai requisiti ricordati. In tal modo, tuttavia, essa non dà

Di qui la necessità di una integrazione del *dictum* della CGUE mediante la verifica della discrezionalità del legislatore nazionale “che non può che competere a questa Corte”. L’integrazione deriva dalla sopravvenienza della legge n. 107 del 2015 (nota come legge sulla “buona scuola”) che, tra l’altro, ridisegna i sistemi di reclutamento del personale, adottando particolari disposizioni sui contratti a termine, anche per rispondere alle indicazioni della sentenza *Mascolo*. La legge ovviamente è rivolta al futuro, ma contiene pure norme che incidono nelle situazioni pregresse (oggetto dei giudizi *a quibus*)¹³. A questo punto con una iniziativa inedita la Corte rivendica a se stessa e compie immediatamente la verifica della portata di tale incidenza perché “diversamente da quanto avviene nei giudizi di costituzionalità meramente interni, in cui è necessario il rinvio al giudice *a quo* per una sua ulteriore deliberazione, [questa verifica] costituisce parte integrante della pronuncia di questa Corte” (§13 mot. dir).

Con la dichiarazione di illegittimità “nei sensi e nei limiti di cui in motivazione” della legge “anticomunitaria” del 1999 la Corte manifesta ossequio al principio del primato del diritto europeo e al carattere vincolante della sentenza della CGUE e dichiara sia l’uno sia l’altra conformi ai principi costituzionali italiani sul tema. Dunque, non si tratterebbe di violazione di “controlimiti”¹⁴. Con il sorprendente passaggio, poi, alla valutazione della legge italiana sopravvenuta e della sua incidenza sulla questione di costituzionalità¹⁵, la stessa Corte – mettendone in evidenza le diverse misure adottate per superare i rilievi della sentenza *Mascolo* – dichiara, quanto agli abusi pregressi commessi a danno della categoria dei docenti, tali nuove misure conformi alle indicazioni della CGUE e idonee, data la loro natura riparatoria¹⁶, a “cancellare” le conseguenze dell’illecito comunitario, ciò anche se, per tale categoria¹⁷, le stesse misure non comprendono il risarcimento del danno, ma un piano straordinario di assunzioni per pubblico concorso; questo piano, ad avviso della

risposta alla questione della necessità o meno del riconoscimento del diritto al risarcimento in capo ai soggetti che abbiano subito un danno a seguito dell’inadempimento dello Stato italiano, questione che costituisce l’oggetto reale dei giudizi *a quibus*.

¹³ “Difatti, le misure in questione, oltre a svolgere la funzione tipica preventiva-punitiva delle sanzioni, nell’interpretazione del Giudice dell’Unione rifluiscono sull’illecito “cancellandolo” (§79), attesa la loro natura riparatoria. Nella prospettiva dell’ordinamento comunitario quel che conta è che di fatto ne possano beneficiare i soggetti lesi: è dunque indubbia la rilevanza di misure anche sopravvenute”.

¹⁴ Al contrario di quanto ritiene, mi pare, D. NOCILLA, *Diritto europeo e diritto costituzionale dello Stato membro in una insoddisfacente sentenza della Corte costituzionale in tema di precariato scolastico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 1896 s.

¹⁵ Cfr. § 12.1 mot. dir., ma nello stesso senso v. la sentenza *Mascolo* §81: “Nel caso di specie, per quanto concerne la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, occorre ricordare che la Corte non è competente a pronunciarsi sull’interpretazione delle disposizioni del diritto interno, dato che questo compito spetta esclusivamente al giudice del rinvio o, se del caso, ai competenti organi giurisdizionali nazionali, che devono determinare se i criteri ricordati ai punti da 74 a 79 della presente sentenza siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale applicabile. Molto critico su questo “spostamento” della *quaestio* sulla legge sopravvenuta è D. NOCILLA, *Diritto europeo*, cit., 1897 ss.

¹⁶ Termine inusitato nel linguaggio giuridico italiano: corrisponde a: cit., “*effacer*” nella versione originale francese; “*nullify*” in quella inglese; “*beseitigen*” in quella tedesca.

¹⁷ Diversa è considerata invece dalla sentenza la posizione del personale amministrativo per il quale resta fermo l’obbligo del risarcimento del danno provocato dall’abuso dei rinnovi conseguente alla pronuncia della CGUE, non essendo prevista alcuna modalità straordinaria di assunzioni.

Corte, costituisce un risarcimento in forma specifica, idoneo ad attribuire a tutto il personale interessato “serie e indiscutibili *chances* di immissione in ruolo, ed anzi appare “più lungimirante” rispetto al mero risarcimento pecuniario del danno che lascerebbe il sistema scolastico nell’attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne (§18.1 mot. dir.).

La pronuncia è stata accolta prevalentemente da commenti di segno negativo. Indubbiamente essa può suscitare perplessità specialmente quanto all’avocazione della valutazione dell’*ius superveniens* anziché il suo rinvio ai giudici *a quibus*, che può sembrare non chiaramente giustificata e in definitiva anomala. Ma non può dirsi *tout court* illegittima. E’ vero anche che con questo mezzo la Corte ha avvalorato i meccanismi della legge sulla “buona scuola” mediante una sorta di giudizio anticipato di conformità “eurocomunitaria” quanto al problema dei contratti precari, utile a limitare il rischio di ulteriori blocchi e dilazioni imputabili a censure contro questa legge¹⁸. Tuttavia ciò non esclude che la legge stessa in futuro possa essere impugnata dinanzi alla Corte.

Eguale, non si può considerare del tutto infondata la critica basata sulla problematicità e incertezza degli effetti che la sentenza potrebbe presentare per i giudici comuni¹⁹. Tuttavia la Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha tempestivamente provveduto a indicare un lucido ed efficace orientamento per affrontare tali difficoltà, rimuovendo con motivazione ampia ed esauriente gran parte dei possibili dubbi interpretativi e di ricognizione dello stato della legislazione conseguente all’intreccio delle pronunzie delle due Corti, così ponendo fine al caos di una vicenda che si trascinava da fin troppo tempo per la colpevole irresolutezza dei soggetti competenti a porvi rimedio, nonché, in particolare, alle decisioni contraddittorie seguite immediatamente alla sentenza *Mascolo*²⁰.

Limitando sempre il discorso alle modalità con cui la sentenza conduce il confronto con la pronuncia della CGUE, credo di poter concludere che la sentenza n.187 non costituisce né un caso di applicazione di “contro limiti”, né una violazione del *dictum* della Corte di giustizia, né tanto meno un intervento in frode del diritto dell’Unione. Si può condividere o meno la lettura che la nostra Corte ha dato alla sentenza europea – ed in particolare la scelta, nel merito, di considerare equivalente l’ammissione al concorso straordinario rispetto al risarcimento del danno – ma non si può parlare di una interpretazione implausibile e incongrua, tale da convertirsi in una intenzionale e immotivata “disobbedienza” alla pronuncia del Giudice europeo²¹.

Comunque, al di là di queste considerazioni, quello che importa mettere in rilievo è che con questa decisione la Corte italiana ha mostrato – sotto la spinta dello *ius superveniens* - di non volere

¹⁸ V. sul punto criticamente, D. NOCILLA, *Diritto europeo*, cit., 1899.

¹⁹ V. invece la posizione polemica di 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 *Rivistaaic.it*, n.4/2016 e di D. NOCILLA, *Diritto europeo*, cit. 1895 ss.

²⁰ V. per es. la sentenza della Sez. lavoro n.22552/16 del 7 novembre 2016, la quale, dando seguito – e ulteriormente sviluppandole – alle indicazioni espresse nella motivazione della Corte costituzionale, ha mostrato con chiarezza (§§58 e ss.) le difficoltà incontrate per affrontare e risolvere, nelle svariate fattispecie concrete, i problemi determinati dall’intrico degli effetti prodotti sugli abusi di contratti a termine precedenti alla legge del 2015 dai diversi interventi legislativi e dalle statuizioni della Corte Costituzionale e della sentenza della CGUE.

²¹ La tesi cui alludo nel testo è formulata da R. CALVANO, *Cattivi consigli sulla buona scuola?*, cit.

appiattirsi su una lettura passiva e letterale della sentenza della Corte europea e di non rinunciare a mantenere un proprio spazio di intervento, reinterprestando ed esprimendo proprie valutazioni sul significato della dichiarazione di incompatibilità formulate da quella e sulla idoneità delle nuove misure a superare le critiche europee.

Un problema di “controlimiti” si pone invece con grande evidenza nel caso oggetto dell’ordinanza n. 24 di quest’anno che ha dato spunto alle presenti osservazioni. Prima di soffermarmi su quest’ultima però, per meglio apprezzarne la portata, mi sembra opportuno accennare all’esperienza parallela dei Tribunali costituzionali tedesco e spagnolo.

3. Il Bundesverfassungsgericht e i “controlimiti” dopo le sentenze Maastricht e Lisbona: il controllo ultra vires e la sentenza Honeywell

In Germania il tema del confronto tra le Costituzioni nazionali e il diritto europeo si è presentato, nel periodo successivo al Trattato di Maastricht, in termini molto espliciti, articolati e con notevole durezza nelle prese di posizione del *Bundesverfassungsgericht* il quale ha adottato alcune decisioni che hanno scatenato polemiche estremamente aspre. Questo tribunale infatti sostanzialmente con tre pronunzie – le ormai notissime sentenze *Maastricht* (1992)²² e *Lisbona* (2009)²³ e la (da noi) meno nota sentenza *Honeywell* (2010)²⁴ – ha manifestato un atteggiamento di difesa intransigente dei valori costituzionali nazionali e ha rivendicato la propria competenza a sottoporre gli atti dell’Unione ad una duplice verifica, e cioè ad un controllo *ultra vires* – rispetto al principio di attribuzione e dunque alle norme di competenza stabilite nei Trattati – e ad un controllo di “identità” rispetto al nucleo indefettibile della Legge Fondamentale, e si è riservato, nel caso di esito negativo, di dichiararne la non applicabilità nell’ordinamento tedesco²⁵. Concentrata sul controllo *ultra vires*, la sentenza *Honeywell* ne ha, rispetto alle precedenti enunciazioni, ribadito, chiarito e puntualizzato – e in parte attutito – lo spessore .

L’occasione era particolarmente delicata perché il BverfG era chiamato ad esercitare un potere di controllo – appunto quello *ultra vires* – che, pur fondato su disposizioni della Legge Fondamentale, implicava comunque il raffronto dell’atto europeo con il diritto europeo primario, e si doveva perciò svolgere parallelamente al controllo riservato dal Trattato alla Corte di Giustizia. Questo aveva fatto gridare allo scandalo gli europeisti più accesi già al suo primo apparire, e tanto più poi nel caso di specie in cui doveva addirittura essere esercitato nei confronti di una sentenza della Corte di Giustizia²⁶.

²² BverfGE, 89, 155

²³ BverfGE, 123, 267

²⁴ 2 BvR 2661/06

²⁵ Sulla portata e la problematicità di tali forme di controllo e sulla cornice dei rapporti tra ordinamento tedesco e ordinamento europeo rinvio nuovamente ai miei scritti citati nella nt. 1.

²⁶ Questa decisione chiude la tormentata vicenda aperta dalla sentenza *Mangold* della Corte Europea che aveva avuto grande risonanza in Germania e raccolto critiche assai dure perché considerata da molti come un atto *ultra vires*, come un atto cioè esorbitante dalle competenze giurisdizionali conferite dal TFUE alla stessa Corte. Giudicando su un

Il tribunale Tedesco ha tentato di sdrammatizzare i termini del confronto tra la sua pretesa di garanzia dei “controlimiti” e il compito attribuito dal TFUE alla Corte di Giustizia di assicurare l’unità, la certezza e l’uniforme applicazione del diritto europeo, argomentando che il rispetto da parte delle autorità europee dei confini delle proprie competenze è imposto dal principio di attribuzione che ha, sì, fondamento nella Legge Fondamentale tedesca, ma anche nel Trattato (art.4, co. 2; art.5, co. 1 e 2; art.6, co. 1)²⁷. Pertanto sul rispetto di tale principio debbono vigilare sia il Tribunale costituzionale Tedesco sia la Corte di Giustizia, sulla base di un rapporto di collaborazione. L’esigenza di tale collaborazione – sempre ad avviso del BverfG – deriva dalla considerazione (§57) che pur essendo vero che se ogni Stato membro dell’Unione pretendesse di decidere mediante i propri giudici sulla validità degli atti europei il primato del diritto dell’Unione sarebbe indebolito e minacciata sarebbe la sua uniforme applicazione, tuttavia allo stesso tempo se questi Stati rinunciassero totalmente a ogni controllo *ultra vires* (§§53,57) gli organi dell’Unione avrebbero la possibilità di disporre indebitamente del potere di modificare a proprio vantaggio le norme pattizie sulla competenza, e ciò in contrasto con il fatto che in una aggregazione che non è ancora uno Stato federale “Signori dei Trattati” restano pur sempre gli Stati membri.

Di conseguenza, per promuovere il necessario rapporto di collaborazione con la Corte europea, il BverfG dichiara, per parte sua, che intende esercitare il proprio controllo con *self-restraint* (*zurueckhaltend*) e di apertura all’Europa (*europafreundlich* §58), limitandolo ai casi in cui appaia manifesto (*ersichtlich*) il superamento da parte dell’atto europeo dei confini delle proprie competenze, quando cioè tale superamento sia effettuato in modo intenzionalmente lesivo (*spezifisch verletzende art*) o quando comunque incida in modo rilevante nell’ordine delle competenze. Inoltre ha cura di aggiungere che prima di attivare questo controllo lo stesso Tribunale deve pregiudizialmente interpellare la Corte di Giustizia, dandole “occasione” di pronunciarsi su questioni ancora mai prese in esame e di interpretare, con valore vincolante per le autorità tedesche, le disposizioni del Trattato e di decidere sulla validità e l’interpretazione degli atti censurati rispetto al principio di attribuzione stabilito nel Trattato²⁸.

Il BverfG si sforza così di esorcizzare il problema posto dal principio del primato del diritto europeo, da un lato con l’affermazione che tale primato resta un principio derivato dalla volontà degli Stati e vale perciò solo in forza e nei limiti dell’ordine di esecuzione impartito dalla legge nazionale di ratifica del Trattato; dall’altro, con l’insistito richiamo al principio di cooperazione, chiamato a risolvere magicamente i contrasti tra posizioni che si ritengono paritarie. Tuttavia questa

ricorso diretto di costituzionalità, basato su tale preteso vizio, contro una sentenza di un giudice nazionale che aveva fatto applicazione della detta sentenza *Mangold*, il *Bundesverfassungsgericht* si è così trovato nella necessità non solo di precisare la portata del proprio controllo *ultra vires* ma anche di esercitarlo nei confronti di una sentenza della Corte di Giustizia. In esito a tale controllo ha poi dichiarato che la sentenza *Mangold* non esorbitava dai limiti dei poteri della Corte di giustizia e della sua attività interpretativa la quale “ha diritto alla tolleranza degli errori”.

²⁷ V.spec.§55

²⁸ La strada del controllo *ultra vires* è stata ripresa e percorsa dal Tribunale costituzionale ceco che, con una decisione dell’11 gennaio 2012, illustrate e commentate da F. VECCHIO, *Oltre il Lissabon urteil: la saga delle “pensioni slovacche” e l’applicazione dell’ultra vires review secondo il giudice costituzionale ceco*, in *Academia*. Edu/4765437. Per il Tribunale costituzionale ungherese V. K. KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court enters the dialogue on national constitutional identity*, in *diritticomparati.it*.

impostazione di apprezzabile prudenza può restare problematica perché lascia incerti gli spazi in cui le due Corti possono e debbono agire, specie per i dubbi irrisolti sulla portata del rispettivo parametro di giudizio – il principio di attribuzione – come inteso nel diritto nazionale e, rispettivamente nella normativa del Trattato.

Nel breve arco di tempo tra gennaio 2014 e giugno 2016 il Tribunale costituzionale tedesco si è trovato in altri due importanti casi a confrontarsi con pronunzie della Corte di Giustizia, nei quali è stato messo alla prova questa volta prevalentemente il suo potere di controllo di identità.

La prima sentenza è quella del 15 dicembre 2015²⁹ che, pronunciando su una *Verfassungsbeschwerde*, ha annullato una decisione della Corte d'Appello di Duesseldorf che dava esecuzione ad un mandato d'arresto europeo nei confronti di un cittadino condannato in contumacia in Italia.

4. - Il Tribunal constitucional spagnolo e il caso “Melloni”

La decisione del BverfG rappresenta l'esito di una lunga vicenda che si intreccia con quella aperta con l'iniziativa del *Tribunal constitucional* spagnolo, il quale – sempre in riferimento al mandato d'arresto europeo in esecuzione di condanne *in absentia* – aveva effettuato un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia, nel quale tentava di giustificare, con il richiamo all'art.53 della Carta di Nizza, la prevalenza, nei confronti di un atto europeo, della garanzia dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione spagnola³⁰. La Corte di giustizia con la sentenza *Melloni* del 26 febbraio del 2013 (causa C-399/11) ha risposto con una notevole durezza, negando decisamente che tale articolo 53 consenta ad uno Stato membro di applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito nella propria Costituzione quando questo è più elevato di quello garantito dalla Carta. “Tale interpretazione – argomenta la Corte (§57) – sarebbe lesiva del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero I diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato; “... in

²⁹ 2 BvR 2735/14.

³⁰ Sent. n.26/14 in BOE 11 marzo 2014. Questo Tribunale era stato investito da un *recurso de amparo* presentato dall'interessato contro l'ordinanza dell'autorità spagnola che aveva dato esecuzione ad un mandato europeo nei confronti di un condannato a pena detentiva in contumacia dal giudice italiano. Secondo il ricorrente, atteso che la decisione-quadro del Consiglio 2002/584 impediva al giudice spagnolo di subordinare l'esecuzione del mandato alla possibilità per il condannato in contumacia di esercitare i suoi diritti alla difesa per ottenere la revisione della sentenza di condanna, lamentava che l'ordinanza di esecuzione concretava una “violazione indiretta” della garanzia del contenuto essenziale del diritto ad un processo equo e perciò della dignità umana, come protette dalla Costituzione spagnola. Il Tribunale costituzionale (ord. 9 giugno 2011) ha investito la Corte di Giustizia di un articolato quesito pregiudiziale, chiedendo l'interpretazione della Decisione-quadro europea anche in riferimento alle garanzie degli art.47 e 48 della Carta europea dei diritti, e chiedendo se eventualmente l'art.53 della stessa Carta potesse essere interpretato nel senso di consentire alle autorità spagnole di subordinare l'esecuzione di un simile mandato alla condizione che la sentenza di condanna, secondo quanto preteso dalle più elevate garanzie della Costituzione spagnola, potesse essere riesaminata dallo Stato richiedente.

virtù del primato del diritto dell'Unione ... il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio dello Stato"³¹.

Non potrebbe essere più drastica la chiusura della Corte di Giustizia rispetto alla possibilità di dare spazio alle garanzie dei diritti fondamentali sancite dalle Costituzioni nazionali. La reazione del *Tribunal constitucional* (sentenza n. 26 del 13 febbraio 2014³²) nel riassumere il procedimento di *amparo* inizia annunciando (§3) di dovere “completar la respuesta del Tribunal de Justicia” e riprende la propria dottrina dei “controlimiti” enunciata nella sua precedente Dichiarazione n.1 del 2004 e formulate, come s'è detto, in termini sostanzialmente non dissimili da quelli usati dalla Corte Costituzionale italiana e dal Tribunale costituzionale Tedesco.

Tanto premesso però il *Tribunal* inopinatamente rigetta il *recurso*, dichiarando che la decisione del giudice spagnolo di dare esecuzione al mandato d'arresto europeo – in applicazione della teoria delle “violazioni indirette” dei diritti fondamentali – non può considerarsi tale da ledere il “nucleo essenziale” delle garanzie del giusto processo sancite dalla costituzione spagnola³³. In tal modo il *Tribunal* finisce per consentire all'esecuzione del mandato prima contestato. Viene spontaneo chiedersi allora perché mai questa impostazione non sia stata applicata fin dall'inizio evitando così il rinvio alla Corte di Giustizia e conducendo direttamente ad una sentenza “interpretativa” di rigetto del ricorso. A ben vedere tuttavia – al di là della necessaria precedenza della “pregiudiziale comunitaria” – il ricorso prioritario alla pregiudiziale eurocomunitaria avrebbe potuto, in caso di eventuale esito positivo, avere l'effetto opposto dell'accoglimento del ricorso di *amparo* e della rimozione del mandato nel caso di specie. Si può allora ipotizzare che la risposta intransigente della Corte di Giustizia abbia indotto il *Tribunal* a motivare la propria tale sostanziale “obbedienza” al

³¹“L'art.53 della Carta – precisa ulteriormente la sentenza –, consente alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli *standards* nazionali di tutela dei diritti, a patto però che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione” (§59). Nel caso specifico, prosegue, la decisione-quadro europea, anche con la previsione di specifiche deroghe all'esecuzione, detta una disciplina complessiva che armonizza le diverse esigenze del caso, ponendo – per l'esecuzione di un mandato di arresto europeo in caso di condanna *in absentia* – presupposti e condizioni che hanno ottenuto il consenso degli Stati membri nel loro insieme. Perciò consentire, mediante l'applicazione dell'art.53 della Carta, il rifiuto di esecuzione di un mandato al di fuori di quanto previsto dalla stessa Decisione...”comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definita dalla Decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto un pregiudizio per l'effettività della suddetta Decisione quadro”. Sulla strutturale inidoneità del criterio della protezione più estesa a governare i rapporti tra sistema europeo e sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali Cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e “controlimiti” costituzionali*, in *forumcostituzionale*, 23 ottobre 2016, §2.

³² In BOE n.60 dell'11 marzo 2014, 85 ss.

³³ Secondo tale teoria enunziata in precedenza dallo stesso *Tribunal* (STC 91/2000, del 30 marzo) “el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra* es más reducido. Así, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad «indirecta» de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control”.

dictum europeo ricorrendo ad una diversa interpretazione della Costituzione nazionale, in modo di aggirare così, almeno formalmente, il vincolo alla interpretazione del diritto europeo su cui è fondata la sentenza della Corte di Giustizia.

5. Identitätskontrolle e mandato d'arresto europeo: Il BverfG disattende la sentenza "Melloni"

Sostanzialmente analoga a quella spagnola – ma con un esito opposto – è l'ipotesi che si è presentata al Tribunale costituzionale Tedesco, il quale ha dovuto pure, a breve distanza di tempo, (15 dicembre 2015)³⁴ pronunciarsi in merito all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo seguito ad una condanna *in absentia*. Questo Tribunale, forse ammaestrato dall'esperienza spagnola, non ritiene necessario effettuare alcun rinvio pregiudiziale alla CGUE, poiché considera l'interpretazione del diritto dell'Unione chiara (*offenkundig*) e tale da non lasciare adito a ragionevoli dubbi³⁵. Finisce per adottare quindi una sentenza che in Italia diremmo "interpretativa" che però – a differenza nella decisione finale di rigetto del ricorso di *amparo* da parte del *Tribunal Constitucional* – giunge ad accogliere il ricorso, reinterpretando non la Costituzione nazionale, ma il diritto europeo come interpretato dalla sentenza *Melloni* della CGUE. Così facendo il BverfG non adatta quindi i precetti della Legge Fondamentale alla sentenza della CGUE, ma rovescia le conclusioni della Corte di Giustizia facendo salve le garanzie costituzionali nazionali e annulla la decisione del giudice nazionale che dava esecuzione al mandato d'arresto pronunciato contro il condannato in contumacia.

La sentenza del BverfG segue lo schema ormai consueto e consolidato delle decisioni di questo Tribunale coinvolgenti i "controlimiti", iniziando con la solita minuziosa, articolata e alquanto prolissa proclamazione della propria teoria dei limiti al primato del diritto dell'Unione e della riserva di propri poteri di controllo sugli atti europei, soffermandosi qui in particolare sul controllo di identità ex art.23, co.1 e 79 co.3.. A tal proposito il Tribunale sottolinea ancora una volta che il controllo di identità non contrasta nè con il principio della leale collaborazione ex art. 4 TFUE (§44), né con il principio di apertura al diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) enunciato sia nel Preambolo, sia nell'art23, co. 1 della Legge Fondamentale tedesca (§45). Per corroborare la propria posizione a difesa dell'identità costituzionale tedesca il Tribunale espone (§47) anche una davvero vasta casistica in cui orientamenti analoghi sono manifestati da numerosi altri Tribunali superiori o Corti costituzionali di altri Stati membri.

³⁴ Caso R., BvR 2735/14.

³⁵ Formula questa molto secca e che non può che apparire paradossale considerate non solo l'ampiezza e la complessità delle argomentazioni usate per illustrare il significato "chiaro" della normativa europea, ma anche il rovesciamento di questo significato rispetto ai *dicta* della CGUE, come è dimostrato se non altro dal fatto che mentre quest'ultima nega che lo Stato destinatario possa rifiutare se non in casi tassativi l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, il Tribunale invece giunge ad affermare la possibilità di tale rifiuto non solo in quei casi, ma anche quando lede un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione nazionale.

Inevitabile è per il BverfG il confronto con i *dicta* della sentenza *Melloni*: è il passo meno perspicuo e meno convincente della decisione (§78), perché – se si è ben compreso – nel tentativo di relativizzarne la portata al caso di specie, sostiene implicitamente che la CGUE avrebbe assunto la posizione di netta chiusura all'utilizzazione dell'art. 53 della Carta di Nizza, allora proposta dal Tribunale autore del rinvio, sol perché non aveva preso in esame (*nicht thematisiert*) le conseguenze restrittive dell'applicazione della teoria spagnola delle “violazioni indirette” dei diritti fondamentali sulla ampiezza dei limiti che da essa avrebbero potuto derivare nell'applicazione dell'applicazione del mandato d'arresto europeo³⁶.

Sembra che il BverfG abbia voluto con ciò evitare di approfondire la questione in via di principio, anche perché poco dopo (§84) dichiara che comunque nel caso di specie non è necessario applicare il “controlimite” tratto dalla formula di identità della costituzione tedesca: infatti, a suo parere, è possibile dare sia alla decisione-quadro europea sia alla legge sulla protezione penale internazionale una interpretazione – assistita dai principi fondamentali dell'unione e dai precetti della Carta europea dei diritti – che si concilia con le garanzie minime dell'art.1 LF dei diritti del condannato colpito dal mandato d'arresto. Ciò, secondo il Tribunale, risulterebbe (§§85-88) sia dalla lettura di singole disposizioni della decisione quadro originaria, sia (§89) dalla più recente decisione-quadro sulle sentenze *in absentia*, sia, più in generale (§ 97), dalla proclamazione dei diritti fondamentali e dei principi di cui all'art. 6 TFUE e dalle prescrizioni della Carta europea dei diritti, elementi tutti che, a suo parere, inducono a considerare il diritto ad una protezione giudiziaria effettiva un principio generale del diritto dell'Unione, come pure, in particolare, a ritenere compreso nella garanzia dell'art. 47 della Carta anche il diritto ad essere sentito dal giudice in un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria; d'altra parte – argomenta ancora la sentenza – il successivo art. 52, vietando che il livello di protezione dei diritti garantito dalla stessa Carta scenda al di sotto di quello stabilito dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, rende centrale la considerazione della Giurisprudenza della Corte EDU sull'art.6 della Convenzione che sancisce il grado minimo di protezione al quale anche la decisione-quadro sul mandato d'arresto è tenuta e nel quale rientra, insieme ad altri aspetti, la partecipazione personale dell'imputato al procedimento³⁷.

³⁶ Su questa teoria e la sentenza del Tribunale spagnolo cfr., *supra*, § 4.

³⁷ In questa prospettiva, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha ricavato dall'art.6 della CEDU la necessaria garanzia di diversi aspetti del giusto processo (§100), tra i quali assume un valore centrale la partecipazione personale dell'imputato al procedimento (§§101-103). Il rispetto degli art.47 e 52.co.3 della Carta e degli art.6 e 13 della CEDU deve essere assicurato dalle autorità nazionali, le quali debbono verificare nei casi concreti l'effettiva esistenza dei presupposti per l'esecuzione del mandato d'arresto e darne conto con adeguata motivazione. Cfr. sul punto le osservazioni di V. FAGGIANI, *Verso la definizione di uno «standard comune» di protezione del diritto a un processo equo (gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)*, in *federalismi.it*, n. 19/2014.

Sulla normativa sul mandato d'arresto europeo la Corte di Giustizia è tornata con la sentenza del 5 aprile 2016 (C-404/15 e C-659/15 PPU), Aranyosi-Caldaru, su due rinvii pregiudiziali di un giudice tedesco in relazione all'esecuzione di mandati emessi, rispettivamente da un Tribunale ungherese e da uno rumeno, rispetto al rischio di trattamenti disumani e degradanti. La Corte ha replicato ammettendo che a seguito di verifiche del caso concreto, l'autorità giudiziaria di esecuzione, ma solo a prezzo di condizioni estremamente restrittive e con la collaborazione necessaria dell'autorità emittente, deve “deve decider se occorre porre fine alla procedura di consegna”. Certo qui la CGUE mostra un minimo ed estremamente cauto atteggiamento di apertura, ma la netta chiusura sarebbe stata inconcepibile nel caso del rischio di trattamenti inumani e degradanti, che è ben diverso da quello di cui è questione nell'ipotesi all'esame del

Così interpretato il quadro normativo e giurisprudenziale, a parere del BverfG le garanzie stabilite dal diritto europeo per l'esecuzione del mandato d'arresto non sono inferiori alle garanzie minime richieste dall'art.1,co.1 della Legge fondamentale tedesca (§107).

Il Tribunale costituzionale dichiara pertanto fondata la *Verfassungsbeschwerde* e annulla la pronuncia del giudice Tedesco che ha dato esecuzione al mandato d'arresto dell'autorità italiana³⁸.

In definitiva, come si è fatto notare più sopra, la sentenza tedesca – poggiandosi su una *verfassungskonforme Auslegung* del diritto europeo – sfugge certo non per caso al confronto sul punto centrale della decisione *Melloni* della CGUE, ed evita di mettere in discussione il punto cruciale di tale decisione, che costituisce uno dei più seri ostacoli all'applicazione della teoria dei "controlimiti": l'argomento che blocca senza reserve la possibilità che l'art.53 della Carta Europea possa essere utilizzato come veicolo per la legittimazione nello spazio dell'Unione della prevalenza dei principi e diritti costituenti l'identità costituzionale dei singoli Stati membri.

Questa sentenza rappresenta – sia pure celato prudentemente nei toni - il punto più alto di attrito tra il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte europea di Giustizia. Il caso successivo pur essendo di rilievo eclatante, o forse proprio per questo, rappresenta piuttosto, pur nel confronto duro degli orientamenti, non un atto di conflitto, ma uno sforzo di collaborazione.

6. Il confronto tra BverfG e CGUE sul programma OMT della Banca Centrale Europea

La vicenda processuale relativa al programma OMT (*Outright Monetary Transactions*) della Banca Centrale Europea è estremamente complessa e difficilmente riassumibile nelle dimensioni appropriate a questo mio scritto³⁹. Il programma intendeva rispondere ai problemi posti dalla crisi dei debiti sovrani e interveniva in un momento di massima tensione e di allarme nell'ambito dell'Unione .

La prima tappa di questa vicenda è rappresentata dal giudizio instaurato dinanzi al BVerfG da un insieme di ricorsi diretti individuali e da un conflitto tra organi che censuravano per vari aspetti di incostituzionalità il programma OMT della BCE, accusandolo sia come atto *ultra vires* (per esorbitare dai compiti della BCE e violare l'art.123 TFUE) sia come atto lesivo del principio democratico e dunque dell'identità costituzionale tedesca⁴⁰. Il Tribunale era quindi chiamato ad

BverfG. Su tale sentenza v. il commento positivo di S. BARTOLE, *La Corte europea di Giustizia tra Taricco e Aranyosi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, 1562 ss. Vedi inoltre G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in Osservatorio AIC, 2016.

³⁸ La ragione starebbe nel fatto che quel giudice non avrebbe tenuto nel dovuto conto il fatto che in Italia le garanzie effettive di difesa dell'interessato non sono assicurate poiché non è consentita una nuova completa valutazione del fatto in grado d'appello...

³⁹ Per una analisi ampia e lucida, ricca di utili riferimenti Cfr. le ricordate *Conclusioni* dell'Avvocato generale presso la CGUE, cit. e il commento critico di P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *diritticomparati.it*.

⁴⁰ Impugnati erano da un lato la decisione del Consiglio direttivo della BCE del 6 settembre 2012 sull'OMT e gli acquisti di titoli di Stato sul mercato secondario; dall'altro l'omissione di adeguate reazioni a tale programma da parte del Governo federale e del *Bundestag*.

esercitare i due tipi di controllo già ampiamente annunciati nella sua giurisprudenza precedente i quali potevano concludersi in caso negativo con la non applicazione in Germania del programma contestato. La portata della questione, anche sotto il profilo politico, non ha bisogno di essere sottolineata. In questa situazione il BverfG ha ritenuto di seguire il prudente proposito enunciato dalla sentenza *Honeywell*⁴¹ e prima di esercitare il suo sindacato, ha deciso di formulare – per la prima volta nella sua storia – una serie di quesiti pregiudiziali di validità e di interpretazione alla Corte Europea di Giustizia.

Riassumendo e semplificando al massimo la complessa portata di tali quesiti, si può dire che il Tribunale chiedeva 1) se in sostanza il programma OMT, per i suoi diversi tipi di intervento e la mancata predeterminazione di modalità e limiti, esorbitasse dalle competenze conferite dal Trattato alla BCE circoscritte invece alla politica monetaria, e invadesse così la competenza degli Stati membri nella materia della politica economica; 2) se l’attuazione del programma mediante l’acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari fosse, per i modi in cui può essere effettuato, incompatibile con il divieto di finanziamento monetario dei bilanci pubblici degli Stati sancito dall’art.123 TFUE, co.1.

Il passo decisivo dell’operazione sta più – o meglio, oltre – che nella gravità dei dubbi sollevati – nel fatto che nella decisione di rinvio dei quesiti il BVerfG ha, da un lato, specificato e ampiamente motivato le numerose ragioni di dubbia compatibilità del programma OMT con il Trattato, le quali, se accertate, avrebbero condotto prevedibilmente all’accoglimento dei ricorsi⁴²; dall’altro, ha esposto la possibilità di una diversa lettura *unionrechtskonforme* dello stesso programma e cioè tale da evitare i dubbi di incompatibilità e, ad un tempo, le censure di violazione dei “controlimiti”⁴³.

In tal modo il BVfG ha mostrato il suo modo di intendere il coordinamento e la cooperazione con la Corte europea: si è spinto ad interpretare esso stesso la normativa europea e a confrontarla con le norme del diritto europeo primario, ambito attribuito alla competenza della Corte di giustizia; tuttavia non ha preteso di sostituirsi immediatamente a quest’ultima, ma, con il rinvio, ha fatto salve le sue attribuzioni. Così facendo ha coinvolto la CGUE nella soluzione della questione⁴⁴ riservandole un intervento in certo senso in seconda battuta, riversando cioè su di essa l’onere di contestare le ragioni e i risultati dell’interpretazione *unionsrechts* – e dunque *verfassungsrechtskonforme*, ed ha così posto la Corte europea nella più difficile posizione di assumere eventualmente l’iniziativa di una soluzione contrastante e di figurare come responsabile dell’aperto conflitto con il Tribunale Tedesco.

⁴¹ § 60.

⁴² Cfr. §§55 ss.

⁴³ Cfr. §§ 55 e 99 ss. V. però sul punto i diversi argomenti esposti nelle opinioni dissenzienti del Giudice Luebbe-Wolff e del giudice Gerhardt.

⁴⁴ Sui pericoli di un tale coinvolgimento avvertiva l’Avvocato generale, perché “avrebbe potuto avere quale indesiderabile effetto ultimo di coinvolgere, puramente e semplicemente la Corte stessa nell’*iter* causale che porta alla consumazione della rottura del patto costituzionale sul quale è fondata l’integrazione europea” (§52). Secondo P. FARAGUNA, *op.cit.*, 4 il rinvio, per come era formulato, appariva più che “un gesto di deferenza” “un minaccioso ultimatum” posto alla CGUE.

Nella sua “risposta” la Corte europea ha evitato di soffermarsi su questioni di principio⁴⁵ ed ha dismesso il suo consueto atteggiamento di rigida chiusura, affrontando con particolare impegno il merito dei complessi quesiti. Consapevole della gravità del momento e pressata dall’esigenza di dare risposte efficaci ai problemi concreti posti dalla “proposta” del BVerfG, ha perciò costruito con grande attenzione la sua più che ampia motivazione e dichiarato il programma OMT compatibile con le disposizioni europee, ma ne ha sottoposto a precise condizioni l’interpretazione e l’applicazione⁴⁶. In tal modo ha dettato una soluzione equilibrata, facendo salve le scelte della BCE, ma orientandole secondo criteri idonei a soddisfare le esigenze prospettate dal BVerfG.

Il BVerfG a distanza di un anno⁴⁷ dopo un esame estremamente analitico considera la risposta della CGUE idonea, con le strette condizioni che detta, a circoscrivere adeguatamente l’area di intervento della BCE contenendola nell’ambito della politica monetaria e garantendo con apposite limiti il rispetto del divieto di aiuti finanziari agli Stati. Alle condizioni di attuazione dettate dalla CGUE quindi – secondo il Tribunale – la decisione della BCE non costituisce un *atto ultra vires* e le autorità tedesche debbono collaborare alla sua attuazione. L’interpretazione restrittiva del programma fornita dalla CGUE permette anche di considerare rispettata l’identità costituzionale tedesca perché non intacca i poteri del *Bundestag* sulla gestione della politica economica e di bilancio. Ciò detto, lo stesso Tribunale tiene però a precisare (§207) che la mancata ottemperanza da parte della BCE alle condizioni dettate dalla CGUE nell’attuazione del programma costituirebbe una violazione dei limiti delle competenze sufficientemente “qualificata” e tale dunque da poter ricadere sotto il controllo *ultra vires* del BVerfG.

Dunque, la collaborazione tra le due Corti, sia pure nelle forme di un confronto serrato e non sempre “amichevole”, ha funzionato. Può darsi che la assoluta singolarità e, insieme, l’estrema gravità della situazione in cui la collaborazione si è svolta abbia influito non poco sulla sua conclusione positiva. Sarebbe azzardato pronosticare che i modi così sperimentati in futuro potranno rappresentare un modello di soluzione di vicende diversamente caratterizzate. Tuttavia non può sfuggire l’importanza del fatto che la Corte europea abbia iniziato ad ammorbidire la propria precedente intransigenza e a comprendere la necessità di bilanciare le esigenze dell’Unione

⁴⁵ Infatti ha sorvolato, nella sostanza, sulla critica principale mossa al BVerfG di volere – riservandosi il potere della decisione finale ad eventuale tutela dei “controlimiti” – attribuire un valore puramente consultivo alla decisione della CGUE. Sul punto infatti – nonostante la sua centralità nell’impostazione della cooperazione tra le due Corti – la Corte europea non si sofferma, limitandosi (§16) a ribadire, senza alcun commento, la sua costante giurisprudenza sul vincolo che una propria sentenza emessa a titolo pregiudiziale esercita sul giudice nazionale quanto all’interpretazione e alla validità degli atti delle istituzioni e degli organi dell’Unione.

⁴⁶ Sul primo quesito (che tocca il problema delle competenze *ultra vires*) la CGUE replica che il programma, per i suoi obiettivi e mezzi – e in particolare per quanto riguarda l’acquisto di titoli di Stato nel mercato secondario – a condizione che sia interpretato e applicato nei modi precisati dalla stessa CGUE, incide soltanto, conformemente al principio di proporzionalità, nella materia della politica monetaria e non costituisce una indebita misura di politica economica, estranea alla competenza della BCE. Sul secondo quesito, la stessa Corte dichiara che, sulla base delle assicurazioni fornite in tal senso dalla stessa BCE, l’acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari in attuazione dell’OMT può essere conciliato con il divieto di finanziamento monetario degli Stati membri ex art.123, co.1 TFUE, a condizione che sia eseguito con modalità tali da evitare che simile intervento produca un effetto equivalente a quello dell’acquisto diretto di tali titoli sui mercati primari.

⁴⁷ 21 giugno 2016 - 2 BvR 2728/13

con quelle degli Stati nazionali.

7. L'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale: "controlimiti" e disposizioni del TFUE

Nel quadro così sommariamente tratteggiato degli orientamenti più rappresentativi del confronto delle Corti nazionali con il Giudice europeo si colloca l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n.24 del 2017 della Corte Costituzionale, che rappresenta il primo caso in cui la Corte stessa affronta apertamente un problema di contrasto del diritto europeo – come interpretato dalla Corte di Giustizia – con i “controlimiti” posti dalla Costituzione italiana, con una determinazione, profondità, ampiezza e finezza di analisi finora non sperimentate.

Antecedente necessario di tale ordinanza è la nota e criticatissima (almeno in Italia) sentenza *Taricco*⁴⁸ della Corte di Giustizia europea la quale afferma che l'art.325, co.1 e 2 del TFUE⁴⁹ impone ai giudici nazionali di non fare applicazione del regime più favorevole della prescrizione per reati di frode fiscale disposto dalla normativa interna quando tale regime impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (ovvero quando frodi che ledono interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione). A seguito di tale sentenza alcuni giudici italiani dinanzi ai quali pendevano processi per frodi gravi attinenti alla riscossione dell'IVA si sono venuti a trovare nella situazione descritta dalla CGUE e dunque nell'obbligo di non applicare la prescrizione e decidere nel merito con una sentenza di condanna. La Corte d'appello di Milano e la Corte di Cassazione, ritenendo che siffatto obbligo sia in contrasto con i principi supremi e i diritti inalienabili protetti in diversi articoli della Costituzione italiana con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale, hanno impugnato dinanzi alla Corte Costituzionale l'art 2 della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona nella parte in cui impone di applicare l'art.325 , co.1 e 2⁵⁰ di tale Trattato nell'interpretazione della sentenza della CGUE “ anche se dalla

⁴⁸ Mi limito a ricordare i commenti molto duri di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I “controlimiti” e la fine mancata della storia costituzionale*, in rivistaaic.it, n. 2/2016, 11 ss.; ma v. pure, in senso analogo, R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “controlimiti” 2.0*, in federalismi.it, 1/2016. V. invece l'interpretazione in termini meno negativi e tali da non giustificare necessariamente l'opposizione dei “controlimiti” di S. BARTOLE, *La Corte europea di Giustizia*, cit.1565 ss.

⁴⁹ “1.L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni,organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari” (omissis).

⁵⁰ Trattando questo articolo come fonte immediata dell'obbligo di disapplicazione della legge nazionale a carico del giudice comune, la CGUE mostra di ritenerlo come disposizione ad efficacia diretta. Tale efficacia però – della cui correttezza si è dubitato, data la formulazione dello stesso articolo - non esclude la competenza della Corte costituzionale, dato che i giudici *a quibus* ne contestano la violazione dei “controlimiti”. In tal senso la sent.284 del

disapplicazione della legge nazionale discendano effetti sfavorevoli per l'imputato", per contrasto della norma pattizia con gli art.3,11,25,comma 2, 27,comma 3, 101,comma 2Cost..

E' un caso paradigmatico di violazione dei "controlimiti" e di censure che sostanzialmente mettono in discussione una sentenza della Corte di Giustizia. La Corte costituzionale decide di affrontare apertamente il problema e di mantenere ben chiara e ferma la sua posizione sul punto già più volte enunciata nella giurisprudenza precedente e ripresa come s'è visto nel caso della recente pronuncia n. 238 del 2104⁵¹.

Premesso, da un lato, il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione, dall'altro, la convinzione che l'osservanza dei "controlimiti" è condizione perché tale diritto possa essere applicato in Italia; premessa altresì la indiscussa qualificazione del principio di legalità in materia penale quale principio costituzionale supremo posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, la Corte giunge alla prima impegnativa dichiarazione per la quale "se l'applicazione dell'art.325 del trattato comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa corte avrebbe il dovere di impedirlo." Dunque la Corte – come del resto ha sempre fatto il *Bundesverfassungsgericht* - mantiene la sua concezione chiaramente dualistica del rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'unione e della perdurante separazione tra di essi, sottolineata dalla ripetuta configurazione della penetrazione del secondo all'interno del primo in termini di "applicazione" e non di superiorità gerarchica.

A questo punto inizia la fase più problematica e allo stesso tempo più ingegnosa della motivazione , perchè la Corte – seguendo una via analoga a quella del BverG nel caso OMT - decide non di applicare essa stessa immediatamente la teoria dei "controlimiti", né di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di ratifica "nella parte in cui" e dunque di bloccare l'ingresso all'interno dell'ordinamento nazionale dell'obbligo di disapplicazione imposto ai giudici comuni, ma di intervenire "per impedire" il contrasto del diritto europeo con i principi supremi della Costituzione nazionale.

A tal fine propone una interpretazione "anche in parte" differente e alternativa rispetto a quella

2007, per cui "... le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi.. in ordine all'esistenza del conflitto. La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona".

⁵¹ V. tra i primi commenti all'ordinanza in esame, R. CALVANO, *Una questione pregiudiziale al quadrato...o forse al cubo. Commento all'ordinanza n. 24 del 2017, paper*; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela* , cit.; F.VIGANO', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in dpc/ penale contemporaneo.it, 2016; A. RUGGERI,*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 *giurcost.org/studi*, n. 1, 2017, 81; V. FAGGIANI, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1/2017.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale. narrowing the dialogue*, in *forumcostituzionale.it*, 6 marzo 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della Supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *diritticomparati.it*, 20 febbraio 2017; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *penalecontemporaneo.it*.; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, *ivi*.

della sentenza *Taricco* facendo leva sulla “presenza di un persistente dubbio interpretativo sul diritto dell’Unione” che le fa apparire “opportuno” sollecitare un nuovo chiarimento da parte della CGUE. Decide quindi di proporre a quest’ultima diversi quesiti pregiudiziali di interpretazione i quali, come dimostra la loro attenta formulazione, mirano espressamente ad ottenere dalla Corte europea una pronuncia che ammetta l’incompatibilità della regola *Taricco* soltanto nella parte in cui obbliga i giudici italiani all’applicazione della regola europea *anche* nel caso in cui tale regola contrasti con i principi supremi della Costituzione italiana⁵².

Già a questo punto appaiono evidenti due particolarità: innanzi tutto la pretestuosità del richiamo al dubbio interpretativo del diritto europeo dopo che la CGUE già più volte aveva ribadito la medesima lettura dell’art.325 del Trattato; in secondo luogo, la dichiarazione di mera “opportunità”, o di “convenienza” (§ 6 mot.dir.) della sottoposizione alla CGUE del dubbio in via pregiudiziale, ciò che rende palese, mi sembra, l’intenzione di dimostrare che la propria iniziativa non costituisce l’adempimento di un obbligo imposto dallo stesso art.267 TFUE, ma di una proposta di collaborazione alla Corte di giustizia⁵³.

Allo scopo di formulare la propria interpretazione alternativa la sentenza poi si sofferma a difendere la natura sostanziale (e non processuale) della prescrizione nel diritto italiano, natura sostanziale che ne lega indissolubilmente le sorti al principio supremo di legalità in materia penale nei molteplici sensi in cui questo può essere inteso. La stessa natura – prosegue la Corte – non può essere messa in discussione nel caso di specie perché si tratta di un argomento estraneo alle competenze e al diritto dell’Unione e per il quale non esiste alcuna esigenza di uniformità al livello europeo così che ogni Stato resta libero di regolarlo in conformità alla sua tradizione costituzionale.

Ferma restando dunque la necessità del rispetto del principio di legalità in materia penale, la Corte si chiede se la regola posta dalla sentenza *Taricco* ne soddisfi gli aspetti della necessaria determinatezza e della prevedibilità, quest’ultima richiesta anche dall’art.7 della CEDU e dalla Corte di Strasburgo. Conclude per la negativa sia quanto al primo sia quanto al secondo aspetto, sottolineando l’inidoneità della pronuncia *Taricco* a delimitare la discrezionalità dei giudici che

⁵² Il rinvio è articolato in tre quesiti, e cioè se l’art.325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare la normativa nazionale; a) anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; b) anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; c) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

⁵³ Secondo G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della Supremacy*, cit. sarebbe espressione di *fairness* istituzionale, pur non rivelando un’accondiscendenza nei confronti della Corte di Giustizia, e tanto meno un’arrendevolezza rispetto ai contenuti e alle conseguenze del pronunciamento di quest’ultima. A me pare una vera e propria proposta di soluzione: certo una proposta *fair* ma pur sempre un invito alla collaborazione e non un atto di mera deferenza. Nel senso che l’ordinanza esprima un atteggiamento fermo ma collaborativo v. pure V. FAGGIANI, op. cit., 3; D. TEGA, op.cit.,4. Non mi sembra condivisibile invece l’idea che si tratti di un ultimatum dato alla Corte di Giustizia, come vorrebbe per es. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia*, cit. 81 s.e ancor meno una sfida o una minaccia di guerra, come vorrebbe R. BIN, *Corte Costituzionale. Sul caso Taricco sfida la Corte di Giustizia*, in *lacostituzione.info*. Sul punto v. anche *infra*, nonché il recentissimo commento di M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, n.1/2017, che proprio per l’impostazione e l’impegno della motivazione saluta l’ordinanza “con (prudente) favore” e qualche osservazione critica.

devono applicarla, perché lascia ampi margini di indeterminatezza sia quanto alla “gravità” delle frodi, sia soprattutto quanto al “numero considerevole dei casi” nei quali le norme sulla prescrizione dovrebbero essere disapplicate.

Dopo avere così messi in evidenza i punti di incompatibilità esistenti tra la regola tratta dall’art.325 TFUE dalla sentenza *Taricco* e i principi e diritti sanciti dalla Costituzione, la Corte (§6) intraprende la prima strada preordinata alla difesa dei “controlimiti”, e si chiede se detta regola debba essere applicata anche quando confligge con un principio cardine dell’ordinamento italiano, aggiungendo “Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all’attenzione della Corte di Giustizia”.

Questo sorprendente passaggio consiste in una mera asserzione e non vale a spiegare perché mai la Corte non solo non applichi essa stessa i “controlimiti”, ma invece ritenga “conveniente” proporre i quesiti pregiudiziali pur affermando di “pensare il contrario”, pur dichiarando cioè di non nutrire incertezze sulla incompatibilità con il diritto europeo primario della normativa europea contrastante con i principi supremi della Costituzione nazionale. Ciò conferma, mi sembra, l’idea che la Corte, da un lato, non voglia mostrare di ritenersi obbligata al rinvio *ex art. 267 TFUE*, e che, dall’altro, voglia utilizzare il rinvio come un mezzo per chiedere alla CGUE di riconoscere la validità della teoria dei “controlimiti” rispetto al diritto dell’Unione; che, in altri termini, cerchi, come già i Tribunali Tedesco e spagnolo, di indurre quest’ultima a riconoscere che il primato del diritto dell’Unione – sempre intransigentemente proclamato – possa trovare invece, anche sulla base dello stesso diritto europeo, un limite nei principi supremi delle costituzioni nazionali. A questo scopo cita anch’essa l’art.4, co.3 TFUE circa il rispetto del principio di collaborazione e di reciproco rispetto e assistenza ai quali debbono essere improntati i rapporti tra Unione e Stati membri, argomentando che “non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell’unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza”. Ancora: mentre “l’obbiettivo dell’unità giustifica la rinuncia da parte degli Stati membri a spazi di sovranità, persino se definite da norme costituzionali, la legittimazione e la forza stessa dell’unità in un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 TFUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo ma necessario per preservare l’identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4 par.2 TFUE) . In caso contrario I Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri”.

“Ne consegue, in linea di principio, che il diritto dell’Unione, e le sentenze della Corte di Giustizia che ne specificano il significato ai fini di un’uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”. “Naturalmente la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell’Unione, nè può essere gravata ulteriormente dall’onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l’identità costituzionale di ciascuno Stato membro. “E’ perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell’Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento

nazionale”.

Anche la Corte, dunque, come già il BverfG, riserva a se stessa la decisione finale sul rispetto dei “controlimiti”, trovandone spunto a anche nella stessa sentenza *Taricco*, nel passo in cui rinvia al giudice nazionale il compito di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dell’imputato⁵⁴. Di qui allora la richiesta alla CGUE di confermare se con tale rinvio tale sentenza abbia effettivamente inteso dire che “la regola tratta dall’art. 325 è applicabile solo se è compatibile con l’identità costituzionale dello Stato membro e che spetta alle autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione”. Sulla risposta affermativa e sulla propria competenza esclusiva sul punto la Corte sembra molto determinata, e ciò anche quando aggiunge che, ove investita dal giudice della *quaestio* della compatibilità della regola europea con i principi supremi, “è dovere di questa Corte di accertare, se del caso, l’incompatibilità e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia”. L’assunto è forte, e riecheggia l’analoga presa di posizione espressa nella sua sentenza n.238 del 2014, e ripetuta dal BverfG anche nel recente “dialogo” con la CGUE sul programma OMT⁵⁵.

D’altra parte, l’interpretazione che privilegia la garanzia dei “controlimiti” “da un lato serve a preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana, dall’altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’unione” e pertanto si propone anche come una soluzione “conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità”. Infatti, secondo la Corte, la propria interpretazione “non pone in discussione il significato che la CGUE ha rinvenuto nell’art. 325 TFUE” e non ne propone una lettura alternativa, ma si limita a segnalare una circostanza “in sé estranea all’ambito materiale di applicazione del diritto dell’Unione” e cioè la configurazione della prescrizione come istituto di diritto penale sostanziale, la quale non dipende dal diritto europeo, ma esclusivamente da quello nazionale.

8. segue: “controlimiti” e disposizioni della Carta europea dei diritti

A questo punto la motivazione dei quesiti pregiudiziali si potrebbe dire conclusa essendo già sufficientemente ampia e articolata.

Evidentemente però non la ritiene tale la stessa Corte, che inizia un ulteriore e diverso processo argomentativo, agganciando la interpretazione proposta a salvezza dei “controlimiti” a due articoli della Carta europea dei diritti, gli art.49 e 53. L’appiglio sul quale fa maggiore affidamento è

⁵⁴ Ciò, sempre ad avviso della Corte, laddove afferma (§53)che il giudice nazionale competente alla non applicazione della normative interna deve allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati e che (§55) la disapplicazione va disposta con riserva di verifica da parte del giudice nazionale in ordine al rispetto dei diritti degli imputati.

⁵⁵ Per l’eventualità della non applicazione della regola *Taricco* la Corte rileva che resterebbe comunque salva la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le frodi gravi in danno degli interessi finanziari dell’Unione, mentre occorrerebbe verificare l’idoneità allo scopo della legge sopravvenuta n.148 del 2011, che però vale solo per il futuro e non è applicabile a fatti, come quelli dei giudizi *a quibus*, commessi prima della sua entrata in vigore. Per il “dialogo” tra BverfG e CGUE V. *supra*, par.6.

l'art.53 della Carta, che autorizzerebbe l'applicazione del maggiore livello di protezione assicurato dall'ordinamento italiano ai diritti garantiti dal principio di legalità in materia penale anche dall'art.49 della stessa Carta e dall'art.7 della CEDU.

E' evidente qui l'analogia di tale impostazione rispetto a quella sperimentata dal Tribunale Costituzionale spagnolo nel rinvio pregiudiziale concernente il mandato d'arresto europeo.

La Corte non ha potuto quindi sottrarsi al confronto con la sentenza *Melloni* della CGUE, che invece – come si ricorderà – proprio replicando al rinvio di questo Tribunale ha escluso drasticamente ogni possibilità che tale articolo potesse essere utilizzato a questo fine.

Tale esclusione, sia pure con ragioni e modi diversi, non è stata contestata né dal Tribunale spagnolo, né dal *Bundesverfassungsgericht* il quale ultimo ha invece direttamente disatteso la regola di tale sentenza, preferendo, per affermare la prevalenza della propria diversa interpretazione, fare assegnamento su una interpretazione “costituzionalmente conforme” del diritto europeo⁵⁶.

La nostra Corte invece sceglie la diversa strada del *distinguishing*: sostiene infatti che in quel caso l'applicazione dell'art.53 della Carta di Nizza per assicurare, contro il mandato d'arresto europeo, i diritti del condannato in contumacia, avrebbe inciso direttamente sulla Decisione-quadro (ampliandone i casi di deroga) e perciò comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme; nel caso della sentenza *Taricco* invece la prevalenza della estensione del principio di legalità anche al caso della prescrizione dei reati fiscali non inciderebbe né sulla portata della sentenza della CGUE né sul significato dell'art. 325 TFUE, ma comporterebbe soltanto “un impedimento costituzionale all'applicazione diretta “di quest'ultimo articolo , un impedimento che non dipende da un contrasto del diritto italiano con quello dell'Unione, ma soltanto da una “circostanza esterna all'ordinamento europeo”, quella cioè che la prescrizione in Italia ha natura sostanziale e non processuale.

E' impossibile naturalmente prevedere se questo argomento sarà sufficiente a convincere la CGUE quanto meno a mitigare la propria intransigenza.

In ogni caso, la ripetizione, anche a questo proposito, del carattere “esterno” della disciplina italiana della prescrizione, sottolinea l'indebita espansione generalizzata della competenza dell'Unione in materia penale, già da tempo fortemente criticata⁵⁷, mentre invece il Trattato limita le sue attribuzioni alle ipotesi previste dall'art.82 e, per il diritto penale sostanziale, dall'art 83. Inoltre tale ripetizione si può intendere anche come una ferma difesa della natura sostanziale dell'istituto nel diritto italiano contro modifiche imposte dall'esterno.

Seri dubbi suscita invece, almeno ad una prima lettura, lo sforzo della Corte di utilizzare tale carattere per escludere che l'interpretazione da essa privilegiata per salvare i “controlimiti” violi i principi di unità e primazia del diritto dell'Unione. Infatti – si può obiettare – una volta che i rapporti tra ordinamenti siano concepiti – come ribadisce la stessa ordinanza in apertura (§2), in termini non di validità/invalidità, ma di applicazione/non applicazione, come si può sostenere che “un impedimento all'applicazione” non equivalga ad una rottura dell'unità del diritto europeo ed una violazione del principio del primato del diritto dell'Unione? E' vero però che la Corte

⁵⁶ Cfr.*supra*, par.5

⁵⁷ Cfr. anche per riferimenti ulteriori M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit.13

espressamente parla di applicazione “diretta” dell’art. 325 a protezione degli interessi finanziari dell’Unione: quindi si può pensare che abbia volute dire con ciò che tale articolo (come peraltro renderebbe chiara la sua formulazione) non potrebbe incidere immediatamente sulle situazioni dei singoli, ma richiederebbe comunque l’intervento del legislatore nazionale.

9. La convergenza della strategia dei Tribunali costituzionali per ottenere un bilanciamento tra i “controlimiti” e il primato del diritto dell’Unione

Nella lettura sia pure sommaria dell’ordinanza in commento, risultano abbastanza chiari, come si è già in parte evidenziato, i punti di contatto della sua elaboratissima motivazione con alcuni aspetti della giurisprudenza più recente dei Tribunali costituzionali Tedesco e spagnolo.

Maggiori punti di contatto esistono con la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Per apprezzarne la portata, occorre però non trascurare la diversa posizione di cui gode la Corte italiana rispetto a quest’ultimo, se non altro per via della mancanza, in Costituzione, di precisi punti di appoggio simili a quelli forniti soprattutto dall’art. 23 della Legge Fondamentale tedesca, nonchè della possibilità di intervenire sulla base di ricorsi diretti di costituzionalità (sia individuali, sia di minoranze parlamentari). Diverso è poi anche lo stile delle sentenze e delle diverse tradizioni in cui si svolge il discorso giuridico dei tribunali: la nostra Corte infatti non ha lo stile prolisso, ripetitivo e didattico del Tribunale Tedesco, ma, nella sua sintesi, le sue motivazioni risultano – almeno a mio avviso - non meno complete, convincenti ed efficaci.

Notevoli analogie esistono anche nei confronti della giurisprudenza del *Tribunal constitucional* spagnolo, nonostante le diversità di regime che connotano anche quest’ultimo. A parte altre più generali impostazioni, di cui dirò subito appresso, comune è, come si ricorderà⁵⁸, il ricorso all’art.53 della Carta europea dei diritti come punto di appoggio della prevalenza dei “controlimiti”.

Una prima e già nota analogia riguarda l’impostazione di fondo da parte dei tre Tribunali dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo in termini di separazione, e non di sovra/sottordinazione e di priorità di applicazione (*Anwendungsvorrang*) e non di prevalenza/inferiorità gerarchica delle relazioni tra le rispettive fonti.

Un ulteriore punto importante di convergenza sta nel comune sforzo di trovare anche in disposizioni del Trattato la giustificazione della teoria dei “controlimiti”⁵⁹. Per quanto poi in particolare riguarda la giurisprudenza del BverG, specie negli svolgimenti più recenti, sembrano significativi almeno due punti comuni circa i modi di affrontare il problema dei “controlimiti”: innanzi tutto la configurazione della rispettiva iniziativa di rinvio pregiudiziale come dettata, per la Corte, non da un obbligo, ma da sole ragioni di convenienza e di opportunità e, per il BverfG come una “occasione” da offrire alla all CGUE – quando non abbia ancora avuto la possibilità di farlo - di esaminare l’atto europeo controverso⁶⁰. Proprio su questo punto, anzi la Corte costituzionale fa un

⁵⁸ V. *supra*, par.4.

⁵⁹ Molto critico circa l’inidoneità delle disposizioni del Trattato a fungere da base per la teoria dei “controlimiti” è M.LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit. 8 ss..

⁶⁰ Cfr.*supra*, par.3 la sentenza *Honeywell* (§60), nonché poi l’impostazione del rinvio OMT.

rischioso passo in più, perché richiede al giudice europeo di interpretare nuovamente un atto sul quale si è già pronunziato, e dunque, in altri termini di rivedere una propria decisione. Queste concezioni sembrano funzionali quanto meno ad attenuare, se non proprio a negare l'effetto vincolante della futura risposta della Corte europea aprendo spazi a successive e conseguenti interventi delle Corti nazionali.

Un secondo punto di contatto con la giurisprudenza tedesca e spagnola sta nella comune dichiarazione che l'applicazione dei "controlimiti" rappresentati dalla identità costituzionale non contraddice il diritto europeo dei Trattati, perché non lede - ma ne è anzi un'applicazione - il principio di leale cooperazione (art.4, co. 3 TFUE) e la garanzia dell'identità nazionale degli Stati membri (art. 4, co. 2) né i fini dell'integrazione europea.

Così motivando, le Corti non "europeizzano" in tal modo i "controlimiti", perché ritengono che questi ultimi mantengono il proprio autonomo fondamento nella Costituzioni nazionali e permangono nella competenza esclusiva dei Tribunali costituzionali. Espressamente poi sia il BverfG sia la Corte italiana si riservano la decisione ultima sulla loro effettiva garanzia.

Concludendo: è presto per dirlo, ma la tecnica di formulare il rinvio pregiudiziale come una richiesta di conferma di una autonoma e articolata interpretazione del diritto europeo presentata, con determinazione e con finezza argomentativa, come una proposta di soluzione "forte" dei possibili contrasti della normativa europea con i "controlimiti" sembra essere una via efficace per scalfire la rigidità dell'atteggiamento della Corte di Giustizia nei confronti degli Stati membri, perché offre una piattaforma per raggiungere adeguati bilanciamenti delle rispettive esigenze e ricorda a questa Corte che anch'essa è vincolata al principio di collaborazione e non soltanto le istituzioni degli Stati membri⁶¹. Così inteso, e proprio perché formulato come un invito – sia pure molto risoluto, ma non minaccioso – a tale dovere di collaborazione reciproca il rinvio non può dirsi *tout court* un ultimatum, ma l'apertura di un confronto tra pari.

Ora non resta che attendere la reazione della Corte europea e la sua disponibilità a svolgere il proprio compito senza escludere in via di principio la necessità di bilanciare i valori europei con quelli espressi dall'identità costituzionali degli Stati membri⁶².

Proprio perché così impostata, l'emersione progressiva dei "controlimiti", pur coeva alla grave crisi del processo di integrazione, può non tradursi necessariamente in uno strumento di disgregazione dell'Unione, ma, al contrario, può costituire uno strumento utile a bilanciare ragionevolmente le ragioni dell'integrazione e le esigenze identitarie degli Stati crisi e dunque a mitigare la diffidenza e il malcontento diffusi a torto o a ragione verso l'Unione e insieme il pessimismo di chi teme, o auspica, l'inarrestabile tramonto della costruzione europea⁶³.

⁶¹ Come è reso palese dalla formulazione dell'art.4, co.3 TFUE che parla di collaborazione "reciproca".

⁶² L'incertezza sulle possibili repliche della CGUE, accompagnata da un accentuato pessimismo, è il principale motivo di critica all'iniziativa del rinvio – invece dell'applicazione immediata dei "contro limiti" – formulato da M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., par.3

⁶³ Sulle ragioni della perdita di fascino dell'idea europea e per una rivisitazione delle basi democratiche della teoria dei "controlimiti" Cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit. 1 ss.