

Forum di discussione

La saga *Taricco* a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale

La sentenza con cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha replicato all'ordinanza della Corte costituzionale italiana sul caso *Taricco* (C-42/17, M.A.S. e M.B.) è destinata ad assumere un rilievo centrale nei prossimi sviluppi dell'integrazione giurisdizionale europea. La decisione, per molti impreveduta, di rivedere e precisare alcuni dei punti più controversi della sentenza del 2015 (C-105/14, *Taricco* e a.) sull'obbligo a carico del giudice nazionale di disapplicare le norme sulla prescrizione relativa a frodi IVA sembra infatti venire incontro alle richieste della Corte costituzionale. Accanto a ciò, una più ampia articolazione del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, così come ricavata dalla giurisprudenza della CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni, insieme alla previsione di uno specifico obbligo di adeguamento della normativa nazionale a carico del legislatore, anziché del solo giudice, danno il segno di un evidente mutamento di rotta del Giudice europeo rispetto al più recente passato.

Al tempo stesso, dalla lettura della sentenza residuano non pochi dubbi in merito ad alcune formule usate dalla Corte di giustizia e agli sviluppi che la vicenda è destinata ad avere a livello interno. Basti pensare, tra gli altri, al problema concernente la natura degli obblighi scaturenti dall'art. 325 TFUE (se dotati di effetti diretti o meno) e ai reali destinatari della sentenza, se il bilanciamento e gli accertamenti da essa richiesti debbano cioè essere rivolti solamente alla Corte costituzionale (come giudice del rinvio) ovvero alla generalità dei giudici nazionali.

Peraltro, la Corte costituzionale ha già richiamato la decisione M.A.S. nella recente sentenza 269/2017, nella parte in cui ha ricordato che “può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è

accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene”.

Alla luce di ciò, la Direzione della Rivista di diritti comparati ha chiesto ad alcuni amici e sostenitori della Rivista un breve contributo per l’approfondimento delle questioni più controverse della sentenza, incentrato su quattro quesiti così formulati:

1) *Quale significato assume, nella specifica vicenda in esame e nel quadro dei più generali rapporti tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, la scelta di quest’ultima volta a temperare il principio dell’uniforme applicazione del diritto UE in nome del rispetto di diritti fondamentali?*

2) *Come debbono essere intesi, alla luce dell’interpretazione data dalla Corte di giustizia all’art. 325, par. 1, TFUE, i rapporti tra giudici nazionali e legislatore, tenendo in particolare conto di quanto la sentenza M.A.S. sostiene ai parr. 39, 41 e 61? In questo quadro, come vanno ricostruiti gli effetti scaturenti dal medesimo art. 325 TFUE?*

3) *Come influisce la sentenza M.A.S. sulla ricostruzione dell’istituto della prescrizione e, in particolare, sulla sua attinenza al diritto penale sostanziale o processuale? In particolare, è condivisibile ritenere che dall’entrata in vigore della direttiva (UE) 2017/1371, richiamata nel par. 44 della sentenza, derivi un obbligo a configurare in termini processuali l’istituto nell’ambito dei reati in materia di IVA?*

4) *Quali problemi pone il recepimento della sentenza M.A.S. una volta che la Corte costituzionale riassumerà il giudizio, anche tenendo conto di quanto da essa deciso con la sent. n. 269 del 2017? Quale potrà essere invece il ruolo dei giudici ordinari rispetto ai diversi scenari che apre la sentenza?*

I destinatari dell’invito sono stati invitati a rispondere a tutti o anche solo ad alcuni dei quesiti formulati, nell’ordine con cui sono stati predisposti. I contributi dovevano essere contenuti in max.

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

15.000 battute e non dovevano contenere note o apparati bibliografici. I contributi sono stati sottoposti all’attenzione dei giudici della Corte costituzionale in vista della decisione di quest’ultima.

Pubblichiamo i contributi che sono pervenuti alla *Rivista* ed in particolare quelli di Omar Chessa, Giacinto della Cananea, Pietro Faraguna, Massimo Fichera, Andrea Guazzarotti, Nicola Lupo, Vittorio Manes e Nicola Recchia, Laura Montanari, Antonio Ruggeri.

Omar Chessa

Quesito n. 1)

A una prima lettura la sentenza M.A.S. sembra concedere il punto alla Corte costituzionale, dando l’impressione che il dialogo virtuoso tra le corti sia riuscito a far recedere la Corte di giustizia dalle sue posizioni iniziali fino al punto di relativizzare l’uniforme applicazione del diritto europeo in nome dei diritti fondamentali interpretati *magis ut valeant* (coerentemente coll’art. 53 della CDFUE). Ma una lettura più attenta alle potenzialità di questa pronuncia fa intravedere sviluppi che forse non vanno nella direzione auspicata dal tribunale costituzionale italiano.

In primo luogo va osservato che il giudice europeo non richiama la dottrina dei “controlimiti” su cui, invece, la Corte costituzionale basa il suo rinvio: la prospettiva da cui muove è quella di una loro compiuta “europeizzazione”. Infatti, il principio di legalità dei reati e delle pene è evocato in quanto previsto nell’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) e in quanto «tradizione costituzionale comune». Tutti i parametri normativi ai quali il giudice nazionale deve commisurare l’applicabilità del diritto europeo sono forniti dallo stesso diritto dell’Unione; e quindi, se il giudice nazionale disapplicasse, in nome dell’art. 325 TFUE, la disciplina legislativa interna in materia di prescrizione violerebbe anzitutto lo stesso diritto europeo.

In secondo luogo bisogna chiedersi quanto l’orientamento della sentenza M.A.S. sia conciliabile coll’indirizzo inaugurato dalla sent. 269 del 2017 della nostra Corte costituzionale. Il nostro giudice costituzionale muove dalla premessa che la CDFUE, che è parte integrante del diritto primario dell’Unione con effetti giuridici vincolanti, sia «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale», la quale «impronta» discenderebbe dal fatto che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene». La premessa è la sostanziale corrispondenza tra diritti costituzionali e diritti euro-fondamentali: una premessa che induce il giudice costituzionale a ritenere che «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE». E ciò onde evitare «una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge». Il che però equivale a negare che i diritti fondamentali della CDFUE siano norme *self-executing* e quindi tali da investire il giudice comune del potere/dovere di disapplicare le norme legislative nazionali che vi contrastassero. Il giudice costituzionale ha così ulteriormente circoscritto il novero delle norme europee suscettibili di produrre effetti diretti; e si tratta, allora, di appurare se anche per la Corte di Lussemburgo le norme CDFUE non debbano considerarsi auto-applicative.

Orbene, la sentenza M.A.S. non affronta esplicitamente il problema se i diritti euro-fondamentali possano direttamente determinare la disapplicazione di norme legislative interne, ma risponde a una diversa questione, che ha carattere, per così dire, speculare e “rovesciato” rispetto alla prima. Asserisce, infatti, che i

diritti euro-fondamentali possono determinare la disapplicazione di norme europee auto-applicative e ciò senza passare per il tramite di una previa sentenza della Corte europea di giustizia, ma esercitando un controllo diffuso di validità del diritto europeo secondario (ma su questo profilo vedi quanto scrivo nella risposta al quesito 4)). La domanda, allora, è la seguente: se i diritti della CDFUE possono determinare la disapplicazione giudiziale diffusa delle norme europee *self-executing*, perché mai non dovrebbero poter determinare anche la disapplicazione giudiziale diffusa delle norme legislative interne contrastanti? Non sappiamo, al momento, quale risposta darebbe la Corte di giustizia. Ma guardando al modo in cui ragiona, al complesso delle sue “dottrine”, alla visione che ha maturato sinora circa il rapporto tra ordinamenti, ecc., la mia valutazione è che non può distinguere i due casi e rimanere coerente con se stessa. D'altronde, se accogliesse il punto di vista del nostro giudice costituzionale, concederebbe ai tribunali costituzionali la facoltà di qualificare le diverse tipologie di norme europee e di distinguerle non solo secondo il tipo di struttura e di efficacia, ma anche sotto il profilo dei rimedi esperibili in ordine alla loro violazione. Non bisogna dimenticare che la Corte del Lussemburgo ha sempre rivendicato per sé una «strong interpretive autonomy», ossia il potere esclusivo di interpretazione ultima in ordine al contenuto e alla estensione delle competenze attribuite dai trattati.

Dobbiamo dunque porci il problema fondamentale di chi sia prevalentemente il “giudice dei diritti” (specialmente di quei diritti che sono insieme costituzionali ed euro-fondamentali), e in particolare se questo compito di garanzia debba essere prioritariamente riconosciuto al raccordo “interno” tra giudice comune e Corte costituzionale ovvero al raccordo “esterno” tra giudice comune e Corte europea di giustizia. Ovviamente, per il giudice lussemburghese questo dilemma neppure si pone, dato che considera i tribunali costituzionali alla stregua di ogni altro giudice nazionale che disponga il rinvio pregiudiziale: lo prova la sentenza M.A.S. allorché sorvola sul fatto che la Corte costituzionale abbia minacciato il rimedio costituzionale interno dei “controlimiti”, con ciò sostanzialmente negando la stessa concepibilità di tale dottrina a fronte del fatto che gli stessi diritti costituzionali e principi supremi sarebbero ormai “europeizzati” e assicurati dal raccordo costante col giudice nazionale

(ivi compreso il giudice costituzionale). Invece dal punto di vista della Corte costituzionale le cose stanno diversamente. Non si accontenta di essere un interlocutore della Corte europea negli stessi termini in cui lo è qualsiasi altro giudice italiano, ma rivendica per sé un ruolo peculiare e “rafforzato”, anche in virtù del potere, sempre ribadito, di “ultima parola” circa la compatibilità con la Costituzione degli atti normativi dell’Unione e adesso anche delle leggi interne con i diritti della CDFUE corrispondenti a norme costituzionali.

Sappiamo che su quest’ultimo punto le critiche non sono mancate. Si è denunciata l’inversione della “doppia pregiudiziale”. Ma questa lettura non considera che a imporre il sindacato accentrato di costituzionalità in luogo della disapplicazione giudiziale diffusa per contrasto col diritto eurounitario è il carattere non auto-applicativo della CDFUE (e peraltro la sent. 296/2017 precisa che è «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE», sicché *prima* di sollevare (e non *dopo* aver sollevato) la q/c il giudice ben potrebbe chiedere alla corte lussemburghese lumi circa la corretta interpretazione di disposizioni della CDFUE, per poi rimettere la q/c nell’ipotesi in cui l’interpretazione del giudice europeo asseverasse il contrasto tra legge interna e diritti fondamentali: ciò che la Corte ha voluto affermare, quindi, è che, in ogni caso, anche dopo una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, la disapplicazione della legge interna per contrasto con diritti della CDFUE corrispondenti a diritti costituzionali deve passare attraverso una sentenza di accoglimento).

Potrebbe obiettarsi che è arbitrario assegnare valore non auto-applicativo ai diritti euro-fondamentali e infatti si è osservato che il nostro giudice costituzionale avrebbe guardato non alla struttura nomologica degli enunciati della CDFUE, bensì alla loro dimensione assiologico-sostanziale (Ruggeri). Tuttavia, va precisato che sono assimilati a norme costituzionali solo quei diritti euro-fondamentali che corrispondono a diritti riconosciuti nella nostra Costituzione (anche se è difficile immaginare che nella CDFUE ci siano pure diritti e principi diversi da quelli già enunciati nel nostro testo costituzionale). Certo, a seguire l’insegnamento di Crisafulli, i diritti costituzionali possono anche consistere di norme immediatamente precettive, cioè *self-executing*, oltre che di norme programmatiche,

cioè non auto-applicative, ma è altresì vero che a questa *magna divisio* non corrisponde quella tra giudizio diffuso e accentrato, poiché qualora una legge osti all'applicazione di una norma costituzionale immediatamente precettiva, è comunque necessaria una pronuncia di accoglimento del giudice costituzionale. Ebbene, la sent. 269/2017 non fa altro che adoperare il medesimo schema di argomento con le disposizioni della CDFUE corrispondenti a disposizioni costituzionali: non le ha dunque assimilate tutte a “principi”, negando che alcune siano “regole”, bensì ha affermato che tanto gli uni quanto le altre necessitano del sindacato accentrato allorquando atti legislativi vi contrastino.

Insomma, non si poteva fare altrimenti, poiché l'alternativa sarebbe stata quella di amputare una parte importante della “Costituzione dei diritti” dal novero delle norme che possono fungere da parametro del giudizio di costituzionalità, per diventare parametro di un giudizio diffuso di validità euro-unitaria del diritto interno (o, se si preferisce, di un giudizio diffuso volto a risolvere il contrasto tra fonte interna e diritto dell'Unione). Si è così evitato di creare una sorta di “doppio binario”, che sarebbe stato foriero di una sensibile marginalizzazione del tribunale costituzionale nell'applicazione e, prima ancora, nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali a fronte di leggi costituzionalmente dubbie: da un lato, cioè, il binario del giudizio accentrato di costituzionalità con riguardo a tutte le disposizioni costituzionali che non corrispondono a norme della CDFUE, dall'altro il giudizio diffuso con riguardo a tutte quelle che invece vi corrispondono. Occorre ancora una volta ribadire che non è la stessa cosa interpretare taluni diritti come euro-fondamentali (nel contesto di un giudizio diffusamente affidato ai giudici ordinari nel raccordo con la Corte europea di giustizia) anziché come diritti costituzionali (nel contesto di un sindacato accentrato nel raccordo tra giudici ordinari e giudice costituzionale), poiché nel primo caso la loro portata è delineata nell'ambito dell'ordinamento UE coi condizionamenti che ne derivano, mentre nel secondo caso dipende dai vincoli sistemici che complessivamente discendono dal testo costituzionale nella sua interezza (nonché dalle leggi interne attuative del dettato costituzionale e dai precedenti giurisprudenziali accumulatisi nel tempo).

Quesito n. 4)

Quanto al futuro ruolo dei giudici ordinari, occorre sciogliere due dubbi. Il primo è se la Corte europea riconosca a tutti i giudici nazionali o solo alla Corte Costituzionale il potere di disapplicare le norme europee auto-applicative che contrastano con diritti della CDFUE. Mi sembra scontato che, in assenza di ulteriori qualificazioni, la formula «giudice nazionale» impiegata dalla Corte di giustizia debba intendersi come riferita a tutti i giudici nazionali (come giustamente osserva Giorgio Repetto).

Il secondo dubbio è il seguente: il giudice nazionale può valutare e decidere in solitudine, senza richiedere l'intervento della Corte del Lussemburgo, se disapplicare la norma europea auto-applicativa in contrasto con diritti euro-fondamentali interpretati *magis ut valeant* o invece deve preliminarmente disporre un rinvio pregiudiziale di validità del diritto europeo secondario? L'indicazione che si trae dalla sentenza M.A.S., par. 61, anche se si riferisce al solo caso specifico del principio di legalità e all'obbligo di disapplicazione delle norme interne, pare andare nella prima direzione. Vi si legge, infatti, che «se il giudice nazionale dovesse (...) essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione». Questo passo non dice che il giudice nazionale «non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo» a seguito di una apposita e previa pronuncia del giudice europeo che lo liberasse da tale vincolo. Inoltre bisogna tenere conto che all'obbligo di disapplicare la norma interna corrisponde l'obbligo di applicare quella europea auto-applicativa, sicché ne discende specularmente che l'obbligo di disapplicare la prima viene meno quando viene meno l'obbligo di applicare la seconda. Parafrasando dunque il succitato par. 61 della sentenza M.A.S., se ne deve infine concludere che se il giudice nazionale dovesse essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare la norma interna (e di applicare la norma europea *self-executing*) contrasti con un qualsiasi diritto fondamentale della CDFUE, non

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, senza dover necessariamente passare per il tramite di una pronuncia della Corte europea di giustizia resa in occasione di un rinvio pregiudiziale: i giudici nazionali sarebbero quindi autorizzati a risolvere i contrasti tra diritto europeo secondario e diritto primario della CDFUE esercitando una sorta di controllo diffuso di validità. Va da sé, però, che è ragionevole aspettarsi che il più delle volte il giudice nazionale solleciterà l'intervento del giudice europeo prima di affrancarsi dal vincolo di norme auto-applicative del diritto dell'Unione.

Infine, nel riassumere il giudizio dopo la pronuncia M.A.S il giudice costituzionale, a mio personale avviso, non potrebbe fare altro che adottare una sentenza di infondatezza, che sia da una parte di monito al legislatore affinché adegui la propria disciplina alla prescrizione contenuta nell'art. 325 TFUE, nonché alla direttiva UE 2017/1371 in tema di lotta contro la frode dell'IVA; e che sia dall'altra una pronuncia recante un dispositivo “ai sensi di cui in motivazione”, coll'invito a dare ancora applicazione, nel giudizio a quo, alla disciplina legislativa vigente in tema di prescrizione in considerazione del carattere non auto-applicativo dell'art. 325 TFUE a fronte del principio di legalità dei reati e delle pene.

Giacinto della Cananea

Le tradizioni costituzionali comuni prese sul serio

1. Premessa
2. Il contesto
3. I principi nell'ottica del nazionalismo giuridico
4. L'indebita sottovalutazione dei principi nazionali
5. La complementarità tra le tradizioni costituzionali

1. *Premessa*

Nel corso del suo “cammino comunitario”, la Corte costituzionale italiana ha elaborato e affinato una varietà di argomenti e tecniche, i quali non hanno mancato di suscitare interesse in altre culture giuridiche, all’interno dell’Europa unita e al suo esterno. Nel novero di quegli argomenti e di quelle tecniche, è noto, vi è la dottrina dei “controlimiti”. Ma vi è anche un’aggiornata teoria delle tradizioni costituzionali comuni. Elaborata gradualmente, essa è stata prospettata in modo nitido nell’ordinanza con cui la Corte si è nuovamente avvalsa del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativamente alle sanzioni da applicare alle frodi fiscali in materia di IVA, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell’Unione europea (*Taricco II*)⁽¹⁾. I termini della vicenda e le opzioni che si offrivano alla Corte possono considerarsi noti, grazie al fiorire di commenti, sicché è sufficiente ricordare che essa non ha seguito i più, i quali a gran voce le chiedevano di accertare l’esistenza di un conflitto insanabile tra il principio del primato del diritto dell’Unione (con il conseguente obbligo di disapplicare le norme nazionali contrastanti). Non ha nemmeno eluso il problema. Ha optato, piuttosto, per la via del dialogo con la Corte di giustizia⁽²⁾. Questa, a sua volta, si è discostata dalla linea argomentativa prospettata dall’avvocato generale Yves Bot, ha adottato una che mostra un’assai più attenta ricerca dei motivi di complementarità tra le tradizioni costituzionali. Questi motivi di complementarità verranno sviluppati nelle pagine che seguono, dopo alcuni richiami essenziali al contesto e alle posizioni che li hanno sottovalutati, per ragioni opposte.

¹ Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2017, causa C- 42/17, *procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.* L’ordinanza della Corte costituzionale è la n. 2472017.

² Per questa linea di ragionamento e per riferimenti alle altre posizioni, G. della Cananea, *L’Italia e l’Europa nel caso “Taricco”: dai controlimiti al deficit sistemico dell’amministrazione e della giurisdizione*, in “*Aperta Contrada*”, 2016 [www.apertacontrada.it].

2. *Il contesto*

Per la sua storia culturale e politica, l'Italia del diritto è segnata, oltre che da numerosi punti di debolezza (segnatamente nella capacità degli apparati amministrativi e giudiziari d'imporre il rispetto del diritto e di evitare, così, che il tempo giochi a favore di quanti lo violano), da significativi punti di forza. Essa vanta il primato d'una cultura giuridica più che bimillenaria. Annovera tra i propri “maggiori” una figura di spicco nel panorama europeo, come Cesare Beccaria. L'Italia è stata, altresì, tra i primi Paesi europei a dotarsi, dopo il 1945, di un giudice delle leggi, la cui giurisprudenza ha un'indubbia importanza anche sul piano della comparazione. Ha partecipato attivamente alla costruzione della più avanzata esperienza d'integrazione regionale, quella confluita nell'Unione europea. Movendo da questi punti di forza, non sorprende che vi siano giuristi – costituzionalisti e penalisti, professori e giudici – i quali hanno colto ed enfatizzato il limite della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco* (I). Occorre, però, un'avvertenza. Un conto è sottolineare che la Corte di giustizia in quel caso non ha prestato un'adeguata attenzione al rischio che il ribadire pedissequamente la dottrina della disapplicazione può comportare per più di un consolidato principio costituzionale. Nel novero di quei principi, vi sono l'irretroattività della norma penale e la necessità che le disposizioni che configurano una condotta come illecita siano sufficientemente determinate, al fine di evitare che la discrezionalità del giudice sia eccessiva, degrading in arbitrio. Un altro conto è concepire quei principi nell'ottica esclusivamente nazionale.

3. *I principi nell'ottica del nazionalismo giuridico*

Manifesta la propria influenza, in questo modo di concepire i principi, una corrente di pensiero tutt'altro che nuova. Ne costituiscono altrettante e significative dimostrazioni la modificazione della disposizione legislativa concernente l'interpretazione giuridica e la ricostruzione della disposizione del Trattato sull'Unione europea che fa riferimento all'identità costituzionale degli Stati membri.

Contrariamente alla diffusa opinione secondo cui l’inizio dell’età delle codificazioni comportò una netta discontinuità, una cesura, rispetto al periodo precedente, in cui vi era circolazione dei principi e delle teorie riguardanti il diritto, ancora nell’Ottocento il codice civile austriaco del 1811 fece riferimento ai principi del diritto naturale. Mezzo secolo più tardi, il codice civile italiano del 1865 fece riferimento ai principi generali dell’ordinamento giuridico. Una vera e propria discontinuità si realizzò con l’avvento del codice civile del 1942. Esso fece riferimento ai principi generali del diritto, ma ne delimitò l’ambito di operatività, li ancorò allo Stato. Si realizzò, così, il primato del nazionalismo giuridico, oltre che del positivismo, nell’ottica del quale eminenti studiosi esclusero che i principi potessero essere annoverati tra le norme giuridiche: una tesi persuasivamente criticata, in particolare, da Vezio Crisafulli.

Tenere conto della storia è utile, perché se essa non dà lezioni, consente di capire come le istituzioni giuridiche risentono della stratificazione di pratiche e usi, della ripetizioni di stilemi e teorie: tutto ciò contribuisce a caratterizzare le istituzioni giuridiche nel senso dell’inerzia di fronte al cambiamento. In ciò, secondo la nota opinione di Edmund Burke, vi è senz’altro una virtù. Ma vi è anche un rischio, quello di non essere in grado di cogliere quanto vi è di nuovo e di originale. È un rischio tutt’altro che astratto, ipotetico. Esso si è concretizzato nelle interpretazioni dei trattati europei che annettono rilievo esclusivamente al riferimento alla identità costituzionale di ciascuno Stato, che è certamente da salvaguardare, trascurando l’esistenza delle tradizioni costituzionali comuni. A esse ha attinto la Corte di giustizia, nell’elaborazione dei principi generali del diritto comunitario. Non a caso, questa locuzione è stata mutuata dall’articolo 6 TUE nel fare riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, cui effettua un rinvio anche la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione.

La ricostruzione dei principi costituzionali nell’ottica esclusivamente nazionale ha un’ulteriore implicazione, di cui occorre essere consapevoli. Una volta che essi sono concepiti come altrettanti assoluti, si finisce per affermare che per essi non può ammettersi alcun bilanciamento; che non ci si può nemmeno porre il problema delle conseguenze che ne scaturiranno. Si tratta d’un certo modo d’intendere i principi, prossimo a una sorta di religione della

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

costituzione nazionale, non dell'unico modo possibile, come si dirà più oltre (al § 5).

4. *L'indebita sottovalutazione dei principi nazionali*

L'analisi svolta dall'avvocato generale ha mutuato dall'ordinanza di rinvio la locuzione “tradizioni costituzionali comuni”, ma non il concetto. Il concetto non si limita ad annettere rilievo ai tratti che accomunano i vari ordini giuridici che fanno parte dell'ordinamento “composito” dell'UE, ma presuppone, logicamente e giuridicamente, l'esistenza d'una varietà di principi costituzionali, più o meno formalizzati o consuetudinari. In breve, l'unità di più ordinamenti presuppone la loro pluralità e specificità. Il concetto delle tradizioni costituzionali comuni è, quindi, capace di sintetizzare il convincimento, maturato all'interno della Corte di giustizia, di dover sviluppare i tratti comuni, ma nella consapevolezza dell'esistenza di numerose e rilevanti differenze.

La consapevolezza dell'autonomia e della differenziazione dei vari ordinamenti, e delle culture che al loro interno evolvono attraverso incontri e scontri, sembra – invece - svanita nel parere dell'avvocato generale. Lo mostra lo stile dell'argomentazione, intessuto di espressioni che traggono dall'esistenza di uno scopo condiviso (la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia) una conseguenza discutibile, l'armonizzazione delle norme sulla prescrizione (§ 15). Lo mostra l'acritica riconferma delle conclusioni raggiunte dalla Corte nel caso *Melloni*, senza alcun riguardo per la tecnica delle distinzioni, che pure non è prerogativa esclusiva dei giudici di *common law*. Lo mostra l'evidente difficoltà di comprendere che la ricostruzione della prescrizione in termini procedurali, che può sembrare ovvia ad alcuni può non esserlo per altri, per i quali essa assume un preciso rilievo sul piano sostanziale (§ 178). Ma soprattutto lo mostra la difficoltà di comprendere che i principi fondamentali di un ordinamento costituzionale non si prestano a una sorta di toponomastica. Nel caso di specie, quei principi non sono soltanto quelli enunciati dalla parte della Costituzione che vi fa riferimento nella rubrica (§ 181).

A sé sta un ulteriore elemento di criticità. Per l'osservatore esterno non è facile comprendere come un giurista esperto come l'avvocato generale possa anche soltanto dare l'impressione di pensare che la costruzione di uno spazio “comune” di libertà, oltre che di sicurezza e giustizia, possa aver luogo senza un'adeguata comprensione, oltre che del ruolo d'interprete privilegiato delle proprie tradizioni costituzionali che è proprio di ogni corte costituzionalmente, della peculiarità delle questioni correlate con l'esercizio della potestà sanzionatoria. L'armonizzazione, sia pure necessaria come obiettivo di medio termine, si realizzerà attraverso la progressiva maturazione d'una cultura condivisa riguardante le sanzioni, non per “editto”.

5. La complementarità tra le tradizioni costituzionali

Fortunatamente, la Corte di giustizia non ha seguito il percorso delineato dall'avvocato generale. Dopo aver richiamato la funzione cui l'istituto del rinvio pregiudiziale è ordinata, cioè l'instaurazione di un dialogo (§ 22) tra i giudici chiamati alla comune missione di assicurare il rispetto del diritto obiettivamente considerato, essa ha ricordato l'importanza che il principio di legalità dei reati e delle pene e i suoi corollari (prevedibilità e determinatezza) hanno “tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione, quanto negli ordinamenti giuridici nazionali” (§ 51). Ha, coerentemente con questa impostazione, ribadito la propria consolidata giurisprudenza in materia di disapplicazione delle norme interne, ma con un'importante *caveat* nei confronti di ogni interpretazione che imponga pene più severe di quelle vigenti al momento della trasgressione delle regole del gioco § 62). Il margine di apprezzamento, per mutuare l'espressione cui fa riferimento l'altra Corte europea, quella di Strasburgo, è fatto salvo.

Più che un'analitica ricostruzione dell'argomentazione della Corte di giustizia, si può notare che la complementarità tra le tradizioni costituzionali è riconducibile a tre motivi. Vi è, anzitutto, la conferma dei nessi tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e gli ordinamenti giuridici nazionali. Quei nessi non si esauriscono nei raccordi procedurali che permettono ai giudici d'ogni Stato di

rivolgersi alla Corte di giustizia. Vi sono precisi nessi di natura sostanziale, tra i quali spicca il principio di legalità dei reati e delle pene. È in quanto si tratta d’una tradizione costituzionale comune agli Stati membri che esso assurge a principio generale del diritto dell’Unione.

In secondo luogo, è in quanto una tradizione costituzionale comune preesisteva, al di là delle numerose variabili nazionali, che è stato possibile farvi riferimento nell’articolo 7 della Convenzione e che la giurisprudenza applicativa della Corte europea dei diritti dell’uomo ottiene adesioni da parte dei giudici nazionali.

Infine, l’esistenza, anziché di uno solo, di più ordini giuridici assicura dialettica nell’interpretazione e nell’applicazione delle disposizioni che riconoscono i diritti fondamentali e ne assicurano la tutela. Contrariamente alla logica dell’ordinamento giuridico “chiuso” (nel senso indicato da Gino Gorla), dove vi è un’unica corte superiore, incaricata di assicurarne la coerenza e la completezza, vi è, potenzialmente e talora anche in atto, concorrenza tra le interpretazioni e tra le corti che le elaborano. Il loro coesistere può innalzare tanto il potenziale di sicurezza dei diritti quanto la propensione delle corti a farli valere, a far sì che essi si esplichino appieno. Di ciò vi è bisogno. Non mancano, purtroppo, esempi recenti in più angoli dell’Europa del nostro tempo.

Considerate sotto questi profili, le tradizioni costituzionali comuni, mentre presuppongono quelle nazionali, possono indurre adeguamenti e mutamenti spontanei in queste ultime, in un senso anziché in un altro. È in questo duplice senso che possono dirsi complementari. In ragione di ciò, è tutto sommato poco utile interrogarsi circa l’ordine d’importanza in cui si dispongono, mentre sono da approfondire i tratti realmente comuni e quelli distintivi.

Pietro Faraguna

Quesito n. 1)

Come già è stato osservato in riferimento alla saga *OMT/Gauweiler*, saga che ha recentemente impegnato la Corte di giustizia e il *BVerfG*, anche la vicenda c.d. *Taricco* sembra ricordare il “gioco del coniglio”. Il “gioco del coniglio” (*Game of chicken*) è un paradosso che nella teoria dei giochi si fonda sul non-coordinamento, ovvero su una situazione di equilibrio instabile nella quale a ogni parte del gioco conviene adottare la strategia opposta degli altri giocatori, senza però conoscere in anticipo quale sarà la loro strategia. Si tratta, in termini maggiormente comprensibili, del dilemma che deve affrontare James Dean nel film *Gioventù Bruciata*, nella scena della sfida della auto lanciate a grande velocità verso un dirupo: il guidatore che sterza per ultimo vince il gioco. Se nessuno sterza, entrambi finiranno nel dirupo. Se entrambi sterzano allo stesso momento, nessun vince. Soltanto se uno sterzerà prima dell'altro, il secondo vincerà.

Nel caso in questione, la Corte di giustizia sembra avere sterzato in modo deciso in largo anticipo rispetto al burrone, senza aver sostanzialmente nemmeno raccolto il guanto della sfida del “gioco del coniglio”. In effetti, il guanto di sfida della Corte costituzionale era stato lanciato sul terreno della tutela dell'identità costituzionale italiana e di quei principi supremi che – nella ricostruzione della Corte costituzionale italiana – sarebbero stati violati dal recepimento degli effetti della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015. Dalla non applicazione degli effetti della sentenza *Taricco* sembrava certamente poter derivare un temperamento del principio dell'uniforme applicazione del diritto UE a beneficio di uno specifico stato membro e a tutela di specifiche particolarità costituzionali di quello Stato membro. La Corte di giustizia ha però inteso affrontare la questione sotto un profilo un pò diverso, rimisurando la portata della (prima) sentenza *Taricco* non alla stregua dell'identità costituzionale italiana, seppure valorizzandone la dimensione europea con gli espliciti riferimenti alla *identity clause* disposta dall'articolo 4(2) del Trattato UE, bensì alla stregua di soli parametri europei che nulla

hanno a che fare con le identità costituzionali nazionali, parametri che erano stati evidentemente trascurati nella sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia l'8 settembre 2015. La grande novità di questa vicenda non sta perciò tanto nel fatto che il principio dell'uniforme applicazione del diritto UE possa essere temperato in nome del rispetto di diritti fondamentali, ma nel fatto che la Corte di giustizia sia stata indotta a ricalibrare questo temperamento da un atto di “resistenza” di una Corte costituzionale.

A differenza di quanto sembrava potersi presagire prima della sentenza della Corte di giustizia, non è infatti detto che la vicenda *Taricco* diventi una pietra miliare nell'evoluzione del diritto dell'UE e dei rapporti con il diritto costituzionale degli Stati membri. Soltanto a distanza di un po' di tempo si potrà capire se di questo acceso dibattito rimarrà una traccia profonda, oppure se la questione verrà semplicemente derubricata alla stregua di una bizzarra parentesi processuale che ha posto rimedio a una infelice pronuncia della Corte di giustizia. Quel che è certo è che lo sforzo profuso dalla Corte di giustizia, che ha nascosto soltanto parzialmente il suo *overruling* sotto alle spoglie di un *distinguishing*, dovrebbe indurre le Corti costituzionali ad abbandonare in via definitiva le rimanenti reticenze a innescare un circuito diretto di interazione con la Corte di giustizia mediante il rinvio pregiudiziale. Se un insegnamento può trarsi da questa vicenda, infatti, è che la tutela di ragioni costituzionali non può che giovare di un impegno attivo delle Corti costituzionali nel circuito europeo. L'insegnamento ha il sapore dell'ovvio, ma così non è stato per lungo tempo, e questo caso mostra come la stessa identica questione pregiudiziale possa condurre a esiti assai diversi laddove venga sollevata dal Tribunale di Cuneo o dalla Corte costituzionale.

Quesito n. 2)

Oltre a quanto affermato dalla sentenza M.A.S. non va sottovalutata la portata delle affermazioni contenute nel rinvio della Corte costituzionale, laddove quest'ultima aveva adombrato la possibile attivazione della responsabilità dello Stato italiano per la mancata ottemperanza agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE. Sulla portata di questi obblighi sono emersi i maggiori

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

fraintendimenti, più che tra gli attori istituzionali che in questa saga sono stati coinvolti, nei numerosi commenti che hanno animato il dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno a questa vicenda. Il Trattato chiede agli Stati membri di apprestare misure che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace degli interessi finanziari dell’Unione. Pare francamente difficile sostenere che l’Italia non sia inadempiente almeno per ciò che concerne le frodi all’IVA compiute dopo l’entrata in vigore della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. ex-Cirielli) e prima delle parziali modifiche intervenute nel 2011. Di questo sembra essersi accorta la Corte costituzionale che, nella sua ordinanza di rinvio, aveva esplicitamente fatto riferimento alla responsabilità della Repubblica italiana che resterebbe in ogni caso ferma «per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell’Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l’effetto degli atti interruttivi della prescrizione» (ord. 24/2017, punto 7). La Corte costituzionale stessa aveva poi fatto menzione, nella sua ordinanza di rinvio, delle successive modificazioni della normativa oggetto di discordia, in particolare riferendosi alle modifiche intervenute nel 2011, con l’aumento di un terzo dei termini di prescrizione di alcuni reati, aumento comunque non applicabile ai fatti commessi prima della modifica in questione. La Corte aveva però opportunamente rinviato alle «sedi competenti» (senza ulteriori specificazioni, ma chiaramente facendo intendere che la sede competente non fosse il giudizio di legittimità costituzionale) il problema della valutazione dell’idoneità di questa modifica rispetto agli obblighi posti dal Trattato. In questo caso, così come in altri casi nei quali si è andati vicino a toccare il tabù dell’identità costituzionale, emergono in fondo i limiti strutturali dell’esercizio della giurisdizione, che possono essere rimediati soltanto con il ritorno alla politica. In questo senso potrebbe giovare l’insegnamento di un’altra saga, soltanto poco più risalente, che aveva impegnato la Corte di giustizia e la Corte costituzionale della Repubblica ceca attorno al caso delle c.d. pensioni slovacche, nel cui contesto si era giunti – similmente a quanto avvenuto nella saga *Taricco* – a un giudizio costituzionale nel quale una sentenza della Corte di giustizia era stata ritenuta dal giudice costituzionale ceco *ultra vires* e perciò non applicabile nell’ordinamento della Repubblica

ceca. In quel caso soltanto l'intervento del legislatore era riuscito a mettere la parola fine su una questione che aveva condotto a pericolosi conflitti intra- e iter-ordinamentali.

Quesito n. 3)

Si può immaginare che la questione impegnerà in particolare il dibattito penalistico. Il rischio è di ridurre la questione a un affare di mera catalogazione, e, peggio ancora, di mera contesa tra tradizioni nazionali (e forse anche disciplinari) confliggenti su questo punto. Perciò si potrebbe dire che non è essenziale la qualificazione della natura dell'istituto, quanto invece lo sono le conseguenze che derivano da quella qualificazione. Se, infatti, l'iscrizione della prescrizione (e della disciplina dell'interruzione) nel diritto penale sostanziale significa l'impermeabilità dell'istituto a qualunque ipotesi di modifica che serva interessi potenzialmente confliggenti (quale sarebbe il caso di una disciplina che si ponesse l'obiettivo di porre rimedio a una situazione di sostanziale impunità), allora le conseguenze sembrerebbero alquanto problematiche. Se, invece, la natura sostanziale dell'istituto non impedisce che il legislatore intervenga con modifiche ponderate, modifiche che preservino principi fondamentali di certezza del diritto, al fine di perseguire l'obiettivo di porre rimedio a una situazione di impunità, allora la situazione muta radicalmente. Non credo perciò che la questione debba o possa essere risolta soltanto per effetto del recepimento della direttiva.

Quesito n. 4)

Vista la decisa sterzata della Corte di giustizia, è improbabile che la Corte costituzionale decida di procedere a tutta velocità verso il burrone del “gioco del coniglio”. La Corte potrà scegliere tra uno spettro di dispositivi leggermente diversi, così come d'altronde sarebbe stato nel ben più impegnativo caso in cui la Corte di giustizia avesse preferito imboccare la strada suggerita dalla superficiale analisi contenuta nelle conclusioni dell'avvocato generale. È comunque

improbabile, nonché presumibilmente non desiderabile, che la Corte non si accontenti di vincere e voglia invece stravincere. Al contrario, la Corte farebbe forse bene a farsi carico delle ragioni che escono soccombenti da questa specifica vicenda, e che pure non erano state ignorate nell’ordinanza di rinvio. Non va dimenticato, infatti, che non è il solo interesse finanziario dell’Unione a uscire malconco da questa vicenda: la sostanziale impunità dei reati di cui alle questioni controverse colpisce infatti in parte assai più rilevante l’interesse finanziario del bilancio italiano, al cui finanziamento concorrono le imposte evase in misura decisamente maggiore rispetto alla quota che finanzia il bilancio dell’Unione.

Per le ragioni cui si è fatto cenno sopra, soltanto il legislatore può farsi carico di un intervento sufficientemente articolato e bilanciato da non incorrere nei difetti che hanno condotto la Corte di giustizia a fare marcia indietro. La Corte costituzionale avrebbe ragione di ammonire il legislatore su questo punto e, laddove il monito cadesse nel vuoto, avrebbe ragione di intervenire.

Quanto agli ulteriori elementi che sembrano potersi desumere dalla sentenza n. 269 del 2017, le novità che vi si leggono sembrano convergere con l’obiettivo che la Corte costituzionale sembra in questi ultimi anni perseguire nella direzione centripeta di un (ri-)accentramento del controllo di legittimità costituzionale rispetto al moto centrifugo che negli ultimi decenni ha parzialmente allontanato i giudici comuni e la Corte costituzionale. L’affermazione della priorità del controllo di legittimità costituzionale in caso di sospetta violazione di diritti fondamentali protetti tanto dalla Carta dei diritti fondamentali quanto dalla Costituzione italiana va infatti nella stessa direzione dell’affermazione del monopolio della Corte sul controllo di compatibilità con i principi supremi dell’ordinamento che, invece, una certa comprensione (o meglio, un certo fraintendimento) della teoria dell’europizzazione dei controlimiti sembrava voler affidare al circuito del rinvio pregiudiziale.

Massimo Fichera

Quesito n. 1)

La recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nel caso *Taricco II* costituisce un'importante apertura nel dialogo tra la Corte del Lussemburgo e le Corti nazionali. Tuttavia, quest'apertura non riguarda solo la definizione del principio dell'uniforme applicazione del diritto UE, ma, più in generale, l'interpretazione del principio del primato del diritto eurounitario e degli effetti diretti. Infatti, alla luce delle più recenti decisioni della corte sovranazionale e della Consulta, nonché delle opinioni espresse dai più accreditati esperti in materia, si possono distinguere tre orientamenti principali.

Un primo orientamento radicalizza, per così dire, il principio del primato (o, si potrebbe dire, lo riconfigura come supremazia, per usare un'espressione cara al *Tribunal Constitucional* spagnolo- n. 1/2004). Seguendo quest'orientamento, che possiamo definire "massimalista", l'intervento armonizzatore dell'UE in una determinata area esclude automaticamente e categoricamente la possibilità per gli Stati membri di applicare un livello di protezione dei diritti umani che sia più elevato, qualora tale livello sia il riflesso della disciplina costituzionale interna. Sarà compito esclusivo dell'UE, secondo i suoi propri criteri, realizzare un'operazione di bilanciamento che ponga in relazione la necessità di tutela dei diritti umani con il principio di effettività del diritto eurounitario. Questa interpretazione, sviluppata inizialmente nei casi *Fransson* e *Melloni* (vedasi l'Opinione dell'Avvocato Generale Bot in *Melloni*), è stata ripresa in senso appunto "massimalista" nel caso *Taricco I* e dallo stesso Avvocato Generale Bot nel caso *Taricco II*. Per contro, ogniqualvolta l'intervento armonizzatore dell'UE non sia completo, gli Stati membri hanno maggiore spazio di manovra, e, conseguentemente, la possibilità di stabilire un livello di tutela più elevato. Tale orientamento, improntato ad una visione gerarchica dei rapporti interordinamentali, scaturisce da una precisa interpretazione dell'Art. 53 della Carta dei diritti fondamentali e può essere paragonato, *mutatis mutandis*, ad una visione "assolutistica" dei principi di fiducia

reciproca e reciproco riconoscimento: come il principio del primato regola la dimensione verticale, ossia il rapporto tra i singoli Stati e l'UE, così il reciproco riconoscimento regola la dimensione orizzontale, ossia il rapporto tra Stati. Non è un caso che lo stesso Avvocato Generale Bot abbia ritenuto, in un'altra sua Opinione nei casi *Aranyosi* e *Căldăraru*, che la violazione dei diritti fondamentali non possa essere fatta valere come motivo di non esecuzione del mandato di arresto europeo (impostazione questa poi temperata dalla Corte di Giustizia in *Aranyosi* e *Căldăraru* come anche nel caso *NS v. Secretary of State* per quanto attiene alla nozione di "fiducia reciproca").

Un secondo orientamento, contrapposto al primo, concepisce la relazione interordinamentale esclusivamente dal punto di vista degli Stati membri. Corollario di quest'impostazione è un'interpretazione estensiva della dottrina dei "controlimiti", che in tal modo ricomprenderebbe non solo norme di diritto costituzionale sostanziale, ma anche l'attribuzione delle competenze e l'*Identitätskontrolle*. È da questa prospettiva che si può sostenere, per esempio, che la CGUE in *Taricco II* ha fornito una nozione eccessivamente ampia di efficacia diretta, in un contesto in cui non esisterebbero le condizioni perché l'Art. 325 TFUE espliciti detta efficacia. Vi è da dire che un orientamento che renda agevole per la Corte costituzionale nazionale di mettere in discussione di volta in volta le condizioni di applicabilità dei principi del primato e dell'efficacia diretta – e quindi di sovrapporre un giudizio di verifica a quello espresso dalla CGUE – rischia di minare le basi stesse del diritto UE e la possibilità di una cooperazione proficua tra corti. L'orientamento seguito dalla CGUE nella sentenza M. A. S. si colloca, in un certo senso, a metà strada e mostra la necessaria attenzione per i delicati equilibri dell'ordinamento italiano. Quella che emerge, in altre parole, è una visione non gerarchica ma eterarchica o “perspettivista”, in cui la Corte del Lussemburgo, pur mantenendo il punto di vista dell'ordinamento europeo, allo stesso tempo è disposta a riconoscere la validità della presa di posizione della Consulta, dal punto di vista dell'ordinamento italiano. Tale impostazione, si badi bene, non esclude il conflitto, ma ne circoscrive la possibilità di realizzazione nel momento stesso in cui utilizza la nozione di “tradizioni costituzionali comuni” - nell'intento di dimostrare come la normativa sui diritti

umani e principi fondamentali, sia a livello nazionale che a livello sovranazionale, è inquadrabile in una visione sistematica e teleologica.

Da questa prospettiva, le basi del primo orientamento sopra menzionato non sono negate, ma riformulate. In altre parole, in primo luogo (a) la clausola identitaria di cui all'Art. 4.2 TUE è sì formalmente giustiziabile, a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, ma va vista non già in isolamento, bensì nel contesto di una serie di principi che regolano sia il rapporto tra diritto UE e diritto interno, sia il rapporto tra i diversi ordinamenti statali (visione sistematica). Il riferimento è non solo a primato e effetti diretti, ma anche all' Art. 2 TEU (valori comuni), 6.1 TEU, che attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, e 6.3 TEU, nonché all'Art. 4.3 TEU (cooperazione leale) e alla fiducia reciproca. Poiché l'ordinamento eurolunitario si autodefinisce autonomo, da ciò deriva che sia le istituzioni europee, sia gli Stati membri sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali consacrati nella Carta all'atto dell'applicazione del diritto UE. Tuttavia, in secondo luogo (b) l'interpretazione dei diritti fondamentali va sempre effettuata nell'ambito della struttura e obiettivi dell'UE (visione teleologica). Pertanto l'Art. 53 della Carta è interpretato dalla CGUE - quantomeno in riferimento ai diritti riconosciuti nella Carta che corrispondono a quelli riconosciuti dalla CEDU - in funzione limitante nei confronti dell'Art. 53 della CEDU, il quale, si ricordi, accorda agli Stati Contraenti il potere di stabilire un livello di protezione dei diritti umani più elevato di quello previsto dalla CEDU stessa. Siffatto potere è esercitabile in tanto in quanto il livello di tutela deducibile dalla Carta, congiuntamente con i principi del primato, unità ed effettività del diritto UE, non siano pregiudicati.

Una volta che si tenga questo presente, è agevole osservare quale sia la posta in palio e quale peso debba attribuirsi alla futura risposta della Consulta al ramoscello d'ulivo teso dalla CGUE nella sentenza M.A.S. Tale risposta è importante, anche alla luce di alcune recenti sentenze della *Bundesverfassungsgericht*, in cui quest'ultima ha adottato un atteggiamento più conciliante rispetto al noto caso *Gauweiler*. Per trattare questo tema con maggiore chiarezza, occorre affrontare i punti 2, 3 e 4.

Quesito n. 2)

È da notare, in proposito, che, mentre il conflitto è stato escluso dalla CGUE nel caso M.A.S., in relazione al principio di legalità, nulla vieta che esso riemerge nello stesso o altri contesti. Infatti, nonostante il Preambolo e l'Art. 52.4 della Carta implicino che i diritti fondamentali emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri siano interpretati conformemente a quelle tradizioni, il rischio di divergenze è direttamente proporzionale all'atteggiamento che le Corti Costituzionali di questi Stati scelgono di adottare. Il rapporto tra giudici nazionali e legislatore è, in questa ottica, un primo aspetto da considerare e assume una rilevanza maggiore di quanto potrebbe pensarsi di primo acchito. Si ricordi che la CGUE ha tradizionalmente attribuito ai giudici nazionali, *in quanto giudici di diritto europeo*, un ruolo chiave nell'architettura eurolunitaria. La Corte del Lussemburgo non si colloca al vertice di una struttura verticale, come *princeps* indiscusso, ma, in linea con la visione "persettivista" illustrata poc'anzi, istituisce con gli organi giudiziari nazionali un rapporto collaborativo. Ciò è confermato, nel caso di specie, dal paragrafo 39 della sentenza M.A.S, in cui è in primo luogo compito del giudice nazionale competente ottemperare agli obblighi scaturenti dall'Art. 325 TFUE in quanto norma avente efficacia diretta, in particolare l'obbligo di disapplicazione (*rectius*: non applicazione) della norma interna che disciplina la prescrizione e che si trovi in contrasto con il diritto UE (secondo il quale gli interessi finanziari dell'UE sono tutelati al meglio solo con sanzioni effettive e dissuasive). Tuttavia, tale obbligo incontra dei limiti ogniqualvolta, *dalla prospettiva nazionale*, esso pregiudichi principi cardine della struttura ordinamentale interna, quale, nel caso in esame, il principio di legalità così come interpretato nell'ordinamento di riferimento. È in questo momento che, in virtù del combinato disposto dei paragrafi 41 e 61, entra in gioco il legislatore nazionale, il quale è tenuto, in un regime soggetto ad armonizzazione europea, a garantire che la normativa sulla prescrizione non determini risultati distorti che finiscano troppo di frequente con il danneggiare gli interessi finanziari dell'UE. Pertanto, fermo restando che la CGUE resta competente a verificare la sussistenza delle condizioni perché si producano effetti diretti, cionondimeno è compito del giudice e del legislatore nazionale,

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

con tecniche e ruoli diversi, evitare conseguenze perniciose sia per l'ordinamento nazionale, sia per l'ordinamento europeo - nell'ottica delle cosiddette "tradizioni costituzionali comuni" (e al di fuori del meccanismo dell'Art. 4.2 TUE).

Quesito n. 3)

Come già osservato, il conflitto tra la CGUE e la Corte Costituzionale italiana può ancora ripresentarsi, anzitutto proprio per quanto riguarda l'interpretazione del principio di legalità. Infatti, l'armonizzazione operata dalla direttiva 2017/1371 riguarda primariamente i reati in materia di IVA. Resta tutta da verificare la portata di questa armonizzazione, e, in particolare, se ne derivi, da ora in poi, sempre e comunque l'attribuzione alla disciplina della prescrizione di una natura solo processuale e non anche sostanziale. In altre parole, il contrasto interpretativo sorto in Taricco I e II, motivato essenzialmente da ragioni giuridico-culturali, potrebbe riemergere con maggiore acutezza.

Quesito n. 4)

Il quadro dei rapporti tra la Consulta e la CGUE è stato inoltre reso più complesso a seguito di due recenti sentenze emesse da entrambe le Corti, da un lato la n. 269 del 2017 e dall'altro la sentenza C-322/16 *Global Starnet*. Nella prima sentenza, la Consulta ha anzitutto ribadito il tradizionale schema della c.d. "doppia pregiudizialità". Ove sorga un contrasto tra diritto interno e norma UE *self-executing*, la combinazione dei principi del primato del diritto UE e del primato della legge nazionale con conseguente soggezione del giudice solo ad essa (Art. 101 Cost) impone un "obbligo di non applicazione" in capo al giudice, mentre laddove il contrasto sorga con una norma UE che non esplica efficacia diretta (previa eventuale verifica mediante ricorso alla CGUE) il giudice è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale e rimettere la palla nel campo della Consulta. Senonché (e qui sta la novità della sentenza), poiché, a seguito dell'attribuzione alla Carta dei diritti di efficacia vincolante

con la ratifica del Trattato di Lisbona, principi e diritti enunciati nella Carta (e, corrispondentemente, nella CEDU) si sovrappongono ai principi e diritti enunciati nella Costituzione, ne deriva che, ai fini della tutela più efficace degli stessi *a livello di sistema*, occorre un intervento *erga omnes* della Corte Costituzionale. Pertanto, "fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale", tutte le volte che si manifesti una violazione tanto della Carta dei diritti quanto della Costituzione, la pregiudizialità costituzionale diventa prioritaria rispetto alla pregiudizialità eurounitaria anche in quei casi in cui le norme della Carta siano *self-executing*. Il conferimento alla Consulta di un ruolo più intenso in queste circostanze sarebbe in linea sia con l'Art. 53 della Carta, sia con l'esistenza nell'ordinamento italiano del sindacato accentratore di costituzionalità (Art. 134 Cost.).

E' agevole constatare come la tendenza all'avocazione accentratrice da parte della Corte Costituzionale possa ricondurre i rapporti interordinamentali su un terreno conflittuale che può essere evitato o circoscritto, soprattutto ove si rifletta sulla seconda sentenza menzionata sopra, in cui la Corte del Lussemburgo ha concluso che la disciplina nazionale contenente nuove condizioni per l'esercizio dell'attività professionale da parte di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito è compatibile con il diritto UE (nel caso di specie, gli Art. 49 e 56 TFUE sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, nonché il principio del legittimo affidamento), laddove il giudice nazionale ritenga che detta disciplina sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale e ottemperi al principio di proporzionalità. Ora, tale ultima sentenza è esemplificativa del modo di funzionamento del diritto UE e il settore del mercato interno si presta particolarmente bene a indicare in che termini si sviluppi il rapporto tra giudice del rinvio (tipicamente, il giudice ordinario), la CGUE ed eventualmente la Corte Costituzionale (senza tralasciare il legislatore nazionale). Infatti in *Global Starnet* la CGUE non fa che tappezzare il testo di richiami alla funzione collaboratrice del giudice nazionale *in quanto giudice di diritto europeo*. In una situazione tipica, in cui manca l'azione armonizzatrice dell'UE, data la delicatezza del settore dei giochi d'azzardo (caratterizzato da differenziazione legislativa nei vari Stati

membri proprio in ragione di fattori religiosi, culturali e morali) è ovvio che a tali Stati debba essere lasciato un ampio margine di discrezionalità. Cionondimeno la libertà degli Stati membri va esercitata entro certi limiti e i paletti sono fissati dal diritto UE - vale a dire, i principi generali del diritto UE e i diritti fondamentali indicati nella Carta. In un contesto del genere, chi meglio del giudice nazionale è in grado di verificare la sussistenza delle condizioni nel rispetto delle quali è dato spazio di manovra alla disciplina interna? E infatti, a titolo di esempio, la CGUE affida al giudice del rinvio il compito di individuare gli obiettivi effettivamente perseguiti dalla disciplina interna (par. 43), di accertare se tale disciplina sia conforme ai principi del legittimo affidamento, certezza del diritto e libertà d'impresa (parr. 45 e 49), e, in ultima istanza, di assicurarsi che i criteri della proporzionalità siano rispettati, così come elaborati dalla giurisprudenza della CGUE in materia (par. 52).

Senza entrare nel dettaglio del ragionamento della Corte del Lussemburgo al riguardo, è proprio alla luce di questi principi che si deve intendere l'altra conclusione della sentenza *Global Starnet*, con cui si ribadisce fermamente che non solo il principio del primato del diritto UE, ma anche la struttura di cooperazione tra la CGUE e i giudici nazionali e la stessa efficacia del diritto UE impongono che, conformemente all'Art. 267 TFUE, il giudice nazionale sottoponga alla CGUE questioni relative all'interpretazione e validità del diritto UE, a prescindere dall'esistenza di un ricorso obbligatorio alla Corte Costituzionale e anche qualora quest'ultima si sia espressa sulla legittimità costituzionale delle norme nazionali corrispondenti alle norme UE.

Concludendo, ad avviso di chi scrive, il ruolo dei giudici ordinari non andrebbe mortificato, ma al contrario esaltato in funzione del meta-principio della "sicurezza del progetto europeo". Si comprendono i dubbi circa il rischio che i giudici ordinari siano indotti in tentazione e finiscano con il censurare norme interne per l'esistenza di supposte antinomie con la Carta UE anche quando non sia strettamente necessario. Parimenti si comprende il timore che la Consulta veda il proprio ruolo in qualche modo sminuito dalla contestuale azione della CGUE e dei giudici ordinari. Tuttavia, allo scopo di evitare ulteriori e più aspri conflitti nel futuro, una soluzione potrebbe essere quella di lasciare a tali giudici, in ciascun caso

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

concreto che siano chiamati di volta in volta ad affrontare, la facoltà di operare l'uno o l'altro rinvio. Davvero sarebbe la Consulta pronta ad uno scontro frontale con il giudice nazionale e il giudice sovranazionale *in tandem*, legati a doppio nodo da uno schema collaborativo oramai ben collaudato? Andrebbero da evitare, in tal senso, impostazioni che partano da una presunta superiorità del diritto UE, così come anche l'opposto - visioni predeterminate, in cui la tutela dei diritti fondamentali fornita dalla Costituzione italiana è per definizione, sempre e comunque, più elevata di quella fornita da norme costituzionali sovranazionali.

Andrea Guazzarotti

Quesito n. 1)

Il principio dell'uniforme *interpretazione* del diritto UE è un principio sicuramente iscritto nei trattati (art. 267 TFUE), diversamente da quello dell'uniforme *applicazione*, il quale postula il supporto del principio del *primato* del diritto UE. L'esplicitazione solenne e formale di quest'ultimo principio giurisprudenziale nei Trattati dell'UE non è avvenuta che con l'abortito trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa (Roma 2004). La paziente opera di recupero dei materiali di tale Trattato, dopo la bocciatura dei referendum francese e olandese del 2005, ha condotto all'esito del Trattato di Lisbona del 2007, nel quale il primato non è stato formulato. Se ne può concludere, con tutta l'approssimazione del caso, che quando il primato (assieme ad altri principi più scopertamente federalisti) viene esplicitato, esso viene rigettato dai popoli degli Stati membri, mentre quando rimane nella più discreta veste di principio giurisprudenziale, esso sopravvive grazie alla insostituibile condiscendenza della rete delle corti nazionali degli Stati membri. Più che sulla legittimazione popolare dei cittadini europei, il primato continua a poggiare sulla collaborazione tra giudice dell'Unione e giudici nazionali, corti costituzionali in testa. Degno di nota come, nella stessa ordinanza n. 24/2017 della nostra Corte

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

costituzionale (che ha sollevato la questione poi decisa con la *Taricco II* della Corte di giustizia), la Consulta richiami ripetutamente il principio del primato (in termini testuali), quale strumento regolatore dei rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, quasi a voler riconoscere che non esiste altro punto di vista diverso da quello dell'Unione per ricostruire i rapporti tra ordinamenti. Nello stesso tempo, però, in quell'ordinanza la Consulta ha rilevato che l'ordinamento UE deriva la sua legittimazione dal pluralismo (art. 2 TUE), ossia dalla capacità di includere un «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4.2 TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri» (C. cost. 24/2017, punto 6). In sostanza, viene rammentato alla Corte di giustizia che i limiti del suo operato risiedono nella stessa volontà degli Stati membri di fondare l'integrazione europea sulle proprie costituzioni e non sul mero diritto internazionale. Senza giungere a chiamare gli stati i “Signori dei Trattati”, come invece è solito fare il Tribunale costituzionale tedesco, la Consulta indirettamente afferma che tale volontà degli stati è a sua volta interpretata e fatta valere (anche) dalle corti costituzionali nazionali, eventualmente in opposizione alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Consapevole di tale delicato equilibrio istituzionale, la Corte di giustizia ha evitato di premere l'acceleratore sul pedale dell'uniforme applicazione del diritto UE, lasciando spazio alle esigenze delle peculiari culture e tradizioni costituzionali sulla tutela dei diritti fondamentali. Lo ha fatto, però, non secondo una rigida logica competenziale, che pure era stata abbozzata nell'ordinanza della nostra Corte costituzionale. Secondo il protocollo prefigurato nell'ordinanza n. 24/2017 (punto 7), in presenza di una supposta esigenza di preservare elementi dell'«identità costituzionale» nazionale, l'art. 4.2 TUE implicherebbe una riserva a favore delle autorità nazionali (Corti costituzionali in testa) sulla valutazione di compatibilità tra diritto UE e identità costituzionale nazionale. Ma la parola «identità costituzionale», usata per quattro volte nell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, non ricorre mai nella sentenza *Taricco II* della Corte di giustizia. Più prosaicamente, la Corte di

giustizia ammette che autorità e giudici nazionali applichino *standard di tutela dei diritti fondamentali «nazionali»*, ma «a patto che [ciò] non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione» (§ 47). Qui, invero, si tocca con mano il livello di compromissorietà della pronuncia *Taricco II*, posto che non è affatto vero che l'effettività del diritto dell'Unione non sia messa in pericolo da quello standard *nazionale* di tutela dei diritti: l'art. 325 TFUE è compromesso, tant'è vero che la Corte di giustizia afferma la necessità per il legislatore nazionale di porre rimedio all'attuale condizione normativa della lotta alle frodi IVA in Italia, con un'adeguata riforma del sistema della prescrizione (§§ 41, 42 e 61). L'acrobazia argomentativa della Corte di giustizia è, infatti, quella di voler riaffermare la natura di norma avente effetto diretto dell'art. 325 TFUE (a conferma della *Taricco I*), allo stesso tempo consentendo ai giudici nazionali di sottrarsi agli effetti obbliganti di tale qualificazione qualora ciò li porti a confliggere con la *versione domestica* del principio di legalità dei reati e delle pene. Pur essendo quest'ultimo un principio facente parte a pieno titolo del diritto primario dell'UE (sia in quanto sancito dalla Carta, art. 49, che in quanto tradizione costituzionale comune agli Stati membri: § 51-55), esso non confligge con la lettura dell'art. 325 TFUE quale norma abilitante la disapplicazione di ogni normativa nazionale che osti «all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione» (§ 39). Un simile contrasto si produrrebbe solo in ordinamenti come l'italiano, ove la natura sostanziale delle norme sulla prescrizione inducono a includere queste ultime nel principio di legalità penale.

Quesito n. 3)

La sentenza *M.A.S.* (o *Taricco II*) della Corte di giustizia aggiunge, poi, un tassello al quadro precedente: la direttiva (UE) 2017/1371 (c.d. direttiva PIF) non avrebbe accolto la natura sostanziale delle discipline nazionali sulla prescrizione dei reati contro gli interessi finanziari dell'UE (§§ 44 e 45). Ci si potrebbe, allora, chiedere se quello che non poteva imporre ai giudici italiani l'art. 325

TFUE possa invece essere imposto dalla direttiva PIF. La notoria giurisprudenza della Corte di giustizia sui limitati effetti *in malam partem* delle direttive non sembra essere risolutiva. Se, infatti, è vero che una direttiva, da sola, non potrebbe mai comportare l’insorgere o l’aggravio della responsabilità penale di un soggetto, tale assunto vale nella misura in cui si sia in presenza di norme penali sostanziali. Una volta escluso che la disciplina della prescrizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE rivesta natura sostanziale, la conclusione potrebbe essere quella per cui il combinato disposto di direttiva PIF e art. 325 TFUE conduce all’obbligo per i giudici di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie alla norma di scopo (avente – in astratto – effetti diretti) espressa dall’art. 325 TFUE. Come si vede, la Corte di giustizia consegna al giudice del rinvio (la Consulta) una sorta di rompicapo giuridico (aggravato, fra l’altro, dal fatto che la direttiva PIF non è stata approvata sulla base giuridica dell’art. 325, bensì dell’art. 83 TFUE), la cui soluzione potrebbe forse essere rinviata alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva PIF, sperando che nel frattempo il legislatore italiano provveda a riformare la disciplina della prescrizione oggetto delle sentenze *Taricco I* e *Taricco II*.

Quesito n. 2)

L’altro rompicapo giuridico racchiuso delle motivazioni della *Taricco II* è dato dal passaggio (§ 41) in cui la Corte di giustizia afferma che «(s)petta, *in prima battuta*, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione» rispettose dell’art. 325 TFUE (nell’interpretazione datane dalla *Taricco I*). Il che sembra implicare che, “in seconda battuta”, ossia in via suppletiva e a fini di porre riparo all’inerzia legislativa, ai giudici nazionali sia consentito ricorrere alla disapplicazione delle norme nazionali sulla prescrizione onde conformarsi all’art. 325 TFUE. Del resto la Corte di giustizia, in più di un passaggio e nello stesso dispositivo, affida ai giudici nazionali la valutazione sul proprio potere di disapplicare tali disposizioni sulla prescrizione. La Corte UE, per essere più precisi, non dice: siccome le norme sulla prescrizione rientrano, nell’ordinamento italiano, nel diritto sostanziale nazionale, allora è per principio vietato al giudice

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

nazionale disapplicarle, pena la violazione del principio di legalità penale ex art. 49 della Carta di Nizza. Ciò è, in sostanza, quello che normalmente la Corte di giustizia risponde ai giudici nazionali quando questi le chiedono di interpretare una direttiva nel senso di derivarne effetti *in malam partem* contro un soggetto imputato nell’ambito del processo penale pendente ove è insorta la pregiudiziale comunitaria (il caso *Berlusconi docet*: sentenza del 3 maggio 2005, Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02). In questo caso, diversamente, la Corte di giustizia lascia aperta la via della produzione di effetti penali *in malam partem* derivanti dall’art. 325 TFUE, i quali saranno esclusi a discrezione dei giudici nazionali (italiani), qualora essi reputino che una disapplicazione delle norme sulla prescrizione contrarie all’art. 325 TFUE sia affetta da «insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (§§ 59, 62 e 63). Questo passaggio, ripetuto tre volte nella motivazione della *Taricco II*, ha duplice valenza: da un lato, esso vale a escludere la volontà della Corte di giustizia di risolvere la questione precisando il test della *Taricco I*, così da ridurre il margine di discrezionalità lasciato ai giudici nazionali nel dare effetto diretto all’art. 325 TFUE (come pure era stato prospettato da parte della dottrina). E, fin qui, esso assume valenze “pacificatrici” del rapporto con la Corte costituzionale. Da un altro lato, però, tale passaggio ha anche il valore (più ambiguo) di affidare comunque ai giudici nazionali la valutazione (caso per caso?) circa il grado di prevedibilità e determinatezza della norma “creata” dalla *Taricco I*, attraverso l’interpretazione innovativa dell’art. 325 TFUE. Il che spiegherebbe anche l’altro passaggio in cui la Corte di giustizia afferma che la norma formulata nella *Taricco I* non può essere applicata nei «procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA *prima* della pronuncia della sentenza Taricco» (§ 60, corsivo aggiunto). In questo modo, la *Taricco II* riqualifica la *Taricco I* come un “prospective overruling”, a tutela della certezza del diritto. Ma resta, appunto, il dubbio sui poteri del giudice nazionale in assenza del doveroso intervento del legislatore nella delicata materia della prescrizione dei reati contro gli interessi finanziari dell’UE.

Quesito n. 4)

Il rebus precedente potrebbe essere risolto a partire dal fatto che la Corte di giustizia sta rispondendo a un giudice *a quo* tutto particolare, rispetto a una questione insorta (ai sensi dell'art. 267 TFUE) non per la risoluzione di un caso concreto, bensì per la risoluzione di una questione di legittimità costituzionale sulla norma derivata dall'art. 325 TFUE per opera della *Taricco I*. Insomma, sebbene la Corte di giustizia sembri parlare a *tutti* i giudici comuni italiani, nel caso in questione essa sta aiutando la Corte costituzionale a risolvere, *una volta per tutte e nei confronti di tutti i giudici penali italiani*, la questione dell'incostituzionalità parziale della legge d'esecuzione dei Trattati europei, laddove questa pretenda introdurre nell'ordinamento italiano la norma sugli effetti diretti dell'art. 325 TFUE, come formulata dalla *Taricco I*. Starà pertanto alla Corte costituzionale valutare, con presunzione *iuris et de iure*, che il test fornito dalla *Taricco I* per la disapplicazione delle norme sulla prescrizione dei reati per frode sull'IVA è *sempre e comunque* contrario al principio (nazionale e dell'UE) di legalità penale. Veniamo, così, all'ultimo addentellato del rebus, ossia alla forza vincolante della decisione della Consulta che dovrà recepire la sentenza *Taricco II*: non potendo che trattarsi di una sentenza interpretativa di rigetto (e non d'accoglimento, altrimenti salterebbe la logica conciliativa del “dialogo tra corti”), occorre chiedersi se i giudici comuni seguiranno l'interpretazione uniformante della Consulta o preferiranno infilarsi nelle pieghe più ambigue della motivazione della *Taricco II*. Come noto, in passato la Cassazione ha in più di un'occasione mostrato di voler ritenere vincolanti anche le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, ogni qual volta dalla loro motivazione emerge chiaramente che l'interpretazione esclusa contrasti con i parametri costituzionali scrutinati. Si spera che, almeno fino alla scadenza della direttiva PIF, la Cassazione (la cui Sez. III penale ha formulato una delle questioni sfociate nell'ordinanza n. 24/2017), si dimostri pienamente collaborativa con la sentenza interpretativa di rigetto della Consulta che quasi sicuramente chiuderà questa puntata della saga *Taricco*.

Nicola Lupo

Quesito n. 1)

La natura “composita” della Costituzione *quo utimur* presuppone, prima nelle carte fondamentali e poi, soprattutto, nei loro interpreti, la capacità di non assolutizzare i principi e i valori di cui queste si fanno portatori. Così come la Costituzione italiana, nell’art. 11 Cost., riconosce limitazioni alla sua sovranità, i trattati europei accompagnano l’affermazione del primato del diritto UE – peraltro, come è noto, non incluso nei trattati, ma che, come chiarito sin dall’inizio della Corte di giustizia, rappresenta un presupposto ineludibile per la funzionalità dell’ordinamento dell’Unione – con il richiamo sia alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (art. 6, par. 3, TUE), sia alle identità costituzionali di ciascuno Stato membro (art. 4, par. 2, TUE). I trattati europei danno così prova di notevole *self-restraint*: da un lato, inglobando quali “principi generali” del diritto dell’Unione i diritti fondamentali come garantiti dalla Convenzione EDU e come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni; dall’altro, impegnandosi a rispettare le identità nazionali insite nella “struttura fondamentale, politica e costituzionale”, di ciascuno Stato membro.

Allo stesso modo, quando si passa al piano degli interpreti, trovo che la Corte di giustizia, con la sentenza M.A.S., abbia risposto correttamente e, per così dire, “a tono” alla Corte costituzionale. Quest’ultima, infatti, nell’ordinanza n. 24 del 2017, aveva evitato di seguire alcune voci dottrinali che, a mo’ di sirene tentatrici, la spingevano ad affermare aprioristicamente e in chiave appunto assolutizzante un principio costituzionale pur essenziale, il principio di legalità in materia penale, quale “controlimite” da far valere rispetto al diritto dell’Unione; ed aveva preferito chiedere piuttosto alla Corte di giustizia di rivalutare, soprattutto alla luce di una più attenta considerazione delle caratteristiche dell’ordinamento costituzionale italiano, la propria pronuncia nel “caso Taricco”, così dimostrando di voler percorrere pure su questioni spinose quel canale che essa stessa aveva (un po’ tardivamente) deciso di aprire, anche nei

giudizi in via incidentale, con la ordinanza n. 207 del 2013. In modo analogo, nella sentenza M.A.S., la Corte di giustizia ha accuratamente evitato di accodarsi alla lettura assolutizzante dell'ordinamento dell'Unione europea che era stata proposta dall'Avvocato generale Bot – il quale si era spinto a negare, in buona sostanza, che la Corte costituzionale potesse individuare i diritti che compongono l'identità costituzionale italiana ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE e a sostenere che questo compito spettasse alla Corte di giustizia – e, con una motivazione assai accorta ad aggirare i principali scogli, il più irto dei quali era sicuramente quello dei “controlimiti”, sollevato con la terza questione posta dalla Corte costituzionale – ha invece rimeditato l'interpretazione a suo tempo fornita.

In concreto, specie alla luce di quanto si è appena osservato, non mi pare che il temperamento del principio dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea in nome del rispetto dei diritti fondamentali rappresenti un elemento idoneo a destare preoccupazione. Se il riconoscimento dei diritti fondamentali ha un senso nell'ordinamento dell'Unione europea, ciò vuol dire che la loro garanzia deve essere fatta valere, anche a costo di attenuare – come avviene sempre tra principi costituzionali, nella logica del bilanciamento – uno dei principi-cardine su cui quell'ordinamento si è tradizionalmente fondato. I diritti fondamentali, inoltre, secondo quanto affermato dagli stessi trattati, non sono unicamente quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione, ma altresì quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni e persino – vista la natura “composita” della Costituzione europea – quelli che fanno parte delle identità costituzionali di ciascuno Stato membro. Ed è quindi naturale che alla loro interpretazione concorrano attivamente anche i giudici nazionali e *in primis*, ove esistenti, le Corti costituzionali.

Del resto, una volta che le norme UE incidono, per effetto del cammino fatto dal processo di integrazione europea, su settori assai delicati e sulla sfera di libertà e di dignità della persona, è comprensibile che le logiche del primato del diritto UE, che si sono affermate quando queste riguardavano pressoché esclusivamente la formazione del mercato interno, divengano più articolate e, per così dire, meno lineari. Non pare questa, come si evince dalle succitate disposizioni dei trattati, la volontà del diritto primario dell'Unione, e sarebbe curioso se l'apodittica affermazione del primato del diritto

UE fosse tale da potersi estendere in modo indiscriminato e assolutizzante, comprimendo i diritti fondamentali dei cittadini, per come garantiti (storicamente, anzitutto) dalle Costituzioni nazionali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Quesito n. 2)

Un’altra delle indicazioni generali che si possono trarre, sin qui, dalla “saga Taricco” consiste nel fornire l’ennesima conferma di un elemento che dovrebbe essere pacifico, e che invece non lo è: ossia, che la tutela dei diritti fondamentali non spetta esclusivamente ai giudici, nazionali o europei che siano, ma richiede un contributo essenziale anche da parte del legislatore.

L’idea – affermata soprattutto negli Stati Uniti, ma che ha avuto notevole seguito anche presso la dottrina italiana – secondo cui la tutela dei diritti fondamentali sia affare pressoché esclusivo dei giudici sta mostrando, in questi anni, tutti i suoi limiti. Specie allorquando i giudici siano giudici comuni, sprovvisti perciò – in Italia come nella maggior parte degli Stati membri dell’UE, che adottano sistemi accentrati di giustizia costituzionale – della possibilità di dichiarare invalida una legge con efficacia *erga omnes*, ma anche laddove si tratti di giudici costituzionali, il loro intervento spesso non è sufficiente, da solo, ad assicurare un’adeguata tutela dei diritti fondamentali.

Resta perciò essenziale, sia sul piano teorico, sia, soprattutto, in concreto, che il legislatore non rinunci al proprio ruolo di soggetto chiamato ad inverare e ad attuare i diritti fondamentali “in prima battuta”, lasciando poi ai giudici, costituzionali e non, il compito di valutare, di regola “in seconda battuta”, se e in che misura la tutela apprestata dal legislatore risulti essere adeguata e in linea con le enunciazioni contenute – a seconda delle fattispecie concrete in giudizio – nella Convenzione EDU, nella Carta dei diritti fondamentali o nella Costituzione italiana. Certo, se poi il legislatore, come purtroppo è spesso accaduto nel caso italiano, sulle questioni più delicate tace, non fornendo nessun tipo di tutela in particolare ai “nuovi” diritti fondamentali, a quel punto è inevitabile che lo spazio

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

per il potere giurisdizionale, in tutte le sue articolazioni, finisca per ampliarsi, e non di poco.

La “saga Taricco”, in fondo, nasce proprio per un’azione quanto meno poco accorta e poco consapevole da parte del legislatore italiano, il quale, con la legge 5 dicembre 2005, n. 251 (nota anche come “ex Cirielli”), modificò la disciplina sui termini di prescrizione, in senso riduttivo, sostituendo integralmente l’art. 157 del codice penale (con la finalità, come è noto, anche di incidere su processi in corso, tra cui il processo IMI-SIR, che vedeva tra gli imputati l’allora deputato Previti).

Ebbene, uno degli elementi innovativi della sentenza M.A.S. rispetto alla sentenza Taricco consiste proprio nel chiarire come gli obblighi di cui all’art. 325 TFUE si riferiscano anzitutto al legislatore, prima che al giudice nazionale: “spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall’art. 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco” (sentenza M.A.S., punto 41). In questa chiave, tra l’altro, la Corte di giustizia può giustificare meglio quel riferimento al “numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA”, che, come la Corte costituzionale ha correttamente sottolineato, comporta una valutazione discrezionale difficilmente richiedibile ad un giudice, ma del tutto ammissibile ove rivolta, invece, al legislatore.

Quesito n. 3)

Il quesito credo sia da indirizzare soprattutto agli studiosi di diritto penale. Ad ogni modo, proprio l’intervento del legislatore europeo in materia, con la Direttiva (UE) 2017/1371, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, mi pare rappresentare un’ottima occasione per affrontare, ed auspicabilmente per sciogliere un nodo di fondo dell’ordinamento italiano. Ed è importante che su tale nodo – a regime e *pro futuro* – sia chiamato ad esprimersi anche, e forse per primo, il legislatore, ora che è tenuto a recepire la direttiva.

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

Laicamente, ritengo che, come spesso accade, alcuni istituti tradizionali dell’ordinamento italiano debbano fare i conti con i condizionamenti derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea: condizionamenti che non derivano unicamente dal diritto UE, ma anche da quelle che sono le opzioni prevalenti negli altri Stati membri. A ennesima conferma che le tradizioni (costituzionali e non) comuni contano e che un ruolo essenziale spetta, nell’analizzarle, al diritto comparato.

Un’altra importante novità, anch’essa proveniente dal legislatore europeo, deriva dalla recente istituzione, grazie ad una cooperazione rafforzata, della “procura europea”: il riferimento è al Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea («EPPO»). È evidente come anche tale opzione spingerà nella direzione di una più marcata armonizzazione delle norme penali e di procedura penale tra i (venti) Paesi aderenti.

Quesito n. 4)

Ho pochi dubbi sul fatto che la Corte costituzionale abbia accolto positivamente l’esito della sentenza M.A.S., e mi immagino perciò una decisione che ne confermi le linee interpretative di fondo (anche se su quale sia il dispositivo più idoneo le soluzioni possono essere diverse). Quel che conta è che la via – che inizialmente poteva apparire assai stretta – volta ad evitare la contrapposizione frontale con la Corte di giustizia, e con l’ordinamento dell’Unione europea, ma a far presente, con chiarezza, le proprie posizioni e i principi che operano nell’ordinamento italiano, peraltro in coerenza con la Convenzione EDU e con la stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, è risultata assolutamente vincente e ha portato la Corte di giustizia, se non a rinnegare quanto già affermato, quando meno a precisarlo meglio e ad attenuare alcuni eccessi.

Più in generale, ha pagato la scelta della Corte costituzionale, compiutasi appieno solo a partire dalla già ricordata ordinanza n. 270 del 2013, di superare quello che era stato a lungo una sorta di tabù, e di attivare il confronto diretto con la Corte di giustizia, mediante la procedura del rinvio pregiudiziale. Non dobbiamo dimenticarci che in

questa procedura è fondamentale *come* viene formulata la domanda alla Corte di giustizia, e altresì, in certa misura, *chi* la pone. Si discute tanto – a mio avviso anche troppo – del “diritto all’ultima parola”, ma spesso nel dialogo tra i giudici conta di più chi ha (perché gli spetta, o perché se la prende da solo) la prima parola, e riesce così a delineare correttamente il nodo interpretativo e a porre un quesito che conduca ad una certa gamma di soluzioni piuttosto che ad altre. Del resto, come è noto, in un ordinamento pluralistico e a più livelli, l’ultima parola finisce, un po’ paradossalmente, per non averla nessun giudice, mentre il giudice che parla per primo ha l’opportunità di delineare le questioni giuridiche, di inquadrarle e, spesso, anche di suggerire una o l’altra risposta, nel proprio ordinamento e talvolta pure al di fuori di questo.

Appunto in questa chiave, sempre con riferimento alla “saga Taricco”, va ricordato che la questione pregiudiziale originariamente sollevata (dal Tribunale di Cuneo) non aveva ben centrato il nodo: essa si riferiva, infatti, all’interpretazione degli artt. 101, 107 e 119 TFUE, nonché dell’art. 158 della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto. È stata perciò la Corte di giustizia a dover riformulare una delle quattro questioni sottoposte referendola, sulla base della motivazione dell’ordinanza, alla più generale compatibilità del diritto UE, e quindi con l’art. 325 TFUE (punti 35-37 della sentenza Taricco). Ed è probabile che tutto questo non abbia agevolato lo svolgimento di un adeguato lavoro preparatorio della sentenza in questione, anzitutto per quel che concerne le parti di quel giudizio, in particolare quanto alle sue ricadute sull’ordinamento italiano.

In questo contesto, mi pare più che comprensibile che – non a caso, pochi giorni dopo la sentenza M.A.S. della Corte di giustizia – la Corte costituzionale abbia inserito, nella motivazione della sentenza n. 269 del 2017, un *obiter dictum* assai significativo (e nel quale richiama sia tale pronuncia, sia la sua ordinanza n. 24 del 2017, che la aveva originata), evidentemente volto ad assicurare un suo maggiore coinvolgimento, rispetto al passato, nell’interpretazione e nell’attuazione della carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Forum su “*La saga Taricco a una svolta:
in attesa della decisione della Corte costituzionale*”

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

Finora, a questo proposito, il ruolo più significativo lo hanno giocato – nell’ordinamento italiano – i giudici comuni. Era stata, del resto, la stessa Corte costituzionale a chiamarsi in qualche modo fuori dal confronto, rifiutandosi di percorrere la via del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia, invitando i giudici comuni a farlo e, in quegli stessi anni, altresì liberandosi con lo strumento dell’inammissibilità di una serie di delicate questioni aventi ad oggetto la garanzia di diritti fondamentali. Ora, forte anche dell’esito, come si è visto assai incoraggiante, della “saga Taricco”, la Corte costituzionale pare intenzionata a rientrare nella partita e a esercitare il ruolo che, in un sistema a controllo accentrato di legittimità costituzionale delle leggi, le spetta. Va da sé che, poi, questo ruolo dovrà essere in grado di svolgerlo anche in pratica, e non solo in teoria, in modo equilibrato ed efficace – come a mio avviso ha fatto nella “saga Taricco” – se non vorrà rischiare di essere nuovamente collocata ai margini del circuito di garanzia dei diritti fondamentali in Europa. Da costituzionalista, e da italiano, non posso che augurarmi che ci riesca, perché è presumibile che in tal modo i principi e i valori della Costituzione del 1948 potranno trovare ingresso, in chiave non assolutizzante, nella Costituzione “composita” dell’Unione europea.

Vittorio Manes e Nicola Recchia

Quesito n. 1)

La vicenda *Taricco* rappresenta un decisivo spartiacque nei rapporti tra diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali e nelle relazioni tra Corte di giustizia e corti costituzionali interne. “*Primaute*”, “effetti diretti”, controlimiti, differenti *standard* di tutela dei diritti fondamentali, sino al profilo dell’identità nazionale, e di chi debba esserne custode: non vi è tema portante del processo di integrazione europea che non sia stato toccato da questa vicenda.

Nella tappa più recente – e forse maggiormente significativa – della “saga”, la Corte di giustizia ha scelto di fare un passo indietro rispetto al *judicial adventurism* della decisione

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

Taricco, scongiurando dunque un conflitto con la Corte costituzionale, che aveva con molta chiarezza – e con garbata perentorietà – segnato i confini della “tolleranza costituzionale”.

L’*esprit d’escalier* indotto dall’ordinanza n. 24 del 2017 ha preso corpo, nella sentenza *M.A.S.* (o *Taricco II*), nella facoltà rimessa al giudice domestico di disattendere l’obbligo di disapplicazione della disciplina interna precisato nella sentenza *Taricco*, in particolare ove tale “obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene”, e ciò anche “qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione” (§ 61).

Chiaro, quindi, il “canone inverso” rispetto a *Taricco*, e il contrappunto rispetto ad un obbligo di disapplicazione comunque riaffermato in linea di principio.

Chiara anche l’urgenza politica che ha mosso la Grande Sezione, che sembra aver percepito di essere di fronte ad un bivio vertiginoso, o forse ad un autentico *one shot game*: dove ribadire l’efficientismo dell’armonizzazione comunitaria, *coûte que coûte*, avrebbe potuto avere conseguenze rovinose per il lungo e faticoso terreno guadagnato sul campo dell’armonizzazione penale. A questo bivio, dunque, meglio accettare una parziale – ma sostanziale – inversione di rotta: (non *mors*, bensì) *vita tua, vita mea*.

Senonché, come spesso capita, l’urgenza politica ha messo in ombra le ragioni giuridiche, e da questo punto di vista la pronuncia della Grande Sezione potrebbe non apparire un “*grand arrêt*”.

Non appare così chiara, infatti, l’argomentazione su cui si fonda la “retromarcia” e soprattutto più difficile è comprendere come quest’ultima sentenza debba essere letta rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte e, in primo luogo, rispetto al precedente *Melloni*: precedente, quest’ultimo, neppure citato dalla sentenza *M.A.S.*, che del resto non fa alcun riferimento esplicito all’art. 53 della CDFUE.

Potrebbe forse valere a spiegare questa decisione, in rapporto al diverso esito della vicenda *Melloni*, quanto già affermato dalla nostra Corte costituzionale, così che il *discrimen* tra i due casi, e dunque la possibilità o meno di opporre al primato del diritto

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

europeo la necessità di tutelare standard costituzionali più elevati di tutela dei diritti fondamentali, andrebbe riconnessa all'avvenuta armonizzazione o meno dell'ambito nel quale si interviene. In questa prospettiva, la Corte di giustizia sembrerebbe implicitamente riconoscere che in un ambito nel quale non vi è stato nessun intervento da parte del legislatore europeo (nell'ambito della competenza concorrente prevista dal Trattato), e quindi in presenza di una disciplina esclusivamente nazionale, deve riconoscersi a ciascun ordinamento anche una maggiore discrezionalità nella scelta dello *standard* di tutela nel medesimo ambito dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento interno. In quest'ottica, potrebbe allora forse leggersi la volontà della Corte di giustizia di limitare il *decisum* alla data della vicenda *Taricco* e dunque a prima che, attraverso la direttiva PIF, si provvedesse a livello europeo all'armonizzazione di questa materia (cfr. §§ 44 s.); a ricordare dunque che da quel momento sarà da applicarsi la diversa e più stringente giurisprudenza *Melloni*.

In ogni caso, e quali che siano i motivi alla base del *distinguishing* della Corte di giustizia rispetto al caso *Melloni*, si può constatare che, pur nella diversità dei casi, quella posizione così *tranchante* rispetto alla possibilità di una maggiore tutela dei diritti fondamentali – e il sostanziale aggiramento dell'art. 53 della Carta che la ispirava – abbia trovato nella sentenza in esame un'altra rilevante battuta d'arresto, dopo l'altra e importante smentita avutasi nel caso *Aranyosi e Căldăraru*. Possibile che questa respiscenza sia stata sollecitata dalla levata scudi che alla sentenza *Melloni* hanno opposto autorevoli tribunali costituzionali europei e, da ultimo nel caso *Taricco*, dalla nostra Corte costituzionale; e solo il successivo evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia dirà se si tratta di un *trend* di maggiore tutela degli standard più elevati di tutela dei diritti fondamentali che andrà consolidandosi, facendo della *primauté* del diritto europeo un valore certo essenziale, ma mai tirannico per i *Grundrechte*.

Difficile però sfuggire all'impressione che la cooperazione giudiziale in materia penale – la vera forza motrice dell'armonizzazione eurounitaria *in criminal matters* – sia un ambito più gelosamente custodito dalla Corte di Lussemburgo, che appare

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

meno disposta tollerare resistenze nazionali, ancorché di tono costituzionale.

Quesito n. 2)

Come si sa, la sentenza *Taricco* è apparsa a molti una “rivoluzione copernicana”, e “sovversiva” rispetto agli stessi tracciati giurisprudenziali della Corte di giustizia, per l’inedito riconoscimento di un effetto diretto all’art. 325 TFUE, con ricadute *in malam partem* sul trattamento penalistico del singolo. Avevamo osservato, al riguardo, come si giungesse in tal modo a “snaturare, in sostanza, la stessa teoria degli effetti diretti, originariamente affermata per non far ricadere sugli individui l’inadempimento statale, e qui trasformata nel suo esatto contrario, facendo sorgere proprio dall’inadempimento statale un aggravamento della situazione giuridico-penale dei singoli, con l’effetto di soggiogare all’armonizzazione gli stessi diritti fondamentali”.

Proprio su questo punto, è noto, la Corte costituzionale nell’ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia, aveva deciso di fare *epoché*, “non pone[ndo] in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell’art. 325 del TFUE”, forse per evitare affermazioni eccessivamente impegnative, e troppo sospinte *in munere alieno*.

Solo ad un primo sguardo superficiale, nulla parrebbe mutato anche dopo la sentenza *M.A.S.* della Corte di giustizia, che si premura di ribadire in tutta la prima parte della sentenza la perdurante validità di quanto già affermato nella sentenza *Taricco* e, innanzitutto, del riconoscimento degli effetti diretti promananti dall’art. 325 del TFUE (cfr. § 39).

Eppure, a leggere la sentenza della Corte di giustizia, con difficoltà si riescono a scorgere i tratti caratterizzanti dell’effetto diretto, che appare sempre più, una creatura proteiforme che la Corte, volta a volta, afferma o nega.

In primo luogo – come si è visto – il potere/dovere di disapplicazione del giudice interno, da sempre “automatico” nelle ipotesi di primato della norma europea sulla confliggente norma

nazionale, incontra un limite invalicabile nella necessità di rispettare il principio di legalità dei reati e delle pene (cfr. § 61).

Inoltre, e soprattutto, a scontrarsi con il riconoscimento dell'effetto diretto per l'art. 325 TFUE, è la stessa ammissione da parte della Corte di giustizia che “spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco” (cfr. § 41). La stessa Corte di giustizia, dunque, riconosce l'indispensabile intermediazione del legislatore, implicitamente accettando l'impossibilità di “duettare” soltanto con il giudice interno attraverso il binomio effetto diretto/disapplicazione, evocando, quantomeno come monito, il diverso scenario della procedura di infrazione. Non a caso il necessario intervento del legislatore è ancora una volta richiamato in sentenza allorché si riconosce che il giudice nazionale possa disattendere l'obbligo di disapplicazione (cfr. ancora § 61), quasi a ricordare che l'obbligo di fonte europea, se non adempiuto dalla giurisprudenza, incombe pur sempre nei confronti dello Stato italiano e dunque del suo legislatore. Si tratta d'altronde di una soluzione che era stata da subito prospettata in dottrina come la più adeguata ad emendare l'(asserita) asimmetria nel caso in esame, ed alla quale la stessa Corte costituzionale aveva fatto implicitamente riferimento, richiamando essa stessa il legislatore nazionale ad una verifica della conformità della disciplina in materia di prescrizione rispetto al diritto dell'Unione europea.

Ciò che sembra emergere, in sostanza, è che gli “effetti diretti” sono una categoria “a geometria variabile”, che si estende o restringe a seconda dei diversi ambiti (civile, amministrativo, penale), risentendo del maggior o minore attrito con i diritti fondamentali, sino ad annichilirsi al cospetto di settori fortemente *rights sensible* come il diritto penale.

Quesito n. 3)

Il paragrafo 45 della decisione della Corte di giustizia è sicuramente quello che, in prospettiva, potrebbe suscitare nuove

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

tensioni tra rispetto del primato del diritto dell’Unione e salvaguardia del nucleo duro dei diritti fondamentali tutelati dalla nostra Carta costituzionale, come interpretati dalla Corte costituzionale. Nell’osservare che “la Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene”, la Corte di giustizia lascia intendere che a seguito dell’avvenuta armonizzazione del regime della prescrizione rispetto ai reati in materia di IVA avvenuto ad opera della direttiva PIF, spetterebbe ad essa e non più alla Repubblica italiana definire il regime della prescrizione, con la ovvia conseguenza che, come già anticipato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*, tale regime possa essere quello meno favorevole per il reo discendente da un inquadramento di natura processuale.

Come si sa, le affermazioni delle Alte corti spesso hanno cadenze “oracolari”, con tutta l’ambiguità tipica di chi “non dice, non nega, ma accenna”.

In ogni caso, tale presa di posizione – se pur, per così dire, *pro futuro* della Corte di giustizia – non può che destare perplessità laddove sia da mantenere salda la direttrice, come appunto in questa decisione, di evitare contrapposizioni con la sagoma costituzionale interna delle garanzie fondamentali. Sul regime della prescrizione, infatti, la nostra Corte costituzionale, anche richiamando l’analoga catalogazione in altri Stati membri dell’Unione europea, ha confermato con parole chiare e difficilmente revocabili come questo debba ritenersi quello proprio del diritto penale sostanziale.

A prescindere dalle ricadute conflittuali che tale presa di posizione può avere nel rapporto tra Curia e corti domestiche, l’assunto non sembra convincere già nel merito.

Infatti. La direttiva PIF, nella previsione di cui all’art. 12, offre certamente un’armonizzazione minima della disciplina della prescrizione, tra l’altro chiaramente limitata ai soli reati riconducibili all’ambito di applicazione della direttiva; altro è però ritenere, come pare fare la Corte di giustizia, che da questa disciplina minima, riguardante sostanzialmente i termini minimi di prescrizione per un ristretto novero di reati, si possa desumere il regime sostanziale o

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

processuale della prescrizione, che molto più ragionevolmente dovrebbe comunque essere vagliato alla luce della complessiva disciplina dell'istituto della prescrizione nella “parte generale” di ciascun ordinamento.

A monte, la Corte di giustizia non sembra considerare che il regime sostanziale o processuale della prescrizione non riflette solo mutevoli scelte *quoad disciplinam*, ma attinge alle ragioni di tutela sottese ai corollari del principio di legalità penale, e all'opportunità che le stesse si estendano o meno a tale istituto, come disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. In nulla muta l'attuale contesto per via dell'armonizzazione minima della disciplina della prescrizione, poiché la frattura tra Corte costituzionale e Corte di giustizia corre sul diverso crinale dell'interpretazione del principio di legalità e dell'estensione delle sue ragioni di garanzia anche alla prescrizione: e per la nostra Corte, come si sa, la prescrizione – almeno sino alla recente riforma – è sempre stata “sostanza della legalità penale, e non semplice morte del processo”.

Quesito n. 4)

Nelle letture successive alla decisione *Taricco* della Corte di giustizia molto si è giustamente discusso circa i due differenti obblighi generati in capo al giudice nazionale. Da un lato, quelli originati dall'ipotesi che la “normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea”, diretta emanazione del principio di effettività; dall'altro, quelli riconducibili all'ipotesi che essa “preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea”, sulla base del principio di assimilazione.

Al riguardo, si è da più parti sottolineato che tali differenti ipotesi implicavano distinti profili di criticità, interpellando in modo diverso principi e garanzie costituzionali del nostro ordinamento.

Eppure, sia le diverse ordinanze che sollevavano questione di legittimità costituzionale, sia soprattutto l'ordinanza della Corte costituzionale hanno valorizzato in primo luogo aspetti pertinenti al principio di effettività, lasciando in ombra il tema del diverso obbligo derivante dal principio di assimilazione, sul quale minori parevano i problemi da affrontare. Difficile dire se questa dimenticanza possa essere letta semplicemente come un implicito disconoscimento della fondatezza dei problemi di legittimità costituzionale posti dal secondo genere di obbligo per il giudice interno. È evidente, tuttavia, che anche la risposta della Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S.* non ha ulteriormente insistito su una trattazione distinta di tali obblighi, accettando di fatto che su entrambi possa abbattersi il giudizio di non conformità del relativo adempimento rispetto alle garanzie costituzionali.

È verosimile che la Corte costituzionale - non differenziando anch'essa tra i due obblighi posti dalla decisione *Taricco*, sul solco della decisione *M.A.S.* - sterilizzi ogni ipotesi di disapplicazione *tout court* della disciplina della prescrizione, valorizzando anche gli interventi legislativi di riforma della stessa successivi alla vicenda *Taricco*, demandando ulteriormente proprio al legislatore il compito di verificare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia la conformità della disciplina interna della prescrizione al diritto dell'Unione europea. Se davvero la Corte costituzionale, come pare in realtà già implicito dall'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia, vorrà dichiarare, in sede accentrata, una generalizzata contrarietà degli obblighi di disapplicazione incombenti sul giudice interno con il principio di legalità penale come da essa interpretato, pare difficile pensare ad un ruolo protagonista del giudice ordinario, che a quel punto difficilmente potrebbe sostituire il proprio giudizio a quello della Corte costituzionale su una materia tanto delicata quale la violazione del nucleo duro del principio di legalità penale.

Ma il seguito della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza di merito - come si sa - è volubile e capriccioso: tanto più - viene da pensare - quando ci si troverà al cospetto di una sentenza “interpretativa dell'interpretazione”.

Laura Montanari

Quesito n. 1)

Riflettendo sui rapporti tra le Corti, e prima ancora tra i sistemi, alla luce dell’ordinanza di rinvio della Corte costituzionale 24 del 2017 ci si può domandare se essa costituisca un tentativo di accomodamento funzionale alla gestione del pluralismo all’interno dell’Unione o non piuttosto il tassello di un processo – più ampio – di resistenza al processo di integrazione europea, con particolare riferimento al funzionamento di quello che viene definito il “sistema integrato” di protezione dei diritti.

E’ innegabile che nella sua ordinanza la Corte costituzionale cerchi di individuare degli aspetti o comunque faccia delle affermazioni finalizzate a ricondurre il suo intervento nell’alveo della “leale collaborazione”, nella prospettiva del dialogo tra Corti di cui sempre si discute. L’obiettivo parrebbe essere quello della ricerca del pluralismo sostenibile nell’ambito dell’Unione, laddove si afferma che «Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell’unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) *nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)*. In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri» (p. 9, corsivo aggiunto).

In questo contesto, la scelta di proporre un rinvio pregiudiziale è stata vista - anche dagli autori più critici sulle scelte della Corte - come un elemento positivo, volto ad evitare uno scontro diretto quale quello che sarebbe derivato dall’applicazione immediata dei “controlimiti” con la conseguente dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato di Lisbona.

La decisione della Corte di giustizia del 7 dicembre 2017 sembrerebbe dare ragione a questa lettura, nel momento in cui i giudici di Lussemburgo, disattendendo l'approccio critico sviluppato nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, hanno scelto di “precisare” la propria precedente posizione alla luce di una ridefinizione del quadro normativo di riferimento nazionale. Sarà, dunque, la Corte costituzionale a dover conclusivamente “tirare le fila” di questo confronto, tenendo conto dell'apertura alla ricerca di un punto di equilibrio che i giudici europei hanno dimostrato.

Un esempio positivo, dunque, di dialogo? Una situazione in cui la forte presa di posizione della Corte costituzionale ha contribuito a rafforzare la tenuta del sistema europeo di protezione dei diritti? Pur senza voler escludere questa positiva interpretazione della vicenda, mi propongo in questo breve intervento di cercare di collocarla in un quadro più ampio, da cui a mio parere può emergere una lettura più problematica dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale. Vi sono alcune recenti decisioni che riguardano differenti contesti del rapporto con il “diritto esterno” che possono essere lette in modo coordinato. Il riferimento è alla sentenza 238 del 2014 rispetto al diritto internazionale; alla sentenza 49 del 2015 rispetto alla Convenzione europea; all'ordinanza 24 del 2017 rispetto al diritto dell'Unione europea, cui si aggiunge da ultimo la sentenza 269 del 2017.

Nel primo caso, com'è noto, la Corte costituzionale ha attivato per la prima volta i controlimiti per contestare l'applicazione, ex art. 10 Costituzione, di una norma di diritto internazionale generale interpretata dalla Corte internazionale di giustizia, mentre nel secondo pur non pronunciandosi nel merito (contestando la formulazione della questione di costituzionalità) la Corte ha cercato di circoscrivere la vincolatività della sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le due decisioni relative al rapporto con il diritto dell'Unione sembrano esprimere il tentativo di ridefinire l'articolarsi dei rapporti tra i giudici (ma inevitabilmente anche tra i sistemi) – a distanza di oltre vent'anni dalla nota decisione *Granital* – superando la posizione di emarginazione (o meglio autoemarginazione) in cui la Corte costituzionale di era trovata rispetto al dialogo con i giudici di Lussemburgo.

La volontà della Corte di reinserirsi nel circuito che negli anni aveva visto soprattutto i giudici comuni come giudici europei confrontarsi con la Corte di giustizia è certamente importante per il pieno funzionamento del sistema giurisdizionale dell'UE. Tuttavia il contesto generale cui ho fatto cenno sembra indicare una prospettiva prevalentemente “nazionale”. Nonostante la Corte ribadisca in più occasioni il rispetto del primato del diritto dell'Unione, nello stesso tempo sembra affermare la possibilità/doverosità di svolgere un controllo sulle condizioni dello stesso, sulle condizioni affinché possa essere fatto valere a livello nazionale. E su questo è la Corte costituzionale ad avere l'ultima parola. L'ampio *obiter dictum* della sentenza 269 del 2017 precisa ulteriormente questa prospettiva riservando alla Corte costituzionale il controllo – pressoché esclusivo – in materia di tutela dei diritti, anche laddove sia applicabile la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Collocata in questo quadro, la decisione della Corte costituzionale nel caso *M.A.S.* dopo la sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale offrirà certamente delle indicazioni importanti per comprendere in quale prospettiva si stiano sviluppando i rapporti tra le Corti.

Quesito n. 2)

Come accennato al punto precedente, nella decisione del dicembre 2017 la Corte di giustizia, pur ribadendo i contenuti della decisione *Taricco* del 2015, adotta una soluzione che permette di individuare dei percorsi idonei ad evitare che nella sua applicazione sorgano conflitti con i principi inviolabili dell'ordinamento italiano così come delineati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio.

L'argomentazione della Corte prende in considerazione sia il ruolo giudici nazionali sia quello del legislatore. Quanto a quest'ultimo, è molto forte il richiamo («spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale...» p.to 41) alla necessità che l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'ordinamento dell'Unione si realizzi innanzitutto attraverso l'intervento normativo, che offra strumenti adeguati agli operatori del diritto, giudici compresi. Ed è proprio nell'ambito di questa riflessione - anche

tenuto conto dell'avanzamento del processo di armonizzazione della disciplina al momento dell'adozione della decisione *Taricco* - che la Corte lascia aperto lo spazio alla qualificazione di carattere sostanziale della prescrizione, con le conseguenti ricadute sul piano dell'applicazione di principi inviolabili.

Tuttavia, fatta questa premessa, la Corte conferma il ruolo fondamentale dei giudici nazionali nel sistema europeo. Se già in apertura della decisione la Corte di giustizia si era soffermata sul ruolo del rinvio pregiudiziale al fine di instaurare il dialogo tra i giudici essenziale per assicurare «l'unità di interpretazione de diritto dell'Unione nonché la coerenza, l'efficacia e l'autonomia di tale diritto» (v. p.ti 22-24), nell'affrontare il merito delle questioni sollevate dalla Corte costituzionale i giudici di Lussemburgo ribadiscono il compito dei giudici nazionali di verificare – nel caso sottoposto al loro esame - il rispetto del diritto dell'Unione ed eventualmente non applicare le norme interne in conflitto.

Nella vicenda in esame, tuttavia, a fronte della complessità del quadro normativo di riferimento ai giudici nazionali è richiesta una particolare attenzione nel verificare che la disapplicazione delle disposizioni del codice penale non porti alla violazione dei diritti fondamentali delle persone accusate.

Qui l'argomentazione della Corte si fa particolarmente complessa, al fine di contemperare il rispetto degli standard di tutela dei diritti fondamentali (che comprendono in questo caso anche il principio di legalità dei reati e delle pene) – nazionali ma anche discendenti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE – e il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (p.to. 47). Proprio partendo dal ragionamento sulla libertà del legislatore nella qualificazione della prescrizione (almeno sino all'adozione della Direttiva UE 2017/1371), la Corte di giustizia può affermare che «i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA» (p.to 58). Di conseguenza, se l'applicazione della sentenza *Taricco*, in punto di determinazione del regime di prescrizione applicabile, portasse ad una violazione del principio di determinatezza della legge applicabile, «... il giudice

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione» (p.to 59).

La sentenza dunque conferma il ruolo centrale dei giudici nazionali, come giudici europei, nell'assicurare il rispetto del diritto dell'Unione, disapplicando nel caso il diritto interno in conflitto o non disapplicandolo, nonostante il rilevato conflitto, quando ciò porterebbe ad una lesione dei diritti fondamentali e dei principi inviolabili... propri dell'Unione (e non solo dell'ordinamento nazionale).

Quesito n. 3)

Il quesito pone in gioco la riflessione da tempo sviluppata dai penalisti sulla natura dell'istituto della prescrizione, rispetto alla quale non ritengo di intervenire. Mi sento tuttavia di poter svolgere una considerazione alla luce di quanto rilevato al precedente punto 2).

Discutendo di questo tema, un amico avvocato – per rafforzare la giustificazione l'attinenza al diritto sostanziale della prescrizione - mi ricordava le parole di Cesare Beccaria secondo cui «Le leggi devono fissare un certo spazio di tempo, sì alla difesa del reo che alle prove de' delitti. Il giudice diverrebbe legislatore se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare un delitto» (C. Beccaria, Dei delitti e delle pene, Cap. XXX).

L'aspetto che voglio sottolineare, anche a partire da questa frase, è il ruolo fondamentale del legislatore in questo ambito. Probabilmente il caso *Taricco* - che forse in futuro verrà ricordato tra i casi più rilevanti per la definizione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea – non sarebbe sorto se le scelte legislative nella materia controversa fossero state più ponderate e avessero cercato di tenere in considerazione tutti gli interessi in gioco, compresi quelli propri dell'Unione europea.

Quesito n. 4)

Come si è cercato di evidenziare, la decisione della Corte di giustizia pare esprimere la ricerca di un punto di equilibrio al fine di

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

evitare che il conflitto con l’ordinamento italiano porti all’attivazione dei controlimiti paventata dalla Corte costituzionale, senza mettere in discussione però l’impostazione classica dei rapporti tra sistemi e tra giudici.

Nella complessa motivazione dei giudici di Lussemburgo – che come si è visto tocca il ruolo dei giudici e quello del legislatore – è l’incertezza del quadro normativo, o meglio la libertà che l’ordinamento italiano aveva al momento della controversia per la qualificazione della prescrizione, a giustificare l’interpretazione della decisione *Taricco*. Interpretazione che può condurre, nel caso concreto, ad escludere la disapplicazione della norma interna, pur riconosciuta in contrasto con l’art. 325 TFUE. Si tratta di una soluzione di compromesso, che permette alla Corte di ribadire comunque i criteri di riferimento applicati nella sua precedente giurisprudenza, anche in casi particolarmente controversi come la decisione *Melloni* o il parere sull’adesione dell’Unione alla Cedu (v. punto 47).

La questione torna ora nel campo della Corte costituzionale, che dovrà valutare se e in che termini accogliere le aperture della Corte di giustizia. La decisione 269 del 2017 di poco successiva sembra in realtà dischiudere una prospettiva nuova e non priva di aspetti problematici.

Nel chiarire la pronuncia di inammissibilità di una delle questioni alla base del giudizio di costituzionalità - dovuta alla mancata valutazione da parte del giudice *a quo* dell’eventuale conflitto delle norme impugnate con il diritto dell’Unione – la Corte sviluppa, infatti, un’articolata analisi dei compiti spettanti ai giudici comuni di fronte ad un eventuale contrasto tra la norma interna e il diritto dell’UE. In una prima parte, la Corte riprende la sua giurisprudenza dove vengono distinte le situazioni a seconda che si tratti di norme europee dotate oppure prive di efficacia diretta. Nella seconda parte affronta un aspetto “nuovo” (per quanto siano passati ormai dieci anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona), quello cioè del rilievo assunto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Secondo la Corte «[f]ermi restando i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata

di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale» (p.to 5.2.).

Tale considerazione porta con sé una serie di corollari che nella sostanza mettono in discussione, in relazione ai diritti, proprio quel primato e quell'effetto diretto appena ricordati. In sintesi due sono le indicazioni più rilevanti che si possono trarre dall'argomentazione della Corte. Innanzitutto si afferma che laddove vengono in gioco i diritti della persona la sede di decisione non può che essere la Corte costituzionale, le cui sentenze hanno efficacia *erga omnes*, pena l'introduzione di un sindacato diffuso in relazione alla tutela dei diritti non previsto nel nostro ordinamento. Conseguentemente, si precisa che se il giudice comune si trova di fronte ad un'ipotesi di “doppia pregiudizialità”, differentemente da quanto sino ad oggi stabilito in via generale da una consolidata giurisprudenza, dovrà sollevare innanzitutto la questione di costituzionalità (ferma restando la possibilità di promuovere il rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione e di validità del diritto UE sulla base dell'art. 267 TFUE).

In questi casi «[l]a Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito» (p.to 5.2.).

Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente l'analisi, ma anche dai pochi cenni che si sono fatti emerge il tentativo della Corte di recuperare a sé il controllo sul rispetto dei diritti, anche nei casi in cui gli stessi siano disciplinati dalla Carta dei diritti fondamentale dell'UE, che pur gode della stessa posizione giuridica dei Trattati istitutivi dell'Unione.

La domanda che mi pongo è se non sia possibile o forse necessario, in un momento così difficile del processo di integrazione europea, cercare di valorizzare la tutela dei diritti a livello europeo, piuttosto che enfatizzare, fosse anche solo sul piano simbolico e non pratico, quella nazionale. Nella decisione della Corte costituzionale riemerge tra l'altro la distinzione tra le libertà economiche, che connotano sin dall'origine l'UE, la cui tutela spetta principalmente alla

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

Corte di giustizia, e gli altri diritti e libertà fondamentali che anche se riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione devono essere comunque difesi innanzitutto a livello nazionale, in ultima istanza dalla Corte costituzionale. Gli stessi giudici comuni che attraverso il rinvio pregiudiziale hanno svolto un compito fondamentale per lo sviluppo del processo di integrazione europeo dovrebbero dunque fermarsi laddove entrano in gioco i diritti fondamentali.

Si tratta – e me ne scuso – di poche considerazioni “fatte di getto”, più per sollecitare la discussione che per argomentare in modo approfondito un ragionamento sulla giurisprudenza della Corte costituzionale. Il timore però è che le Corti costituzionali, non solo quella italiana, intervenendo più attivamente nel contesto europeo finiscano con il rivelarsi piuttosto che un fattore di sviluppo del processo di integrazione un elemento di rafforzamento della prospettiva nazionale, in un momento in cui, tra l’altro, a livello statale stanno purtroppo riemergendo e diffondendosi istanze populistiche e nazionalistiche.

Antonio Ruggeri

Quesito n. 1)

Una preliminare avvertenza. A parer mio, conviene rileggere la pronuncia della Corte di giustizia su *Taricco* del dicembre scorso tenendo conto, allo stesso tempo, del nuovo indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla Consulta con la discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017 e della decisione della Prima Sez. della Corte dell’Unione (*Global Starnet*) di pochi giorni successiva a tale sentenza. E invero chi si interroga sui prossimi sviluppi dei rapporti tra le Corti e di ciascuna di esse sia coi giudici comuni che col legislatore non può trattenersi dal far capo a tutte le pronunzie in

parola, ciascuna per la sua parte espressiva di un certo modo d'intendere le relazioni interordinamentali.

Se ci si fa caso, sembra di assistere ad una singolare inversione dei ruoli sulla scena, ad una sorta di immagini allo specchio: nello stesso tempo in cui la Corte dell'Unione fa, in significativa misura, recedere il principio della uniforme applicazione del diritto dell'Unione stessa davanti al principio di legalità in materia penale, che è a un tempo principio fondamentale del nostro ordinamento e tradizione costituzionale comune, la Corte costituzionale recupera a beneficio del sindacato accentrato di costituzionalità (o, dovremmo ormai dire, “costituzionalità-eurounarietà”) una cospicua porzione del campo materiale in cui si è fin qui spiegato il meccanismo dell'applicazione diretta; e lo fa *anche* (e specificamente) in funzione della salvaguardia della uniforme osservanza del diritto sovranazionale, in alcune delle sue massime espressioni (ad opera della Carta di Nizza-Strasburgo). Naturalmente a nessuno sfugge che il vero (e, comunque, principale) obiettivo avuto di mira dal giudice costituzionale è la riaffermazione della centralità del proprio ruolo in seno alla trama istituzionale, apparso appannato o incrinato dal raccordo privilegiato venutosi a creare tra la Corte di giustizia e i giudici comuni grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale (un raccordo dal quale la stessa Consulta si era inopinatamente autoesclusa, mentre ora dichiara di volersi in esso risolutamente reimmettere). Il punto è, però, che con la sent. 269 la Corte parrebbe rivendicare per sé il titolo a dire l'ultima parola su ogni questione di diritto costituzionale *in senso materiale*, tali essendo anche quelle in cui si controverte della osservanza della Carta dell'Unione, specificamente per ciò che concerne la corretta interpretazione di quest'ultima orientata nei riguardi delle tradizioni costituzionali comuni, sovrapponendosi dunque – se del caso – le decisioni della Consulta a quelle sia dei giudici comuni che del giudice eurounitario, contro le quali ultime, ad ogni buon conto, può pur sempre essere azionata l'arma dei controlimiti. Alla pretesa del nostro giudice delle leggi replica, però, la Corte di giustizia con la decisione del dicembre scorso sopra richiamata, confermandosi essere competente a pronunziarsi dietro rinvio pregiudiziale in relazione a norme dell'Unione, comprese quelle iscritte nella Carta di Nizza-Strasburgo,

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

che si assumano coincidenti con norme della Costituzione e pur laddove sulle stesse si sia già pronunciata la Consulta.

Ho già avuto modo da tempo di osservare come risulti a mia opinione insensata la pretesa coltivata da questa o quella Corte (e il discorso qui dovrebbe allargarsi anche alla Corte EDU) a porsi quale giudice apicale di una costruzione piramidale che veda le Corti restanti comunque in posizione subalterna e ancillare. Si tratta – come si sa – di un *animus* alquanto radicato, del quale si sono avute numerose testimonianze. Basti solo pensare, sul fronte europeo, alla prima pronuncia su *Taricco* o alla *Melloni*, come pure ai molti casi in cui la Corte EDU si è mostrata “aggressiva” – per riprendere una fortunata etichetta di O. Pollicino e di altri – nei riguardi delle Corti nazionali, fatte oggetto di un *pressing* alle volte invero soffocante; o si pensi, sul fronte nazionale, al tono ultimativo con cui è stata posta la domanda pregiudiziale su *Taricco* dalla nostra Corte o, ancora, alle non poche manifestazioni di un vero e proprio *diritto di resistenza* avutesi da più di un tribunale costituzionale nei riguardi di pronunzie della Corte dell’Unione giudicate, a torto o a ragione, invasive di campo. A conti fatti, è solo con la *Taricco-bis* che si è assistito ad una sostanziale disponibilità all’ascolto delle ragioni altrui da parte della Corte di giustizia, alla quale però ha fatto da “controcanto” (stonato...) un’ulteriore, decisa rivendica di spazi dapprima non occupati da parte della Corte costituzionale che – come dirò meglio a momenti – si dispiega in ogni direzione, assumendo di potersi far valere tanto nei riguardi della Corte dell’Unione quanto verso i giudici comuni (e, in ultima istanza, la Cassazione, il cui ruolo di nomofilachia risulta, a mio modo di vedere, fortemente compresso dalla sent. 269).

Quesito n. 2)

I rapporti tra giudici nazionali e legislatore risentono, di tutta evidenza, del modo con cui si attingeranno nel prossimo futuro quelli tra le Corti costituzionali (qui, ancora una volta, intese *in senso materiale*, tale essendo ormai riconosciuta dalla nostra Corte quella dell’Unione, quale riflesso immediato e diretto del carattere “tipicamente costituzionale” della Carta di Nizza-Strasburgo).

Sul punto, di cruciale rilievo, è dato registrare un vistoso scollamento tra la posizione della Corte di giustizia, resa palese dalla *Taricco-bis*, e quella della Corte costituzionale. L’una Corte sollecita infatti con vigore il legislatore ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità, attivandosi al fine di rimuovere o correggere discipline di diritto interno non rispettose delle norme eurounitarie e, come tali, produttive di effetti intollerabili, avverso il cui radicamento sono quindi chiamati ad intervenire i giudici. L’altra Corte non si dichiara, in partenza, aliena da questo scenario, tant’è che, in via di principio, tiene fermo il meccanismo della “non applicazione” delle norme nazionali incompatibili con norme dell’Unione, accompagnata dalla diretta applicazione in loro vece di queste ultime. Solo che, al tirar delle somme, mette poi da canto siffatto criterio strutturale di risoluzione delle antinomie per far posto ad un criterio assiologico-sostanziale, che guarda al carattere “tipicamente costituzionale” ovvero non “costituzionale” delle norme eurounitarie violate (e – come ho in altra sede rilevato – è allora da chiedersi se siffatto criterio possa essere messo in campo anche laddove l’attacco sia portato a norme eurounitarie esterne alla Carta di Nizza-Strasburgo ma da queste ultime “coperte” siccome idonee a dare ad esse la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione). Così facendo, la Consulta – come dicevo – sottrae spazio tanto agli altri operatori di diritto interno quanto al giudice dell’Unione: uno spazio i cui confini sarebbero, nondimeno, da considerare indeterminati e potrebbero dilatarsi in misura astrattamente incalcolabile, ove si desse credito all’ipotesi da ultimo affacciata circa la natura delle norme-parametro che si assumano violate.

Quesito n. 3)

Il nodo della prescrizione rimane, ad ogni buon conto, insoluto.

Per un verso, la stessa Corte di giustizia esplicitamente dichiara nella *Taricco-bis* che l’armonizzazione avutasi per effetto della direttiva 2017/1371 è stata solo parziale: s’impone, dunque, una decisa, effettiva prova di buona volontà da parte dei legislatori nazionali allo scopo di darvi congrua attuazione. Per un altro verso, la stessa Corte si mostra rispettosa dei non coincidenti orientamenti al

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

riguardo affermatasi negli ordinamenti degli Stati-membri per ciò che concerne la natura della prescrizione, nel mentre, dal suo canto, la Corte costituzionale non dà alcun segno di resipiscenza in ordine alla qualifica della stessa, con ogni probabilità non intendendo sul punto, di centrale rilievo, contrapporsi ad un radicato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ormai invalso in ambito interno. Rimane, ad ogni buon conto, fermo che la riconciliazione raggiunta su *Taricco* tra le Corti per effetto del brusco mutamento di rotta registratosi a Lussemburgo non toglie – e sul punto la pronunzia del giudice dell’Unione è chiarissima – che gli operatori nazionali (legislatore e giudici) debbano fare quanto è in loro potere al fine di parare il rischio di perduranti violazioni del diritto sovranazionale, davanti alle quali – mi preme qui nuovamente rilevare – non è affatto scontato che la Corte dell’Unione riconfermi la docilità e remissività testimoniate dalla *Taricco-bis*. Intendo dire che a Lussemburgo non si è affatto avuto il riconoscimento *per sistema* della bontà della dottrina dei controlimiti; si è soltanto assegnata la prevalenza alle ragioni facenti capo al principio di legalità in materia penale *nel caso in questione*, senza che il punto di diritto in esso enunciato possa considerarsi *allgemeingültig*.

Quesito n. 4)

Gli scenari che potrebbero aversi in sede di recepimento della *Taricco-bis* sono obiettivamente confusi e largamente imprevedibili. Non escluderei che la Consulta profitti della occasione offertale in sede di chiusura di partita per far luogo ad ulteriori “precisazioni”, in aggiunta a quella, gravida di implicazioni e valenze ancora tutte da esplorare, fatta con la sent. 269.

Il pallino è, però, nelle mani dei giudici comuni. Tutto infatti dipende da come essi reagiranno alla “espropriazione” subita con la decisione da ultimo richiamata. Resto all’ipotesi, in quest’ultima formulata, della sostanziale coincidenza tra Carta dell’Unione e Carta costituzionale: considero, infatti, remota l’eventualità che si assuma violata l’una senza che al contempo si abbia violazione dell’altra (ciò che farebbe salvo il meccanismo della immediata disapplicazione per le norme interne contrarie a norme sovranazionali *self-executing*),

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

quanto meno a stare all’ordine di idee in cui si dispone da tempo la Consulta secondo cui la nostra legge fondamentale non offre *mai* una tutela meno intensa ai diritti di quella apprestata dalle altre Carte (sent. n. 388 del 1999).

Non condivido questo pensiero che giudico inquinato da un malinteso ed esasperato patriottismo costituzionale, altrove qualificato come ingenuo e infecondo; ma tant’è... Sta di fatto che, senza l’intraprendenza del giudice comune che solleciti una pronuncia della Corte costituzionale, quest’ultima ha ben poco da fare allo scopo di far valere la logica accentratrice che trasuda dalla sent. 269. Ed è, al riguardo, da mettere in conto l’eventualità che dalla pronuncia ora richiamata si abbia una spinta decisa per un uso abnorme del canone dell’interpretazione conforme, tale da portare alla sostanziale riscrittura degli enunciati (di quelli posti ad oggetto e persino di quelli assunti a parametro), sì da riconciliarli a forza, più ancora di quanto si sia in non pochi casi già fatto, allo scopo di non portarli alla cognizione del giudice delle leggi.

Non prendo, poi, in considerazione l’ipotesi, pur astrattamente configurabile, che la norma interna contraria a quella sovranazionale sia dal giudice considerata affetta da radicale nullità-inesistenza, sì da giustificarsene appunto la sua immediata disapplicazione. La giurisprudenza si è – come si sa – immaginata il caso con specifico riguardo a norma consuetudinaria della Comunità internazionale inidonea ad immettersi in ambito nazionale appunto a motivo della inesistenza della norma interna di adattamento automatico (sent. n. 238 del 2014). Eppure, anche in siffatta evenienza, che avrebbe potuto indurre la Corte a qualificare come inammissibile (o, di più, manifestamente inammissibile) la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una norma inesistente, la Corte stessa ha risolutamente affermato dover essere portato alla sua cognizione ogni caso di violazione della Carta, pur laddove in realtà non sia abbia alcun dubbio circa la sussistenza della lesione. E così, dunque, non può che essere altresì per i casi di violazione indiretta della Costituzione conseguente a incompatibilità rispetto alla Carta di Nizza-Strasburgo (e, in genere, ad altro documento “tipicamente costituzionale”).

Rimango, dunque, entro la cornice segnata dalla sent. 269 della sostanziale coincidenza dei diritti riconosciuti dalle Carte, quale che

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

sia poi l'entità o l'intensità della lesione (e, di conseguenza, il vizio della norma che se ne renda responsabile). Ebbene, è da mettere in conto che i giudici comuni si avvalgano – com'è ragionevole attendersi – della facoltà, della quale sono stati dalla stessa Consulta incoraggiati a fare utilizzo, di interpello della Corte dell'Unione al fine di contrastare la manovra volta a convertire l'applicazione diretta nel sindacato accentrato; sarà allora da vedere come reagirà il giudice di Lussemburgo e, a seguire, la stessa Corte costituzionale.

Si possono affacciare alcune ipotesi.

La prima è che la Corte dell'Unione difenda a spada tratta il meccanismo dell'applicazione diretta della Carta di Nizza-Strasburgo (ovviamente, nei suoi disposti cui sia riconosciuto carattere *self-executing*). Il giudice costituzionale potrebbe in tal modo trovarsi fuori gioco, stretto nella morsa della tenaglia azionata dai giudici comuni e dal giudice dell'Unione. Non gli resterebbe, dunque, far altro che estrarre dalla fondina l'arma dei controlimiti; ma, per far ciò, avrebbe comunque bisogno della opportunità offertagli da un giudizio attivato dagli stessi giudici, salvo ad immaginare – ma è, francamente, una eventualità alquanto remota – che decida *motu proprio* di sollevare davanti a se stesso un conflitto di attribuzione (*sub specie* di conflitto da menomazione), opponendo quindi in questa sede i controlimiti al *tandem* costituito dai giudici ribelli e dalla Corte di giustizia. Si tratta, nondimeno, di vedere se la Consulta sia davvero disposta ad andare fino in fondo in questa “guerra” che la vedrebbe, in tesi, contrapposta ad uno schieramento nutrito di giudici nazionali, portatori di un autentico diritto vivente di segno opposto al punto di diritto enunciato nella 269, integrato e rafforzato dall'apporto vigoroso del giudice sovranazionale.

Verificandosi questo scenario, è poi da mettere in conto che si abbia un ripensamento della Consulta in ordine alla necessaria precedenza della pregiudizialità “comunitaria” rispetto alla pregiudizialità costituzionale (d'altronde, dico *per incidens*, è ipotesi velatamente affacciata nello scritto di A. Barbera, in *Riv. AIC*, 4/2017, 15, cui la sent. 269 – come si sa – si è largamente rifatta). Può darsi, anzi, che la Consulta stesa giochi di anticipo e sfrutti l'occasione offertale dalla pronuncia di chiusura del caso *Taricco* per formulare subito questa nuova “precisazione”, che le darebbe modo di evitare sul nascere il radicamento di effetti non graditi e problematicamente

rimuovibili. Solo che l'eventuale libertà riconosciuta ai giudici per ciò che attiene all'ordine temporale di esperimento delle due pregiudizialità rimarrebbe pur sempre demandata alla buona volontà dei giudici stessi. Alquanto forzata mi parrebbe invece essere l'ipotesi che, addirittura, si ribalti su se stesso l'ordine in parola, imponendosi la necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale; ciò che garantirebbe al meglio la Consulta da sortite sgradite dei giudici comuni. Quand'anche, tuttavia, così dovesse essere, i giudici non possono in ogni caso essere privati del potere (e, per i giudici di ultima istanza, dovere) di interpello della Corte di giustizia, pur laddove nel frattempo la Consulta si sia pronunciata su una disciplina legislativa sospetta di violare norme dell'Unione (specie se risultanti dalla Carta di Nizza-Strasburgo) sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione, secondo quanto ha, ancora di recente, stabilito lo stesso giudice di Lussemburgo, Prima Sez., con la sent. del 20 dicembre 2017, dietro già richiamata. L'eventualità del conflitto, nella circostanza evitato dalla decisione suddetta, è pur sempre da tenere in conto e solo la buona volontà, dall'una e dall'altra parte dimostrata, potrebbe scongiurarla, restando in ogni caso demandata ai giudici comuni la verifica delle condizioni di fatto e di diritto che ne impediscano la deflagrazione.

Sono, dunque, questi ultimi – come si diceva – a tenere il pallino, potendo con le loro iniziative processuali concorrere a un temperamento, se non proprio a un autentico ripensamento, del fermo e rigoroso indirizzo inaugurato dalla sent. 269.

La seconda ipotesi è che la Corte dell'Unione preferisca nuovamente evitare lo scontro con la Corte costituzionale e, perciò, non offra una sponda alla “reazione” opposta dai giudici comuni nei riguardi del punto di diritto fissato dalla decisione da ultimo richiamata. Qualora dovesse dunque registrarsi un sostanziale accordo tra le due Corti, la strada per i giudici comuni si farebbe davvero erta e problematico risulterebbe, pertanto, il recupero del terreno perduto a beneficio del sindacato accentrato. Ai miei occhi tuttavia si presenta alquanto remota l'ipotesi di un cedimento una volta per tutte, *per sistema*, per ciò che attiene alla operatività dei criteri di risoluzione delle antinomie (e, segnatamente, appunto di quello dell'applicazione diretta cui sono affidate le sorti del primato del diritto sovranazionale).

Interventi di Chessa, della Cananea, Faraguna, Fichera, Guazzarotti, Lupo, Manes e Recchia, Montanari, Ruggeri

Il cuore della questione sta – come si vede – nel rilievo che si darà a Lussemburgo alla certezza del diritto (e dei diritti), per il modo con cui è dalla Corte costituzionale intesa e della quale vuol farsi garante, a fronte del primato immediato del diritto sovranazionale per il tramite dell’opera apprestata dai giudici comuni.

V’è un dato di cui occorre al riguardo tenere conto; ed è che mentre i giudici comuni assicurano alla Corte dell’Unione l’opportunità di potersi frequentemente pronunciare, salvaguardando così i diritti riconosciuti dalla Carta dell’Unione stessa, non è affatto certo che lo stesso si avrà per iniziativa della Corte costituzionale, ed anzi è pressoché certo che non si avrà (inferiori per numero alle dita di una mano i rinvii pregiudiziali fin qui avutisi ad opera di quest’ultima; e domani?).

D’altro canto, come l’esperienza insegna, la Corte dell’Unione ha gioco facile nel far valere il proprio orientamento nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune, potendo invece incontrare serie difficoltà – e *Taricco docet* – ad affermarsi su un tribunale costituzionale che si mostri risoluto difensore del proprio punto di vista in ordine alla configurazione dei principi di struttura dell’ordinamento di appartenenza.

Non si trascuri, poi, che la Consulta si è sempre riservata di fare l’uso che ritiene più opportuno della tecnica di assorbimento dei vizi, con la conseguenza che la congiunta denuncia di una violazione della Carta dell’Unione e della Carta costituzionale potrà essere definita con la prioritaria o esclusiva dichiarazione d’invalidità in relazione a quest’ultima, evitando così eventuali divergenze interpretative con la Corte dell’Unione in merito ai contenuti dei disposti della Carta di Nizza-Strasburgo.

Di qui, in conclusione, il rischio – a mia opinione incombente – che quest’ultima Carta possa venir assorbita, come in un buco nero, e fagocitata dalla Costituzione, finendo così con lo smarrire la propria identità e tipica funzione di riconoscimento di diritti autenticamente europei.

Vogliamo continuare a chiamare quest’esito il frutto di un rapporto davvero paritario tra documenti “tipicamente costituzionali”, o verosia di un “dialogo” tra Corti non preconcetto e costruttivo?