

23 MAGGIO 2018

La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)

di **Giacomo Di Federico**

Professore associato di Diritto dell’Unione europea
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna



La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa) *

di Giacomo Di Federico

Professore associato di Diritto dell’Unione europea
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Sommario: **1.** Considerazioni preliminari sull’approccio adottato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Taricco* e *M.A.S. e M.B.* **2.** Il peccato originale: l’effetto diretto dell’art. 325 TFUE. **3.** L’equivoco: l’autonoma valutazione compiuta dalla Corte di giustizia circa il rispetto dei diritti fondamentali. **4.** Il chiarimento: la possibilità di limitare l’effettività dell’art. 325 TFUE alla luce del principio di legalità. **5.** Una prima reazione della Consulta: la tutela dello standard nazionale di protezione dei diritti fondamentali e il controllo accentrato (ed esclusivo) di costituzionalità quale espressione dell’identità nazionale nella sentenza n. 269/2017.

1. Considerazioni preliminari sull’approccio adottato dalla Corte di giustizia nelle sentenze Taricco e M.A.S. e M.B.

Le sentenze *Taricco*¹ e *M.A.S. e M.B.*² passeranno alla storia per il profluvio di scritti che hanno generato più che per le – invero assai discutibili – valutazioni compiute dai giudici di Lussemburgo in merito alla compatibilità del regime prescrizionale di cui agli artt. 160, u.c., e 161 c.p. con l’art. 325 TFUE. Sicuramente verrà ricordata la reazione della Corte costituzionale italiana, dapprima nell’ordinanza n. 24/2017³ e, successivamente, nella sentenza n. 269/2017⁴.

Dando per acquisiti i passaggi fondamentali della vicenda, nelle pagine che seguono si concentrerà l’attenzione su alcuni passaggi topici del ragionamento sviluppato dalla Corte di giustizia con l’obiettivo di dimostrare, per l’appunto, che non si tratta di *leading cases*, bensì di pronunce caratterizzate da un eccessivo funzionalismo, deboli sotto il profilo giuridico-argomentativo, e foriere di problemi sistemici che vanno ben oltre la compatibilità del regime prescrizionale italiano con il diritto dell’Unione europea. Più precisamente, dopo avere insistito sull’erroneo riconoscimento dell’efficacia diretta dell’art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, ci si soffermerà, dapprima, sulla scelta della Corte di giustizia di sindacare in piena autonomia la conformità della soluzione imposta al giudice nazionale in *Taricco* (ovverosia l’obbligo di disapplicare la

* Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo è destinato a C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

¹ [Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco e a.](#)

² [Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B.](#)

³ [Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.](#)

⁴ [Corte cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.](#)

normativa interna) con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, successivamente, sull'eccezione affermata in *M.A.S. e M.B.*, ovvero sulla possibilità di non disapplicare la normativa interna (proprio per non ledere il principio di legalità).

È alla luce delle criticità evidenziate nel corso di tale disamina che verrà considerata la recente sentenza n. 269/2017, in cui la Consulta si è affrettata a ribadire le proprie prerogative costituzionali. Oltre agli aspetti concernenti la tutela del principio di legalità nel nostro ordinamento, vengono in rilievo i profili identitari evocati nell'ordinanza n. 24/2017 e il riferimento all'art. 134 Cost. operato nell'ormai celebre *obiter dictum* di cui al punto 5.2 della citata sentenza n. 269 in relazione al controllo accentrato di costituzionalità sul rispetto dello standard di tutela nazionale dei diritti fondamentali della persona. L'impressione è che le ragioni che hanno spinto la nostra Corte costituzionale ad invocare i controlimiti non siano da imputarsi unicamente alla vicenda *Taricco*, ma vadano ricercate, e valutate, nel più ampio contesto del dialogo tra corti nazionali, supreme e costituzionali, e Corte di giustizia sviluppatosi dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

2. Il peccato originale: l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE

Le tensioni inter-ordinamentali generate dalla vicenda *Taricco* sono essenzialmente riconducibili al riconoscimento dell'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE. È questo, ad avviso di chi scrive, il peccato originale commesso dalla Grande Sezione della Corte di giustizia⁵. La scelta riflette un approccio marcatamente funzionalistico, che traspare chiaramente anche nei passaggi dedicati al carattere "potenzialmente" ipotetico della questione⁶. Per il giudice di Cuneo gli artt. 160, u.c., e 161 c.p. avrebbero violato il diritto dell'Unione sotto un triplice profilo: in primo luogo, gli artt. 101 e 107 TFUE, avvantaggiando dal punto di vista concorrenziale alcuni operatori economici stabiliti in Italia; in secondo luogo, la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (IVA)⁷ introducendo una esenzione non prevista dell'art. 158, par. 2 (*rectius*, 138⁸); in terzo luogo, l'art. 119 TFUE, garantendo agli evasori fiscali un'impunità *de facto* e impedendo, quindi, agli Stati di assolvere all'obbligo di vigilanza sul carattere sano delle loro finanze pubbliche.

⁵ La Grande Sezione era composta da: da V. Skouris, presidente, K. Lenaerts, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, L. Bay Larsen, T. von Danwitz e J.C. Bonichot, presidenti di sezione, A. Arabadjiev, M. Safjan, D. Šváby, M. Berger (relatore), A. Prechal, E. Jarašiūnas e C.G. Fernlund, giudici.

⁶ In linea con [le conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 30 aprile 2015](#), la Corte ritiene che sussista «un rapporto con la realtà effettiva della controversia principale [...], più precisamente per quel che riguarda il rinvio a giudizio degli imputati» (punto 28).

⁷ In *GUUE*, L 347/1.

⁸ V. le citate conclusioni dell'avvocato generale Kokott, punti 63-66.

I giudici di Lussemburgo, di contro, hanno escluso la rilevanza degli artt. 101, 107 e 119 TFUE e si sono concentrati sulla questione relativa alla direttiva IVA. Riconducendo siffatto quesito pregiudiziale nell'ambito dell'art. 325 TFUE, essi hanno rilevato la non conformità della normativa italiana con il dovere, sancito al par. 1 di tale disposizione (ma anche dall'art. 2, par. 1, della convenzione PIF nonché dalla direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE), di combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione con misure effettive e dissuasive. Tale violazione si verificherebbe, in particolare, «qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva»⁹. Quanto al rispetto del par. 2 dell'art. 325 TFUE, sarà il giudice a dover determinare se gli artt. 160, u.c., e 161 c.p. si applichino «allo stesso modo ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana»¹⁰.

Diversamente dall'avvocato generale Kokott, che conclude per l'obbligo di disapplicazione del regime prescrizionale fondato sul combinato disposto dell'art. 325 TFUE e dell'art. 4, par. 3, TUE, i giudici del Kirckberg non esitano a statuire che i parr. 1 e 2 dell'art. 325 TFUE: «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata»¹¹.

Nel processo di integrazione europea la Corte di giustizia è sovente intervenuta per affermare l'effetto diretto di talune (cruciali) disposizioni di diritto primario per garantirne l'effettività. Lo ha fatto, ad esempio, in *Defrenne*, dove però l'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE (oggi 157 TFUE) veniva ricollegata alla circostanza che la discriminazione tra la "hostess" e i "commessi di bordo" in tema di retribuzione poteva agevolmente essere accertata «con l'ausilio dei soli criteri ivi indicati» e al fatto che il trattamento differenziato poteva essere evidenziato «mediante un esame puramente giuridico [delle norme nazionali rilevanti]»¹².

Ciò detto, non è certo inconsueto per la Corte devolvere al giudice nazionale complesse valutazioni suscettibili di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei singoli. Si pensi, alla celebre formula *Keck et Mithouard*, in base alla quale le normative interne relative alla modalità di vendita esulano dal campo di applicazione dell'art. 34 TFUE, la cui efficacia diretta è condizionata alla verifica, da parte del giudice

⁹ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, cit., punto 47.

¹⁰ *Ibidem*, punto 48.

¹¹ *Ibidem*, punto 51.

¹² [Corte giust., 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne.](#), punti 21-26.

nazionale, del loro carattere non discriminatorio, «tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale»¹³. Si pensi, ancora, al test *Courage*, secondo cui la diretta invocabilità dell'art. 101 TFUE da parte di un'impresa che si ritiene lesa da un'intesa anticoncorrenziale a cui essa stessa ha partecipato dipende dalla constatazione, ad opera della corte nazionale, di «una posizione d'inferiorità grave nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità»¹⁴. Non è certo questa la sede per ripercorrere la volubile e controversa giurisprudenza sull'effetto diretto e sul primato, ma sembra legittimo ritenere che (specie) l'art. 325, par. 1, TFUE difetti *prima facie* dei requisiti tipici di chiarezza, precisione e incondizionatezza¹⁵. Beninteso, la mancanza di una verifica puntuale circa il rispetto di tali condizioni non sorprende. Per un verso, non è una novità che disposizioni di diritto primario apparentemente prive delle caratteristiche necessarie a produrre effetti diretti vengano “interpretate generosamente” dalla Corte di giustizia in modo da assicurare l'effetto utile del diritto comunitario prima, e dell'Unione, poi. Del resto, il concetto di misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa accolto in *Dassonville* (e rivisto in *Keck e Mithouard*) emergeva davvero così chiaramente dall'art. 30 TCEE (oggi art. 34 TFUE), disposizione a cui la Corte ha notoriamente riconosciuto efficacia diretta? In tal senso – ma con le precisazioni che verranno effettuate tra breve circa le specificità della materia penale – si potrebbe addirittura criticare la Corte per non aver portato il suo ragionamento alle logiche conseguenze precisando contenuto e portata dell'art. 325 TFUE o per averlo fatto solo in parte. Per altro verso, sebbene la giurisprudenza sul punto appaia «poco chiara e in parte contraddittoria»¹⁶, è vero che quando l'antinomia si risolve con la disapplicazione della norma o prassi interna rilevante – proprio come nel caso *Taricco* – i giudici di Lussemburgo si limitano spesso a constatare la violazione del diritto dell'Unione¹⁷.

Inoltre, l'art. 325 TFUE non crea alcuna posizione di vantaggio per il singolo (diritto o interesse individuale); anzi, la sua efficacia diretta si traduce in un'applicazione in *malam partem*¹⁸. Anche volendo

¹³ [Corte giust., 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, Keck e Mithouard](#), punto 16.

¹⁴ [Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, Courage](#), punto 33.

¹⁵ Sul punto è stato efficacemente rilevato da D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 191, che «i giudici UE menzionano dette condizioni, seppure in maniera poco convinta, *tranchante* e, in ultima istanza, apodittica, e le applicano con riferimento a una norma che, a ben vedere, non è direttamente efficace».

¹⁶ D. GALLO, *op. cit.*, p. 172.

¹⁷ V. in tal senso, tra le molte sentenze che potrebbero citarsi, [Corte giust., 23 novembre 1977, Corte giust., 23 novembre 1977, causa 38/77, Enka](#); [29 novembre 1978, causa 21/78, Delqvist](#); [2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan](#); [19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster](#); [26 settembre 2000, causa C-443/98, Unilever](#), dove la Corte non compie alcun riferimento alle tre condizioni richieste.

¹⁸ V., per tutti, G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euro unitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, in *Rivista AIC*, 2/2016, pp. 10 - 31.

ammettere che l'art. 325 TFUE soddisfi i requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza, è noto che l'effetto di sostituzione (e dunque l'obbligo per le corti nazionali di dare immediata applicazione alla norma sovranazionale dotata di efficacia diretta) conosce alcuni importanti limiti posti a presidio della certezza giuridica e dei diritti fondamentali dell'individuo. In relazione a disposizioni di diritto primario la regola è stata proclamata – a quanto consta – solo nel caso *CIF* del 2003 rispetto ai precetti di cui agli artt. 81 e 82 TCE (oggi 101 e 102 TFUE) in materia di concorrenza, dove i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che «il ricorso al meccanismo della disapplicazione di una normativa nazionale in *malam partem* (cioè la disapplicazione di una normativa nazionale favorevole agli operatori economici privati interessati, il che si traduce per loro in un'imposizione di obblighi) da parte di un organo dotato di poteri sanzionatori [ovverosia l'AGCM] si rivelerebbe altresì problematico dal punto di vista dell'importante valore della certezza del diritto, il quale risulterebbe annoverato tra i principi generali del diritto comunitario»¹⁹.

Nel settore penale la situazione muta radicalmente. L'efficacia diretta delle norme del trattato non impatta solo sul principio di certezza del diritto e di non retroattività, ma anche su quello di determinatezza, nonché sul principio di riserva di legge, in quanto espressione del principio di separazione dei poteri. Trattasi, all'evidenza, di principi che attengono alla struttura costituzionale e alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico di tutti gli Stati membri. Nel diritto dell'Unione essi ricevono tutela in quanto valori fondanti e principi generali di diritto e, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, anche in quanto oggetto di specifica tutela nella Carta dei diritti fondamentali, che ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE «ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

In ambito penale il divieto di applicazione in *malam partem* è stato espressamente riconosciuto solo in relazione alle disposizioni di una direttiva (e non rispetto a norme di diritto primario), dapprima nella sentenza *Pretore di Salò* del 1987, laddove veniva sancito che «una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»²⁰ e successivamente nella sentenza *X* del 1996 ai sensi della quale: «il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente» dalla normativa nazionale di attuazione di una direttiva, bensì «solo in via di interpretazione delle norme interne di trasposizione, condotta alla luce del testo e della finalità della

¹⁹ Corte giust., 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, punto 35.

²⁰ Corte giust., 11 giugno 1987, causa 14/86, punto 20.

direttiva stessa»²¹. L'assunto è poi stato confermato nella celebre sentenza *Berlusconi* del 2005 dove si precisa altresì che la regola «deriva dal principio della legalità della pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), che appartiene ai principi generali del diritto, comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e che è sancito anche dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'art. 15, n. 1, prima frase, del Patto internazionale sui diritti civili e politici nonché dall'art. 49, n. 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»²². E nella causa *Pupino* – di poco successiva – si riconosce che l'obbligo di interpretazione conforme, pur imponendo una ricerca olistica della soluzione compatibile con lo scopo della decisione quadro, «trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività»²³. Detti principi «ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»²⁴.

In tutti questi casi il quesito pregiudiziale riguardava disposizioni (sia di carattere sostanziale, sia di carattere procedurale) suscettibili, se interpretate in un determinato modo, di pregiudicare la posizione dei singoli, ma prive di efficacia diretta. In *Taricco*, invece, i giudici di Lussemburgo decidono di affermare l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE e, di conseguenza, ordinare la disapplicazione senza tuttavia precisare il contenuto della regola ricavata dalla formulazione della norma. La scelta di non spingersi oltre l'individuazione dei criteri relativi al numero considerevole di casi e alla gravità della frode è verosimilmente da attribuirsi alla consapevolezza che, specie a seguito dell'abolizione dei pilastri, spetta al Consiglio e al Parlamento regolamentare i delicati profili di cooperazione giudiziaria in materia penale, non alla Corte. Indipendentemente dalla formulazione degli artt. 82 e 83 TFUE, la creazione giurisprudenziale di precetti penali rischia di pregiudicare i principi di determinatezza e riserva di legge e, in definitiva, lo Stato di diritto, che in base all'art. 2, TUE costituiscono un valore fondante dell'Unione.

3. L'equivoco: l'autonoma valutazione compiuta dalla Corte di giustizia circa il rispetto dei diritti fondamentali

²¹ [Corte giust., 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali a carico di X*, punti 23-26.](#)

²² [Corte giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punto 141.](#)

²³ [Corte giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, punto 44.](#)

²⁴ *Ibidem*, punto 45. Anche in tale causa, invero, l'interpretazione conforme sollevava non poche perplessità circa le ricadute *in malam partem* sull'imputato nel procedimento principale, ma la Corte di giustizia si è premurata di puntualizzare che tale dovere «non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (punto 47). Sul punto, v. le considerazioni di C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato dell'Unione e diritto e identità nazionale?*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso «Taricco» e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 3 -7.

Se l'efficacia diretta riconosciuta (*rectius*, attribuita) all'art. 325 TFUE consente di stabilire l'incompatibilità del regime prescrizione italiano con il diritto dell'Unione, è il primato che determina in capo al giudice interno l'obbligo di disapplicazione²⁵. I successi della logica funzionalistica elaborata dalla Corte di giustizia nell'ambito del mercato interno, e progressivamente estesa ad altri ambiti di intervento comunitario, sono oltremodo noti, ma la sua applicazione in ambito penale solleva molteplici criticità. Così l'approccio adottato in *Taricco* risulta assai problematico sotto il profilo della (adeguata) protezione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dalle Costituzioni nazionali.

Al ricorrere delle condizioni – per così dire, *de minimis* – quivi stabilite, il giudice nazionale dovrà ignorare gli artt. 160, u.c., e 161 c.p., ma al contempo «assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati»²⁶. E invero, non può *a priori* escludersi che questi ultimi vengano violati proprio per effetto della disapplicazione, con pregiudizio per il principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene sancito dall'art. 49 Carta. L'eventualità viene però subito scartata poiché, a ben vedere, la soluzione imposta dalla Corte, «avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana», senza comportare per gli imputati una condanna in ragione di un'azione, ovvero di un'omissione, che non costituiva reato²⁷. Analogamente a quanto avviene nel settore della concorrenza, dove l'effettività dell'intervento pubblico di contrasto ai comportamenti anticoncorrenziali tende a prevalere su considerazioni attinenti allo standard di protezione delle imprese coinvolte nel procedimento antitrust condotto dalla Commissione europea²⁸, la Corte di giustizia, nonostante le profonde ed evidenti differenze rispetto alla disciplina applicabile in materia antitrust, si accontenta di verificare – in ossequio alla clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta – che nulla nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo osti ad

²⁵ A tal riguardo, è opportuno insistere sulla distinzione, concettuale e applicativa, tra primato ed effetto diretto. Infatti, come acutamente rilevato in dottrina, «[q]uando l'effetto diretto prescinde dalla creazione di un diritto [...], gli effetti che vi sono collegati sono solamente di tipo oppositivo/di esclusione anziché sostitutivo»: v. D. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 164. In particolare, secondo l'Autore la disapplicazione prescinde dall'effetto diretto quando l'intervento della Corte di giustizia impatta (direttamente) sull'autonomia procedurale degli Stati, proprio come nella causa *Taricco*.

²⁶ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, cit., punto 53.

²⁷ *Ibidem*, punti 54 e 56.

²⁸ Sui profili di dubbia compatibilità della procedura antitrust, specie nel corso della fase istruttoria, con lo standard convenzionale, v. in generale T. BOMBOIS, *La protection des droit fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*. Bruxelles, 2012; M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Padova, 2012.

una lettura restrittiva dell'art. 7 CEDU, suscettibile di escludere il regime prescrizione (come inteso nell'ordinamento italiano) dall'ambito di applicazione dell'art. 49 Carta²⁹.

Il funzionalismo prende il sopravvento, ma sembra sussistere qualche dubbio circa la compatibilità della formula *Taricco* con i diritti fondamentali. Depongono in tal senso, da un lato, l'uso del condizionale nell'escludere la violazione del principio di legalità («avrebbe soltanto per effetto»; «non violerebbe i diritti degli imputati») e, dall'altro lato, la deferenza, almeno formale, mostrata nei confronti del giudice nazionale chiamato a determinare le conseguenze della disapplicazione («con riserva di verifica da parte del giudice nazionale»)³⁰. Nondimeno, sembra altresì chiaro che, al ricorrere delle condizioni stabilite al punto 58 della sentenza *Taricco*, quest'ultimo dovrà comunque assicurare la piena efficacia all'art. 325 TFUE, con un limitatissimo – per non dire inesistente – “margine di apprezzamento” in merito al rispetto del principio di legalità; quel margine di apprezzamento riconosciuto, invece, al giudice nazionale nella sentenza *Akerberg Fransson*³¹.

L'ampio margine discrezionale riconosciuto al giudice svedese si giustificava sulla base della circostanza che mancava qualsiasi armonizzazione della disciplina (di rilevanza) penale a livello sovranazionale. L'assunto veniva confermato nella coeva sentenza *Melloni*³², dove tuttavia l'armonizzazione era avvenuta e l'emendamento introdotto nel 2009 alla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo³³, proprio per evitare di compromettere l'effettività dello strumento in ragione dei diversi standard di tutela nazionali (applicabili nell'ipotesi di processo celebrato *in absentia*), rappresentava già il risultato di un bilanciamento degli standard di tutela compiuto ed accettato dagli Stati membri³⁴. Di qui l'impossibilità di invocare utilmente l'art. 53 Carta.

Eppure, in *Taricco* i giudici del Kirchberg decidono di valutare autonomamente gli interessi in gioco con un ragionamento tutto improntato al conseguimento degli obiettivi perseguiti dall'art. 325 TFUE sebbene il regime della prescrizione non fosse oggetto di alcuna armonizzazione (anche se la c.d. direttiva PIF era

²⁹ Corte giust., 8 settembre 2015, causa C-105/14, cit., punto 57.

³⁰ *Ibidem*, punto 55.

³¹ [Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Fransson](#), Nell'occasione la Grande Sezione era composta dal sig. V. Skouris, presidente, dal sig. K. Lenaerts, vicepresidente, dai sigg. A. Tizzano, M. Ilešič, G. Arestis, J. Malenovský, presidenti di sezione, dai sigg. A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, dalla sig.ra C. Toader, dai sigg. J.-J. Kasel e M. Safjan (relatore), giudici. Solo quattro di questi giudici erano membri del collegio che ha deciso la causa *Taricco*.

³² [Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11](#).

³³ In *GUCE*, L 190/1.

³⁴ Analogamente, v. [Corte giust., 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, Jeremy](#). Invero, la sentenza *Melloni* non fa che riaffermare il concetto ben espresso nella [sentenza Commissione c. Italia del 1973 \(causa 39/72\)](#), dove la Corte di giustizia sottolineava come «le difficoltà di applicazione rivelatesi in sede di attuazione di un atto comunitario non consentono allo Stato membro di dispensarsi unilateralmente dall'osservanza dei propri obblighi. La struttura istituzionale della Comunità offriva allo stato membro interessato i mezzi per ottenere che si tenessero nel debito conto gli inconvenienti da esso lamentati, senza intaccare i principi del mercato comune né ledere i legittimi interessi degli altri stati membri» (punto 22).

in corso di approvazione³⁵). Essi definiscono in maniera restrittiva la portata dell'art. 49 Carta (che non ricomprende il regime prescrizione) e non devono pertanto procedere ad alcun reale bilanciamento. Così, la Corte non solo conferma una sorta di idiosincrasia per l'art. 52, par. 3, seconda frase, della Carta³⁶, essa segna uno strappo rispetto al precedente *Schmidberger*, dove la Grande Sezione aveva accettato di bilanciare una libertà economica fondamentale come la circolazione delle merci con i «diritti fondamentali dei manifestanti in materia di libertà di espressione e di libertà di riunione, enunciati e garantiti dalla CEDU nonché dalla Costituzione austriaca»³⁷.

In *Taricco*, la Corte non considera neppure, come invece imporrebbe l'art. 52, par. 4, Carta (letto in combinato disposto con le spiegazioni relative all'art. 49), l'esistenza di una particolare accezione del principio di legalità risultante dalle tradizioni costituzionali comuni (che difatti non vengono menzionate nella sentenza). Allo stesso modo, si rifiuta di prendere in considerazione le specificità dell'ordinamento italiano, che pure le erano state segnalate da una delle parti del procedimento principale. Si poteva fare meglio. Si sarebbe potuto (come avvenuto in *Defrenne*) limitare nel tempo gli effetti della sentenza³⁸, evitare la disapplicazione (contraria a Costituzione) e dare al legislatore il tempo per adeguarsi. Si è invece preferito (ri)affermare, dopo la controversa pronuncia *Melki e Abdell*³⁹, un'idea forte di primato e lasciare al giudice il compito di determinare la sussistenza delle (vaghe) condizioni indicate nel punto 58 della sentenza.

La Corte, ignara, aveva appena generato un equivoco di proporzioni devastanti nel dialogo con i giudici italiani, ivi inclusa la Corte costituzionale. Benché negligente per aver sorvolato sulle diverse concezioni del principio di legalità in materia penale presenti negli Stati membri, non era certo sua reale intenzione quella di mortificare l'accezione nostrana del principio di legalità – difficilmente mortificabile, sia concesso aggiungere – a vantaggio della lotta all'evasione e a detrimento dei diritti di difesa; ma tant'è ... E le reazioni a livello interno non si sono fatte attendere. Come ampiamente prevedibile era solo questione di tempo prima che la “regola *Taricco*” giungesse all'attenzione della Corte costituzionale (ri)proponendo con forza il tema dei controlimiti.

³⁵ Poi adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 5 luglio 2017: v. [direttiva \(UE\) 2017/1371](#) relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in *GUUE*, L 198/29.

³⁶ [Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-279/09, DEB](#), e [5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, McB](#), rimangono ad oggi le uniche occasioni in cui la Corte ha espressamente ricordato che la clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, della Carta, non preclude che il diritto dell'Unione “conceda una protezione più estesa” (cfr., rispettivamente, punto e punto 35 e punto 53).

³⁷ [Sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00](#), punto 60.

³⁸ C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 ottobre 2016, pp. 1- 15; C. PARISTERIDOU, J. OUWERKERK *A Bridge over Troubled Water – a Criminal Lawyer's Response to Taricco II*, in *VerfBlog*, 12 dicembre 2017.

³⁹ [Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, Melki e Abdell](#).

4. Il chiarimento: la possibilità di limitare l'effettività dell'art. 325 TFUE alla luce del principio di legalità

Chiamata dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di cassazione a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione del trattato di Lisbona, nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, come interpretato nella sentenza *Taricco*, la Consulta si è mostrata aperta al dialogo e ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia una serie di quesiti pregiudiziali volti a scongiurare il rischio di attivazione dei controlimiti⁴⁰. Secondo i giudici remittenti, la disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161 c.p. comporterebbe due ordini di conseguenze incompatibili con il principio di legalità affermato dall'art. 25, 2° c., Cost. come interpretato dalla Corte costituzionale: in primo luogo, riguardando le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza *Taricco*, un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva; in secondo luogo, l'applicazione di una sanzione sulla base di una normativa non adeguatamente determinata, poiché i requisiti della gravità e del numero considerevole di casi non sono affatto specificati, «cosicché la relativa determinazione [del regime discrezionale applicabile] viene rimessa al giudice»⁴¹.

Nella sua ordinanza n. 24/2017 la Consulta contesta la lettura restrittiva del principio di legalità compiuta dalla Corte di giustizia e insiste tanto sul carattere sostanziale della prescrizione in Italia (ma anche in Spagna) e, dunque sulla sua piena riconducibilità al principio di legalità⁴², quanto sulla natura di quest'ultimo quale principio supremo dell'ordinamento, «posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva»⁴³. Il contrasto della regola *Taricco* con l'art. 25, 2° c., Cost. deriverebbe dal più alto livello di tutela assicurato al principio di legalità nell'ordinamento italiano. Le differenze rispetto alla causa *Melloni*, consentirebbero di applicare lo standard nazionale ai sensi dell'art. 53 Carta⁴⁴. In ogni caso, la Consulta puntualizza che «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

⁴⁰ Tra gli autori che hanno invece argomentato che la Corte costituzionale avrebbe dovuto attivare i controlimiti senza sollevare un nuovo rinvio pregiudiziale v., ad esempio, G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, online in *Archivio Penale*, n. 3/2015, p. 15; *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 12 febbraio 2016, p. 11. Nella dottrina straniera, v. B. Budinska, Z. Vikarska, *Criminal Law, Human Rights and Constitutional Pluralism: Two Views on Taricco II*, in *EU Law Analysis*, 7 dicembre 2017.

⁴¹ Ordinanza n. 24/2017, cit., punto 1.

⁴² *Ibidem*, punto 4.

⁴³ *Ibidem*, punto 2.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 8.

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)⁴⁵. Della clausola identitaria, però non si fa menzione nei quesiti pregiudiziali, che riguardano invece, la compatibilità della regola *Taricco* con i principi di irretroattività e determinatezza nonché il carattere assoluto della regola e quindi la possibilità di applicare comunque gli artt. 160, u.c., e 161 c.p. per salvaguardare un principio supremo dell'ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Nella tanto attesa sentenza *M.A.S. e M.B.*, resa il 5 dicembre 2017 in un clima teso, fortemente condizionato dalle conclusioni *tranchantes* e poco “promettenti” dell'avvocato generale Bot⁴⁶, la Grande Sezione ha riaffermato che: «[p]er quanto riguarda le conseguenze di un'eventuale incompatibilità di una normativa nazionale con l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, dalla giurisprudenza della Corte emerge che detto articolo pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi, che non sono accompagnati da alcuna condizione quanto all'applicazione delle norme enunciate da tali disposizioni»⁴⁷. Confermato l'effetto diretto di tale previsione, la Grande Sezione ribadisce l'obbligo di disapplicazione in capo al giudice nazionale⁴⁸. Essa non ritratta (apertamente) la lettura data all'art. 49 Carta nel precedente *Taricco*, non risolve il caso sulla scorta del precedente *Omega*⁴⁹ – invocato dalla Corte costituzionale per giustificare una interpretazione più elastica e inclusiva del principio di legalità – e nemmeno ammette una deroga fondata sul dovere di rispettare l'identità nazionale⁵⁰.

Questi i passaggi rilevanti del ragionamento condotto in *M.A.S. e M.B.* (che, come anticipato, non cita né *Omega*, né *Schmidberger*): primo, l'applicazione del regime prescrizione italiano lede l'effettività dell'art. 325 TFUE⁵¹; secondo, nei procedimenti pendenti, i giudici nazionali sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati (valorizzando un inciso della sentenza *Taricco*⁵²; terzo, il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile, riveste un'importanza centrale nell'ordinamento dell'Unione, appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è

⁴⁵ *Ibidem*, punto 6.

⁴⁶ [V. conclusioni del 18 luglio 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B.](#)

⁴⁷ Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 38. La Grande Sezione era così composta: K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, J.L. da Cruz Vilaça (relatore), C.G. Fernlund e C. Vajda, presidenti di sezione, A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, M. Safjan, F. Biltgen, K. Jürimäe, M. Vilaras ed E. Regan giudici.

⁴⁸ *Ibidem*, punto 39.

⁴⁹ [Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02.](#)

⁵⁰ Sulla possibilità (*rectius*, necessità) di risolvere le questioni pregiudiziali senza ricorrere all'art. 4, par. 2, v. già L. S. ROSSI, *Come risolvere la “questione Taricco” ... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in *Sidiblog*, 17 maggio 2017.

⁵¹ Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 36.

⁵² *Ibidem*, punto 53.

proclamato all'art. 49 Carta nonché da vari trattati internazionali, tra cui la CEDU⁵³; quarto, 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 IVA⁵⁴; quinto, viene riconosciuto ai giudici nazionali – in ossequio al precedente *Akerberg Fransson* in considerazione del fatto che la fattispecie rilevante si collocava temporalmente prima dell'intervento di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione – un certo margine discrezionale nello stabilire se applicare i più elevati standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali purché ciò non si risolva in pregiudizio per il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione⁵⁵ e, in definitiva, il potere di determinare la concreta disapplicazione del regime prescrizionale.

In altri termini, la Corte di giustizia si sforza di interpretare la sentenza *Taricco* in conformità con le specificità dell'ordinamento italiano senza tuttavia ricorrere, come anticipato, alla formula *Omega*, in base alla quale «non è indispensabile [...] che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa»⁵⁶. Così, essa precisa che il delicato compito di garantire che le norme sulla prescrizione rispettino le condizioni fissate al punto 58 della sentenza *Taricco* «[s]petta in prima battuta, al legislatore nazionale»⁵⁷ il quale può prolungare il termine di prescrizione «con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti» senza violare l'art. 49 Carta⁵⁸. Infatti, se la tutela degli interessi finanziari rientra nelle competenze concorrenti dell'Unione e degli Stati membri, sino all'adozione della direttiva 2017/1371/UE (c.d. direttiva PIF) l'Italia rimaneva libera di prevedere che il regime prescrizionale facesse parte del diritto penale sostanziale e fosse dunque soggetta al principio di legalità dei reati e delle pene⁵⁹.

Sino al 5 luglio 2017, dunque, deve ritenersi 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»⁶⁰ e che i giudici nazionali possono continuare ad applicare gli artt. 160, u.c., e 160 c.p. nella misura in cui il rispetto della regola *Taricco* produrrebbe «una

⁵³ *Ibidem*, punti 51-55.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 58.

⁵⁵ *Ibidem*, punti 46 e 47. Particolarmente critica sull'approccio sbrigativo adottato dalla Corte di giustizia è D. Burchardt, *Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II*, in *Verfassungsblog*, 7 dicembre, 2017, secondo cui «there is no engagement with the question of how [the EU law principle of legality and the domestic law principle of legality interrelate], whether they are congruent or divergent, and which of them has to be applied in the case at hand». V. anche C. Paristeridou, J. Ouwkerk, op. cit.

⁵⁶ Sentenza *Omega*, cit., punto 37.

⁵⁷ Corte giust., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, cit., punto 41.

⁵⁸ *Ibidem*, punto 42.

⁵⁹ *Ibidem*, punti 44 e 45.

⁶⁰ *Ibidem*, punto 58.

situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile»⁶¹.

La circostanza che in *M.A.S. e M.B.* la Corte di giustizia riconosca apertamente il ruolo preminente del legislatore nazionale nello «stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE» non mette in discussione l'obbligo di applicazione (diretta) della disposizione UE (previa disapplicazione degli artt. 160, u.c., e 161 c.p.) da parte del giudice. La puntualizzazione deve piuttosto leggersi come un atto di deferenza nei confronti dell'ordinamento giuridico interno ed in particolare del principio della riserva di legge – problema che non viene affrontato nella sentenza (ma alla base delle preoccupazioni della Consulta) – e come un riconoscimento del delicato ruolo – residuale ed emergenziale – che il giudice nazionale, in qualità di giudice dell'Unione, è chiamato a giocare in materia penale⁶². In tal modo la Corte ricompone la frattura che essa stessa aveva contribuito a determinare, ma le conseguenze della pronuncia *M.A.S. e M.B.* saranno pienamente apprezzabili solo nel medio periodo e molto dipenderà dalla risposta della Consulta ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di cassazione in relazione alla regola *Taricco*.

5. Una prima reazione della Consulta: il controllo accentratore (ed esclusivo) di costituzionalità quale espressione dell'identità nazionale e la tutela dello standard nazionale di protezione dei diritti fondamentali nella sentenza n. 269/2017

Pochi giorni dopo la sentenza *M.A.S. e M.B.*, com'è noto, la Consulta ha adottato la controversa sentenza n. 269/2017. Investita da due ordinanze di rimessione della Commissione tributaria provinciale di Roma, essa è stata chiamata ad esprimersi sulla compatibilità con gli articoli 3, 53 e 23 Cost. del contributo obbligatorio imposto su talune imprese con sede in Italia a favore della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Secondo il giudice *a quo*, infatti, la normativa interna si sarebbe posta in

⁶¹ *Ibidem*, punti 46-48, 59 e 62.

⁶² L. DANIELE, *La sentenza Taricco torna davanti alla Corte di giustizia UE: come decideranno i giudici europei?*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso «Taricco» e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., pp. 113 -127; D. SARMIENTO, *To bow at the rhythm of an Italian tune*, in *despiteourdifferencesblog*, 5 dicembre 2017.

contrasto con il principio di eguaglianza, con il dovere di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva⁶³, nonché con la riserva di legge⁶⁴.

Prima di soffermarsi sull'ormai celebre *obiter dictum* pronunciato in merito alle modalità attraverso cui salvaguardare i diritti fondamentali della persona protetti nel nostro ordinamento, vale la pena ricordare, per quanto attiene alla prima delle due ordinanze, quella del 2 maggio 2016, che nonostante il ricorrente nel giudizio *a quo* avesse chiesto la disapplicazione delle disposizioni rilevanti per contrasto con il diritto dell'Unione europea, la Commissione tributaria ha ritenuto «più aderente al sistema giuridico complessivo» valutare in via prioritaria la loro conformità a Costituzione. Con riferimento alla seconda ordinanza, del 25 ottobre 2016, invece, va sottolineato come il giudice remittente avesse preliminarmente considerato ed escluso ogni motivo di contrasto con l'art. 49 TFUE.

In linea con i propri precedenti, la Corte costituzionale ritiene inammissibili le questioni sollevate con la prima ordinanza e non fondate quelle sottoposte alla sua attenzione con la seconda. Dunque, la Corte dimostra di avere ben chiare le dinamiche che informano i rapporti inter-ordinamentali e il ruolo primario del giudice ordinario, e di volerle applicare nella fattispecie. Al contempo, però – dopo ampia e completa ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di primato, efficacia diretta ed effetto utile – i giudici decidono, proprio sulla base della vicenda *Taricco*⁶⁵, di svolgere alcune precisazioni, di carattere generale, sistematico e quasi pedagogico: se è vero che con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ha lo stesso valore dei trattati, è altrettanto certo che essa «è dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»

⁶³ Essa, infatti, escluderebbe dall'obbligo di contribuzione i consumatori, le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici diversi dagli imprenditori; assoggetterebbe all'obbligo di contribuzione solo gli imprenditori con volume d'affari superiore a 50 milioni di euro; individuerrebbe quale base imponibile una grandezza come il fatturato, da considerarsi inespressiva di capacità contributiva. Inoltre, prevedendo un limite massimo alla misura del contributo, introdurrebbe una imposizione regressiva a beneficio delle imprese di maggiori dimensioni, in spregio al principio di progressività dell'imposizione (sentenza n. 269/2017, punto 2).

⁶⁴ In quanto la disposizione impugnata attribuisce all'Autorità garante la facoltà di apportare variazioni alla misura e alle modalità di contribuzione, senza predeterminare i criteri da seguire (sentenza n. 269/2017, punto 2).

⁶⁵ Le cause *Taricco* e *M.A.S. e M.B.* sono esemplificative del problema considerato dalla Consulta: l'interpretazione data all'art. 325 TFUE dalla Corte di giustizia, infatti, rischia di determinare una doppia violazione, della Carta e della Costituzione (come ben evidenziato da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017). Si noti che la risposta della Consulta alla sentenza *Taricco* richiama da vicino alcuni passaggi della [sentenza Fragd \(21 aprile 1989, n. 232\)](#), che pure riguardava l'interpretazione di una norma di diritto primario funzionale ad assicurare la tutela giurisdizionale effettiva (art. 177 TCEE, oggi art. 267 TFUE), con potenziale violazione della legge di ratifica ed esecuzione dei trattati di Roma in riferimento agli artt. 23, 24 e 41 Cost. Dopo aver riconosciuto che l'ordinamento comunitario «prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli», la nostra Corte costituzionale avvertiva che «ciò non significa che possa venir meno la [sua] competenza a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana»(punto 3.1).

e che i principi e i diritti ivi enunciati «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»⁶⁶.

La combinazione di questi elementi genera un rischio che la Consulta non è disposta a correre: quello di essere esclusa dal dialogo con la Corte di giustizia quando si tratta di aspetti che rientrano nelle sue prerogative costituzionali. Così, poiché «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)», è ad essa che spetta la competenza a valutare eventuali violazione dei diritti fondamentali «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»⁶⁷. Tutto ciò, si precisa, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia»⁶⁸.

Le rivendicazioni della Corte costituzionale, invero, non sono isolate e nel tentativo di contenere la portata rivoluzionaria dell'*obiter dictum*, si richiamano le posizioni assunte dalla Corte costituzionale austriaca nella causa *U*⁶⁹, dove, per l'appunto, era in gioco l'equivalenza della tutela garantita ai sensi dell'art. 47 Carta e del diritto costituzionale. Questo richiamo è puntuale perché le preoccupazioni della Consulta sono le medesime del *Verfassungsgerichtshof*, e riguardano non tanto i rapporti con la Corte di giustizia, che avrebbe addirittura avallato la conformità con il diritto dell'Unione della questione di priorità

⁶⁶ Sentenza n. 269/2017, punto 5.2. Sul rapporto tra primato, uniforme applicazione del diritto dell'Unione, identità costituzionali e controlimiti, specie nella dottrina costituzionalistica, v. M. CARTABIA, "Unita nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 583 ss. A. RUGGERI, Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici), in AA. VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni, Atti del Convegno annuale del 'Gruppo di Pisa'. Capri, 3-4 giugno 2005*, Milano, 2006, p. 846 s.; R. MICCÙ, *Il costituzionalismo europeo e la sfida delle identità costituzionali nazionali*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, 2010, p. 1617 ss.; F. X. MILLET, *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, 2013; M. CARTABIA, Commento all'art. 4, par. 2 TUE in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 23; G. CAPONI, V. CAPUOZZO, I. DEL VECCHIO E A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*, in *Federalismi*, 24 dicembre 2014; E. CLOOTS, *National Identity in the EU Law*, Oxford University Press, 2015 e, da ultimo, G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, p. 278 ss.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*. Insiste sull'approccio collaborativo della pronuncia L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 18 gennaio 2018. In particolare, l'Autore ritiene che «[i]l significato di questa sentenza si limiterebbe così ancora una volta -pur non essendo precisato dalla stessa- ad eliminare, anche con riferimento alla Carta (i cui effetti diretti sono invero un problema che va risolto norma per norma e caso per caso), l'obbligo di procedere alla previa valutazione degli aspetti europei prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale».

⁶⁹ Sentenza 14 marzo 2012, U 466/11-18; U 1836/11-13.

costituzionale in *Melki e Abdeli* (per la Francia) e in *A*⁷⁰ (per l’Austria), quanto quelli con i giudici comuni, che farebbero spesso riferimento alle norme della Carta (nonché a quelle della CEDU⁷¹), anziché a quelle della Costituzione, e che sempre più di frequente riterrebbero le prime dotate di efficacia diretta e, dunque, in grado di prevalere sullo standard nazionale senza necessità di rivolgersi all’organo preposto e competente, ovverosia la Corte costituzionale.

Ora, se è vero che nella sentenza *Melki e Abdeli* la Corte di giustizia ammette un possibile differimento del momento del rinvio da parte del giudice comune, all’esito del giudizio prioritario di costituzionalità⁷² – e dà quindi prova di comprendere la valenza strutturale delle esigenze interne, di saper rispettare la riforma operata in Francia nel 2009 senza rinunciare all’autonomia dell’ordinamento dell’Unione e alla sua competenza interpretativa e di validità⁷³ – è altrettanto chiaro che in Italia il problema sarebbe diverso. Anziché in un differimento del potere/dovere di ricorrere all’art. 267 TFUE, eventualità fermamente esclusa dalla Corte di giustizia ancora nella recente sentenza *Global Starnet*⁷⁴, l’*obiter dictum* della Consulta rischierebbe di concretizzarsi nell’impossibilità per il giudice comune di procedere alla disapplicazione immediata delle norme interne (costituzionalmente legittime, ma) incompatibili con il diritto dell’Unione, in ragione del fatto che la norma della Carta corrispondente a quella costituzionale che dà copertura al diritto fondamentale rilevante non offre una tutela sufficientemente intensa da “prevalere” rispetto all’esigenza di corretta, uniforme ed effettiva applicazione del diritto dell’Unione.

La situazione, però, sarebbe difficilmente conciliabile con quanto affermato in *Filipiak*⁷⁵, dove la Corte di giustizia ha negato la possibilità per il giudice amministrativo di rinviare il momento della disapplicazione in ragione del fatto che la Corte costituzionale polacca aveva nel mentre dichiarato le norme interne controverse illegittime per contrasto con il principio di uguaglianza (letto in combinato disposto con il principio di giustizia sociale), ma salvato gli effetti della disposizione controversa per un periodo limitato di tempo⁷⁶. Se la regola è applicabile quando le posizioni di Corte di giustizia e Corte costituzionale

⁷⁰ Sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13.

⁷¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018.

⁷² V., in particolare, i punti 45 e 57 della citata sentenza *Melki e Abdeli*.

⁷³ Sia consentito rinviare a G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, p. 74 ss.

⁷⁴ [Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C-322/16.](#)

⁷⁵ [Corte giust., 19 novembre 2009, causa C-314/08.](#) In questo contesto torna in rilievo la citata sentenza *Åkerberg Fransson*, poiché anche qui il diritto interno limitava la possibilità di disapplicare la legislazione nazionale contrastante con il diritto dell’Unione. Più precisamente, in base ad una consolidata prassi giurisprudenziale, tale eventualità doveva risultare chiaramente «dal tenore della [legge] o dalla relativa giurisprudenza» (punto 45). Secondo la Corte di giustizia, una simile condizione, *de facto*, «priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte di giustizia dell’Unione europea, la compatibilità [della normativa interna] con la Carta» (punti 48 e 49).

⁷⁶ Punto 24 della citata sentenza *Filipiak*.

convergono, essa vale *a fortiori* in caso di contrasto. A ben vedere, poi, dovrebbe trovare applicazione anche, sebbene *mutatis mutandis*, la formula utilizzata dalla Corte di giustizia in *Elchinov*, ovvero: «che il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione»⁷⁷. Cosicché, pare doversi (comunque) escludere che l'interpretazione che la Corte costituzionale offre di una norma costituzionale che ricalca, riflette, richiama una disposizione della Carta, possa privare il giudice comune del potere di immediata disapplicazione qualora, con o senza previo ricorso allo strumento pregiudiziale, ritenga la normativa interna in conflitto con il diritto dell'Unione dotato di efficacia diretta.

Più plausibile sembra essere, come suggerito, una lettura della sentenza (*rectius*, dell'*obiter*) che privilegia la dimensione interna del problema. Il monito è solo implicito, ma ben recepito dai giudici di legittimità, che nell'ordinanza n. 3831/2018 hanno prontamente chiesto chiarimenti alla Consulta⁷⁸; più segnatamente, la II sezione civile della Corte di cassazione paventa un contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁹ qualora, «nel sistema delineato dalla sentenza n. 269/2017, dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale il potere del giudice comune di disapplicare la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità sia limitato alla ipotesi che tale giudice ravvisi – eventualmente all'esito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE – un contrasto con il diritto dell'Unione per profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale»⁸⁰. La decisione di non rivolgersi alla Corte di giustizia e di (suggerire e) attendere che lo faccia la Consulta è al contempo deferente e provocatoria, ma comunque volta ad ottenere chiarezza.

⁷⁷ [Corte giust., 5 ottobre, causa C-173/09, Elchinov](#), punto 32.

⁷⁸ La questione nasceva dalle sanzioni emesse dalla Consob nei confronti del socio e consigliere di amministrazione di una società per *insider trading*, conformemente alla normativa italiana di recepimento di talune direttive comunitarie. In discussione erano i principi (di natura penale) del *nemo tenetur se detegere* e della proporzione tra illeciti e sanzioni. La fattispecie, però, rientrava chiaramente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e determinava quindi l'applicabilità dell'art. 47 Carta, che la Cassazione infatti ha ritenuto applicabile, riconoscendola appunto «disposizione astrattamente suscettibile di applicazione diretta e immediata negli ordinamenti nazionali nei paesi membri dell'Unione europea».

⁷⁹ Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C322/16, *Global Starnet*, cit. e già [4 giugno 2015, causa C-5/14, Kernkraftwerke Lippe](#).

⁸⁰ In particolare il dubbio nasce dall'inciso «per altri profili», utilizzato laddove viene riconosciuto al giudice comune il potere «di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione» (punto 5.2, penultimo capoverso).

La sentenza n. 269/2017 sembra avere (volontariamente) creato le condizioni per un nuovo rinvio alla Corte di giustizia volto a saggiare fino a che punto i giudici del Kirchberg sono disposti a “cedere” e offrire, in linea (almeno secondo la Consulta) con i precedenti *Melki e Abdeli e A*, una lettura più morbida della giurisprudenza *Simmenthal*⁸¹, più sensibile alle specificità interne degli Stati membri, insite nella concezione che ciascuno di essi ha dello Stato di diritto e della separazione dei poteri e della tutela da assicurare ai diritti fondamentali dell’individuo. Sono questi, naturalmente, principi identitari e comuni alle tradizioni costituzionali, patrimonio fondante dell’ordinamento dell’Unione, ma anche potenziali ostacoli all’esercizio delle libertà fondamentali nonché al perseguimento di obiettivi comuni quali la tutela degli interessi finanziari di cui all’art. 325 TFUE. Non si tratta, come si va suggerendo in dottrina da anni, di far prevalere uno standard sull’altro ovvero di mostrare una deferenza assoluta rispetto a profili identitari, più o meno presunti⁸², ma di soppesare attentamente i diversi interessi in gioco e la priorità di cui questi godono nel rispettivo ordinamento, rammentandosi che è pur sempre dai sistemi nazionali che trae origine e legittimazione l’Unione.

Come osserva la stessa Corte costituzionale, il contesto è ora mutato, e non solo perché la Carta ha valore giuridico vincolante. La dottrina del primato e dell’effetto diretto, con l’effetto di opposizione, sostituzione e disapplicazione che ne può conseguire, insieme al dovere di interpretazione conforme⁸³ e al principio di responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto dell’Unione da parte dei giudici di ultima istanza si sono andati diffondendo tra gli operatori del diritto, anche nei nuovi Stati membri. I problemi nascono quando l’antinomia non può essere risolta ricorrendo all’interpretazione conforme, e si deve ricorrere alla sostituzione/disapplicazione della normativa interna, di matrice costituzionale, che esprime ed impone il rispetto di determinati standard di tutela dei diritti fondamentali della persona ovvero delle scelte compiute in relazione alla ripartizione interne di competenze tra livello

⁸¹ [Corte giust., 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*](#). Sul punto è utile ricordare che conformemente alla giurisprudenza *Simmenthal* la preminenza del diritto UE produce un triplice ordine di conseguenze: rende «*ipso jure*» inapplicabile [...] qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente» (punto 17); «osta alla valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi [siano] incompatibili con norme comunitarie» (punto 17); impone al giudice di «fare tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie» (punto 22). Sull’applicazione poco ortodossa della dottrina *Simmenthal* nella causa *A*, come già nella causa *Melki e Abdeli*, v. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 4089 ss., spec. p. 4096.

⁸² A. RUGGERI, “Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in *Rivista di Diritto Comparati*, 19 novembre 2013.

⁸³ Con particolare riguardo alla più recente giurisprudenza interna, v. Cass., sez. lavoro, sentenza del 21 febbraio 2018, n. 4223. Nondimeno, vale la pena insistere sulla circostanza che nella citata ordinanza n. 24/2017 la nostra Corte costituzionale esclude la possibilità di procedere all’interpretazione conforme senza violare l’art. 25 Cost.

centrale e locale, ovvero, ancora, incide direttamente su procedure attinenti al mantenimento dello Stato di diritto e alla separazione di poteri.

Trattasi evidentemente delle classiche ipotesi che possono far scattare i controlimiti⁸⁴. Il ricorso ad essi si è ad oggi verificato, formalmente, solo nel caso *Landtova*⁸⁵, dove però la scelta di non allinearsi alla soluzione (*rectius*, alternativa) delineata dalla Corte di giustizia dipendeva, in concreto, da una diatriba (e nota) tensione interna tra la Corte suprema amministrativa ceca e la Corte costituzionale. La vicenda ricorda da vicino le dinamiche scaturite a livello interno dalla saga *Taricco* e che hanno sollecitato la formulazione del famoso *obiter dictum* di cui al punto 5.2. della sentenza n. 269/2017. Vieppiù, appare evidente che la risposta della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali posti da un giudice nazionale non è sempre in grado di scongiurare l'opzione dei controlimiti.

Giusta quanto premesso, non deve essere sottovalutato il richiamo esplicito, effettuato nella sentenza n. 269/2017, dell'art. 134 Cost. Come detto, nonostante l'art. 4, par. 2, TUE venga menzionato nell'ordinanza n. 24/2017, esso non figura nei quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte di giustizia nella causa *M.A.S. e M.B.* Ebbene, è verosimile che la clausola identitaria venga invocata dalla Consulta nel rinvio che con ogni probabilità scaturirà dall'ordinanza n. 3831/2018 della Corte di cassazione. Il che potrebbe, e dovrebbe, finalmente, portare la Corte di giustizia a soffermarsi sulla natura e portata di una disposizione che, benché inserita per la prima volta nei trattati in occasione del trattato di Maastricht, è divenuta pienamente giustiziabile (prima lo era, probabilmente, unicamente per il tramite del principio di leale collaborazione⁸⁶) solo con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Ciò contribuirebbe a definire i "limiti costituzionali" all'intervento della Corte di giustizia, in quanto interprete qualificato ed esclusivo del diritto dell'Unione, almeno per quanto attiene al controllo accentrato di costituzionalità (sul rispetto dello standard nazionale di tutela dei diritti fondamentali)⁸⁷, ma anche a contenere le pretese sovraniste degli Stati membri.

Particolarmente importante sarebbe in tale occasione insistere sulla netta distinzione – ben evidenziata dall'avvocato generale Bot nelle sue conclusioni in *M.A.S. e M.B.*⁸⁸ – tra quanto rientra nell'applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE e quanto, invece, attiene alla protezione dei diritti fondamentali. Invero, le

⁸⁴ Secondo l'impostazione prevalente, il mancato rispetto del diritto dell'Unione, ivi incluse le sentenze della Corte di giustizia – e quindi anche degli obblighi che discendono dalle disposizioni costituzionali che autorizzano la ratifica e l'esecuzione dei trattati e favoriscono la partecipazione dello Stato al processo di integrazione europea – può essere il risultato di un controllo *ultra vires*, un controllo sui diritti fondamentali e/o un controllo sul rispetto dell'identità (costituzionale) nazionale.

⁸⁵ [Corte giust., 22 giugno 2011, causa C-399/09.](#)

⁸⁶ *Amplius*, sia sempre consentito il rinvio a G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri*, cit., p.54 ss.

⁸⁷ In senso conforme sembra esprimersi M. KRAJEWSKI, *A Way Out for the ECJ in Taricco II: Constitutional Identity or a More Careful Proportionality Analysis?*, in *europeanlawblog*, 23 novembre 2017.

⁸⁸ Conclusioni del 18 luglio 2017, causa C-42/17, cit., spec. punti 169 ss.

prerogative oggi rivendicate da diverse corti costituzionali e supreme – si pensi all’esperienza tedesca, italiana, francese, danese – non investono solo, e nemmeno in forma prevalente, la regola *Simmenthal*⁸⁹. Nella sentenza n. 269/2017, ad essere messa in discussione è, piuttosto, la dottrina *Internationale Handelsgesellschaft*⁹⁰. L’imperativo categorico dell’effetto utile, che si nutre dell’efficacia diretta riconosciuta a disposizioni di diritto primario (*Defrenne*), anche se prive di una normativa di attuazione (*Taricco e M.A.S. e M.B.*), non può non tenere in debita ed espressa considerazione le specificità nazionale; pena, l’attivazione dei controlimiti.

Il successo dello strumento pregiudiziale ha inciso profondamente sul ruolo del giudice comune nella struttura giudiziaria interna degli Stati membri, creando – per effetto delle proprietà espansive del diritto dell’Unione – sempre maggiore distanza tra le corti ordinarie e le corti supreme e costituzionali. Ed è proprio tramite un uso accentrato dello strumento pregiudiziale che esse intendono riguadagnare terreno. Non tramite la ricerca dello scontro, e neppure con il silenzio, ma tramite una nuova stagione del dialogo tra giudici e ordinamenti.

⁸⁹ In tal senso, v. anche B. Budinska, Z. Vikarska, op. cit.

⁹⁰ Secondo D. Burchardt, op. cit., è la sentenza *M.A.S. e M.B.* che costituisce già una rivisitazione della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, con attenuazione della regola ivi stabilita.