

DA TARICCO A BOLOGNESI, PASSANDO PER LA CERAMICA
SANT'AGOSTINO: IL DIFFICILE CAMMINO VERSO UNA NUOVA
SISTEMAZIONE DEL RAPPORTO TRA CARTE E CORTI*

ROBERTO MASTROIANNI**

Sommario

1. Premessa. – 2. La sentenza Taricco *bis*, un tentativo non completamente riuscito di trovare un punto di equilibrio tra sistemi nazionali ed europei di tutela dei diritti fondamentali. Gli aspetti di forma... – 2.1. ... e di sostanza. – 2.2. Le deviazioni dal modello *Fransson*. – 2.2. Uno sguardo agli scenari futuri. – 3. La nuova sistemazione dei rapporti tra Corti e Carte nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017. – 4. La reazione della Corte di Cassazione. – 5. Verso un sistema di tutela dei diritti fondamentali ispirato al principio di prossimità.

Suggerimento di citazione

R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente lavoro si basa sulle relazioni presentate dall'Autore nei convegni svoltisi nell'Università di Napoli "Federico II", il 29 gennaio 2018 (" *Tra supremazia e controlimiti: una nuova fase nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea?*"), e presso la Corte di Cassazione il 1° febbraio 2018 (" *Primato del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17 e gli scenari futuri*") e il 14 marzo 2018 (" *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: efficacia ed effettività*").

** Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell' Università di Napoli "Federico II".

Contatto: roberto.mastroianni@unina.it

1. Premessa

Il tema del rapporto tra il diritto dell'Unione ed i principi costituzionali nazionali sta conoscendo in questi ultimi anni una seconda giovinezza, con un apporto che definirei *torrenziale* di materiale giurisprudenziale e dottrinale. Eppure, si tratta di un tema che aveva conosciuto negli anni precedenti un periodo di relativa stabilità, dovuta al consolidamento di una serie di principi e soluzioni, frutto dei noti arresti giurisprudenziali europei e nazionali, nonché alla sostanziale (anche quando non esplicita) condivisione, da parte delle Corti di vertice, delle posizioni assunte dalle altre¹.

Il *ritorno di fiamma* è dovuto ad una serie di fattori, tra i quali mi sembra di poterne qui individuare alcuni. *In primo luogo*, il recente ampliamento o ulteriore approfondimento delle competenze dell'Unione in materie molto vicine al cuore della sovranità statale (per fare esempi ovvi, il diritto e la procedura penale e le politiche migratorie, ma anche la politica monetaria). E' evidente che all'interno degli ordinamenti nazionali possono emergere in queste materie, oggi più spesso che in passato, vere o presunte frizioni tra gli obblighi di applicazione del diritto dell'Unione e le garanzie previste dalle Costituzionali nazionali.

In secondo luogo, la presenza di un sistema europeo "completo" di tutela dei diritti fondamentali, composto (almeno) dal 2009 da un testo "visibile" (la Carta di Nizza/Strasburgo) e da una Corte (di giustizia) che anche di questa Carta è la sola competente a fornire l'interpretazione "autentica" (art. 19 TUE). Si ricorderà che quando venne assunta l'iniziativa di redigere un testo che includesse una lista dei diritti fondamentali operanti nell'ordinamento dell'Unione, una delle motivazioni che si prospettarono per giustificare la scelta fu quella di attribuire finalmente a tali diritti una *visibilità* ed una *conoscibilità* diversa e maggiore rispetto al sistema precedente, fondato sui principi generali di diritto non scritto e quindi in sostanza frutto dell'attività pretoria della Corte di giustizia². Da quasi un decennio quel testo esiste, con la sua lista

¹ Ogni riferimento bibliografico rischia di essere inevitabilmente parziale. Per una ricostruzione di carattere generale ci limitiamo a ricordare: C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli 2015; E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Napoli, 2016.

² R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. Pen.* 2002, p. 261 ss., anche per la ricostruzione del dibattito dottrinale. Per valutazioni di carattere generale sulla Carta come "strumento vivente" e vari riferimenti alla prassi v. G. PALMISANO (ed.), *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, Leiden 2014; S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL, *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Oxford, 2015. Per un commentario articolo per articolo del testo della Carta cfr. S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (EDS.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing 2014; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI, F. PAPPALARDO, S. ALLEGREZZA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017. Per la prassi italiana di applicazione "interna" della Carta si veda A. ADINOLFI, *La rilevanza della Carta dei diritti fondamentali nella*

di diritti fondamentali riconosciuti a chiunque e con una serie di regole che ne determinano il campo di applicazione ed i suoi rapporti con altri documenti interni ed internazionali in materia di diritti dell'uomo (artt. 51-53). Dunque, se pure la Carta non interviene in un vuoto normativo, e considerato anche che la stessa, come espressamente ricordato dall'art. 6, par 3, TUE³, non esaurisce l'intera disciplina dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, è evidente che il *momento della scrittura* ha prodotto i suoi - peraltro facilmente prevedibili - frutti, facilitando la conoscenza e dunque la consapevolezza degli amministratori e dei giudici sull'esistenza di un nuovo catalogo di diritti fondamentali e sulla possibilità di invocarli sia nei confronti del potere pubblico, sia - a determinate condizioni - nei confronti di altri privati⁴. Allo stesso modo, tuttavia, sono emerse con maggiore frequenza alcune difficoltà di *convivenza* tra la Carta ed i sistemi nazionali⁵, per i motivi di cui si discuterà tra poco.

In terzo luogo, a rendere nuovamente attuale il rapporto di cui si discute intervengono le regole, prima ricordate, in tema di campo di applicazione della Carta. Se è vero che l'obiettivo primario del testo europeo è quello di fornire un catalogo (peraltro, si ribadisce, non esaustivo) di diritti di cui gli amministratori dispongono *nei rapporti con le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione*, dal testo del primo paragrafo dell'art. 51 si ricava pure la conferma che il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali interviene anche a determinare il *comportamento degli Stati membri*, ma soltanto qualora essi agiscano "nell'attuazione del diritto dell'Unione"⁶. Si avrà modo di valutare più avanti come questa locuzione abbia creato non poche difficoltà applicative, ma di certo questo dato ha consentito di (confermare di) attribuire al sistema

giurisprudenza interna: qualche riflessione per un tentativo di ricostruzione sistematica, in *Studi int. eur.*, 2018, p. 29 e ss.

³ La disposizione citata nel testo mantiene in capo alla Corte di giustizia la possibilità di ricostruire principi generali del diritto non scritti in materia di diritti fondamentali, tratti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dalla CEDU.

⁴ Corte di giustizia, sentenza 14 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*. In dottrina v. N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in *diritticomparati.it*, 3 marzo 2014; N. CARIAT, *L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux — État des lieux après l'arrêt Association de médiation sociale*, in *Cab. Dr. Eur.*, 2014, p. 305 ss.

⁵ A questo proposito si veda il rimarchevole lavoro di N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Bruxelles, 2016, e la bibliografia ivi citata.

⁶ In dottrina, in merito al significato di questa espressione, v. K. LENAERTS, *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *EuConst*, 2012, pp. 375 e ss.; See A. ROSAS, *When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at national level?*, in *Jurisprudencija*, 2012, p. 1269; F. FONTANELLI, *The Implementation of European Union Law by Member States Under Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia J. Eur. Law*, 2014, p. 194 w ss.; M. DOUGAN, *Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: Defining the 'scope of Union Law'*, in *CML Rev.*, 2015, p. 1212 e ss.

europeo di tutela dei diritti fondamentali una potenziale portata applicativa amplissima, spesso coincidente e sovrapponibile con lo spazio di intervento riservato al sistema nazionale in quanto relativo alle attività (*in primis*, legislative) svolte dagli Stati membri *in foro domestico*.

Il caso più frequente – ma non l’unico – è quello dell’adozione di norme finalizzate all’attuazione del diritto dell’Unione⁷, che si tratti di regolamenti non auto-applicativi o di direttive dell’Unione: in quanto attività legislativa interna, essa è in linea di principio tenuta a conformarsi ai vincoli imposti dai testi costituzionali nazionali. Tuttavia, trattandosi anche, per definizione, di attività che lo Stato membro svolge per dare attuazione al diritto dell’Unione, l’art. 51, par. 1, della Carta provvede espressamente ad inquadrarla nel proprio campo di applicazione. Ciò vale anche nei casi, ancora più “invasivi”, in cui gli Stati membri si vedono riconoscere da atti europei la possibilità di adottare o mantenere regole diverse da quelle armonizzate (c.d. armonizzazione minima): il margine di intervento lasciato allo Stato deve esercitarsi nel rispetto dei principi generali del diritto dell’Unione, compresi i diritti fondamentali, in quanto un atto europeo non potrebbe riconoscere agli Stati membri la facoltà di violare i diritti fondamentali dell’Unione⁸.

Un altro caso di grande attualità concerne le attività che potremmo definire “strumentali” o funzionali, intese cioè a fornire alle regole sostanziali del diritto dell’Unione un apparato processuale o sanzionatorio capace di dare alle prime effettiva applicazione e quindi di consentire loro di raggiungere gli obiettivi per cui sono state concepite⁹. È noto che, prescindendo dalla circostanza che dette regole strumentali siano state approvate in occasione della formale attuazione del diritto dell’Unione¹⁰, quest’ultimo pretende di poter svolgere uno

⁷ Si tratta della giurisprudenza inaugurata dalla Corte di giustizia con la sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*. Nella sentenza 10 luglio 2003, *Brooker aquaculture*, cause riunite C-20/00 e C-64/00, la Corte ha precisato che “per quanto riguarda l’applicazione della direttiva 93/53 da parte degli Stati membri, occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario vincolano gli Stati membri anche quando danno esecuzione alle disposizioni comunitarie e, di conseguenza, sono tenuti, per quanto possibile, ad applicare tali discipline nel rispetto delle esigenze ricordate”.

⁸ Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2013, causa C-234/12, *Sky Italia srl*, punti 14-15. In dottrina cfr. A. VON BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *CML Rev.*, 2012, p. 489 e ss. spec. p. 498.

⁹ Sulla c.d. autonomia procedurale degli Stati membri cfr. G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell’Unione europea. L’autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di “europeizzazione”*, Ed.it, Catania, 2010, nonché, della stessa autrice, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 5, 28.02.2018.

¹⁰ La Corte ha chiarito a più riprese che l’elemento citato nel testo non è indispensabile, per cui ad esempio può trattarsi di regole “processuali” interne che non sono state adottate allo scopo di trasporre una direttiva ma che sono strumentali per la sua applicazione nell’ordinamento interno. Cfr. la sentenza 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, punto 28, e più di recente la sentenza del

scrutinio finalizzato a verificarne, appunto, il sufficiente grado di adeguatezza per le finalità perseguite. Ora, dalla prassi risulta evidente che anche nel concreto svolgimento di questo scrutinio possono emergere delicate questioni riguardanti il rispetto dei diritti fondamentali delle persone (fisiche e giuridiche) coinvolte, ed è anche evidente che la scelta, da parte degli Stati membri, delle regole *lato sensu* “processuali” è attività che ricade non solo nell’ambito di applicazione delle disposizioni costituzionali nazionali, ma anche a pieno titolo in quello della Carta di diritti fondamentali.

Infine, la Carta interviene anche per la valutazione, dal punto di vista dei diritti fondamentali, delle deroghe invocate dagli Stati membri rispetto all’esercizio delle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato (c.d. giurisprudenza *ERT*¹¹). La questione è anch’essa di grande attualità, in quanto si pongono spesso dinanzi ai giudici nazionali problemi di verifica della conformità al diritto europeo di normative interne che, al fine di garantire il rispetto di esigenze imperative quali la tutela dei consumatori o dell’ordine sociale, limitino il diritto di stabilimento o la libera prestazione di servizi tra Paesi membri. Il caso più frequente, che coinvolge spesso anche il nostro Paese, è quello della normativa in materia di giochi e scommesse¹². La conseguenza di quanto appena esposto è che i due sistemi di tutela rischiano di diventare non solo coincidenti, ma anche *concorrenti* rispetto alla medesima situazione giuridica, e che la disciplina di quest’ultima può divergere in ragione dei contenuti del sistema di tutela al quale le rispettive regole appartengono, nonché delle esigenze proprie degli stessi.

Da ultimo, ed in qualche modo come risposta ai fattori sinora considerati, a determinare un rinnovato interesse sul tema qui in discussione interviene la volontà delle Corti costituzionali nazionali, o almeno di alcune di esse, di (ri)entrare in scena nella sistemazione dei rapporti tra fonti riappropriandosi di un ruolo più attivo rispetto al passato, anche attraverso un dialogo diretto e

16 maggio 2017, *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, punti 32 e ss., nella quale la Corte ha chiarito che “l’articolo 51, paragrafo 1, della Carta deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro attua il diritto dell’Unione, nell’accezione di tale disposizione, – e che, di conseguenza, la Carta risulta applicabile – quando attraverso la propria normativa commina una sanzione pecuniaria a carico di un amministrato che si rifiuta di fornire informazioni nel contesto di uno scambio tra autorità tributarie fondato, segnatamente, sulle disposizioni della direttiva 2011/16” (punto 42).

¹¹ Sentenza 18 giugno 1991, C-260/89.

¹² Da ultimo la sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd.*, C-322/16, par. 44: “Inoltre, occorre ricordare che, qualora uno Stato membro invochi motivi imperativi di interesse generale per giustificare una normativa suscettibile di ostacolare l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, questa giustificazione dev’essere interpretata anche alla luce dei principi generali del diritto dell’Unione e, segnatamente, dei diritti fondamentali ormai garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali. Pertanto, la normativa nazionale in questione potrà beneficiare di una giustificazione prevista soltanto qualora essa sia conforme ai principi e ai diritti sopra menzionati”.

quanto meno “alla pari” con la Corte di giustizia, in relazione (e forse anche in reazione) ad una prassi che le ha viste emarginate in favore di un dialogo diretto tra i giudici comuni e Lussemburgo¹³. Significativa è la parabola della Corte costituzionale italiana, che è passata da un rifiuto “strutturale” di qualificarsi come giurisdizione nazionale abilitata ad operare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla recente prassi di - peraltro in sé del tutto condivisibile - attivismo, confermata da due ordinanze di rinvio pregiudiziale in procedure incidentali, adottate in tempi relativamente ravvicinati¹⁴. Sarebbe da miopi non accorgersi della sensibilità che la CGUE ha di recente dimostrato nei confronti di questa ripresa di interesse. Le prese di posizione forse poco dialoganti, ma funzionali ad una forte tutela dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, con le quali si arrivava a precisare senza mezzi termini che anche le regole costituzionali nazionali sono in ogni caso sottoposte allo scrutinio di compatibilità comunitaria¹⁵, appaiono appartenere al passato o comunque sono sottoposte a varie precisazioni. E' tuttavia evidente che questa volontà di condivisione e collaborazione viene perseguita dalla Corte di giustizia anche a costo di mettere in discussione, come di fatto avviene con sentenze quali *Melki e Abdeli*¹⁶ e *A. c. B.*¹⁷, il totem della *plenitude des pouvoirs* che il diritto comunitario, come interpretato dalla CGUE, ha tradizionalmente riconosciuto ai giudici nazionali “comuni” e che notoriamente ha contribuito alla sistemazione dei rapporti tra fonti e corti nella maniera che oggi conosciamo. In quelle sentenze, infatti, la Corte, in apparente deviazione dal consolidato *principio Simmenthal*¹⁸, ha nella sostanza consentito al giudice nazionale di non provvedere alla immediata disapplicazione della norma interna ritenuta incompatibile con il diritto dell'Unione direttamente efficace, qualora venga attivato dallo stesso giudice il meccanismo interno di controllo di costituzionalità della medesima norma, del quale viene rispettato il ruolo “prioritario”.

¹³ Cfr. da ultimo, in termini molto chiari, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. Cost.*, 2018, p. 149 ss.

¹⁴ Mi riferisco ovviamente alle ordinanze n. 207 del 2013, in materia di successione di contratti di lavoro a tempo determinato, e n. 24 del 2017, in materia di prescrizione penale e “controlimiti”.

¹⁵ Ancora di recente, nella sentenza 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, I par. 59, la Corte ha precisato che “secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. pag. I-6079, punto 21, e 1/09, dell'8 marzo 2011, Racc. pag. I-1137, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61)”.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia (grande sezione) del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015, causa C-184/14.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, causa 106/77.

I fattori che ho sommariamente ricordato si ritrovano nelle prassi recenti di numerosi Stati membri¹⁹. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la saga *Taricco* è ad oggi la più complessa e nota di queste vicende²⁰; peraltro, pronunce successive²¹ ed altre in dirittura d'arrivo sia a Lussemburgo²², sia alla Consulta²³ forniscono ulteriori stimoli alla riflessione, evidentemente ancora in via di (ri)sistemazione anche nella giurisprudenza delle corti di vertice. Le osservazioni che saranno svolte nelle pagine che seguono sono principalmente riferite alla sentenza del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M. B.*, con la quale la Corte di giustizia ha risposto ai quesiti pregiudiziali posti dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017, di fatto accogliendo la posizione assunta dalla seconda in merito agli effetti interni della precedente sentenza dell'8 settembre 2015. Tuttavia, considerato il legame (in realtà più apparente che reale) tra le due pronunce, non mancheranno alcuni spunti dedicati alla sentenza della Consulta n. 269 del 2017, in ragione della inattesa svolta che quest'ultima ha voluto dare alla sua consolidata giurisprudenza in tema di rapporti tra ordinamenti, nel senso di pretendere un suo necessario coinvolgimento ogni qual volta il giudice comune si trovi a decidere sulla compatibilità di una legge interna sia con la Carta, sia con le regole costituzionali nazionali. Infine, si volgerà lo sguardo all'ultima iniziativa della Corte di Cassazione, la quale, come prima risposta alla nuova posizione sposata dalla Corte costituzionale, con ordinanza n. 3831/2018 della II sez. civile ha chiesto un nuovo intervento chiarificatore rispetto alla conformità di alcune affermazioni contenute nella sentenza 269 con la giurisprudenza comunitaria.

¹⁹ Per una ricostruzione della prassi riferita ad alcuni Stati membri cfr. D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, in <http://verfassungsblog.de>, 2 febbraio 2017. Tra i casi più recenti quello di maggiore interesse è probabilmente quello danese, su cui v. R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G. KROHN SCHALDEMOSE, *From cooperation to collision: The ECJ's Ajos ruling and the Danish Supreme Court's refusal to comply*, in *CML Rev.*, 2018, pp. 17 ss.

²⁰ Sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14.

²¹ Mi riferisco alla sentenza n. 269 del 2017, su cui tornerò in breve, ed alla già citata sentenza della Corte di giustizia *Global Starnet*.

²² Si tratta della causa C-574/15, *Scialdone*, sempre in tema di frodi europee e principio di legalità in materia penale, per la quale al momento si riscontrano le Conclusioni dell'AG Bobek del 13 luglio 2017.

²³ Mi riferisco a due ordinanze di rimessione in tema di reati sessuali a danno di minori, adottate dal Trib. di Roma il 21 giugno 2016 e dal Trib. di Imperia il 19 dicembre 2017, nelle quali si pongono nuovamente all'attenzione della Corte Cost. questioni molto delicate in tema di prescrizione e successione di leggi penali nel tempo.

2. La sentenza Taricco *bis*, un tentativo non completamente riuscito di trovare un punto di equilibrio tra sistemi nazionali ed europei di tutela dei diritti fondamentali. Gli aspetti di forma...

E' quindi il caso di prendere le mosse dalla pronuncia della Grande Sezione della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017, che qui per comodità chiameremo *Taricco bis*²⁴. Si tratta, come è noto, delle risposte fornite dalla Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali posti della Corte costituzionale con ordinanza n. 24 del 2017, con la quale le veniva sostanzialmente richiesto di fornire, a pena dell'attivazione dei *controlimiti*, una interpretazione della precedente sentenza *Taricco* che fosse conciliabile con i principi costituzionali fondanti il nostro sistema di diritto penale.

In questa sede non sembra necessario ripercorrere l'articolata vicenda processuale che ha portato alla pronuncia del 5 dicembre 2017²⁵ - rispetto alla quale si è sviluppato un dibattito dottrinale senza precedenti²⁶, con variegiate risposte giurisprudenziali - rispetto al quale abbiamo già espresso altrove una

²⁴ Sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.* Per commenti alla pronuncia v. O. POLLICINO, M. BASSINI, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *Verfassungsblog*, 5 dicembre 2017; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2017; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12/2017; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 285 e ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur., Osservatorio europeo*, 2017; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. I *controlimiti* come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua, in *Giur. Penale*, 6 dicembre 2017; G. VITALE, *L'attesa sentenza "Taricco bis": brevi riflessioni*, in *European Papers*, 2018, pp. 1-14; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2 febbraio 2018.

²⁵ Per una ricostruzione delle varie fasi della vicenda e molti approfondimenti dottrinali si veda il volume a cura di A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017.

²⁶ Il dibattito ha assunto a volte toni accesi, soprattutto da chi ha ritenuto di rivolgere alla Corte di giustizia (non solo dopo la prima, ma anche dopo la seconda sentenza!) forti critiche per aver sconfinato dalle proprie competenze e da quelle dell'Unione, preteso di auto-attribuire valore di fonte alla propria giurisprudenza, operato scelte *lato sensu* "politiche" (*sic*). Probabilmente l'episodio più significativo, da questo punto di vista, si rinviene in un commento (G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco-bis" della Corte di Giustizia U.E.: verso una legalità senza legge?*, in *Arch. pen.*, 3/2017, p. 14 e s., ripresa acriticamente anche da G. RICCARDI, *La Corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga Taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 marzo 2018), nel quale si dà notizia di non meglio precisate "difficoltà espresse pubblicamente" da un innominato componente della Corte di Lussemburgo che avrebbe esposto problemi di relazione con i colleghi in ragione del fatto che alcuni "non sono nemmeno dei giuristi o comunque non hanno alle loro spalle alcuna formazione di natura lato sensu giuridica". Accusa, questa, che si presenta ovviamente come inverosimile e che avrebbe con facilità potuto essere evitata con la semplice consultazione non dico del testo del Trattato (art. 253 TFUE), ma dei *curricula* dei giudici sul sito della Corte.

serie di osservazioni critiche²⁷. Ometteremo anche riferimenti alle conclusioni dell'Avvocato generale Bot, del 29 maggio 2017, considerata la diversità della soluzione suggerita in quella sede con la posizione infine raggiunta dalla Corte²⁸. Proveremo a svolgere invece alcune osservazioni in tema di forma e, soprattutto di sostanza, dedicate esclusivamente alla sentenza del 5 dicembre 2017.

Quanto alla forma, va segnalato che la Corte di giustizia non ritiene di esporre a chiare lettere la sua intenzione di cambiare (sia pure parzialmente) orientamento rispetto alla giurisprudenza precedente. In altri termini, la Corte non presenta la sua pronuncia per quello che è, vale a dire una parziale rivisitazione, ma in parti non secondarie, della prima sentenza *Taricco*. Al punto 28 della pronuncia in commento, infatti, la Corte presenta la nuova procedura pregiudiziale come un'occasione, offerta dall'ordinanza della nostra Corte costituzionale, di *precisare* la precedente interpretazione dell'art. 325 TFUE, sostenuta nella prima pronuncia del 2015. In realtà, come è oramai ampiamente acquisito e riconosciuto dalla dottrina più attenta²⁹, si tratta di *un cambio di rotta*: la Corte offre una soluzione evidentemente differente alla medesima questione affrontata nella pronuncia precedente, vale a dire il bilanciamento tra il principio della supremazia del diritto dell'Unione - nella specie riferito all'articolo 325 TFUE - e quindi il suo corollario della disapplicazione della regola interna difforme, da un lato, ed il principio di legalità in materia penale, codificato all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, *sub specie* divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*, dall'altro. Vedremo che la novità si sostanzia nel riconoscimento che i contenuti del principio di legalità - per quel che concerne la qualificazione sostanziale o processuale della prescrizione, con ciò che ne deriva rispetto al (divieto di) disapplicazione "retroattiva" delle regole codicistiche in ragione della loro incompatibilità con l'art. 325 TFUE - possono essere determinati in base ai dettami propri non già della Carta ma dell'ordinamento giuridico italiano (punti 58 e 60 della pronuncia).

Alla luce di quanto ora indicato, risulta non del tutto convincente che la Corte attribuisca in sostanza la sua "precisazione" alla possibilità offerta

²⁷ R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2016; ID, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 5 aprile 2017.

²⁸ Conclusioni dell'AG Bot presentate il 18 luglio 2017, su cui L. DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European papers*, 2017, Vol. 2, no 3, www.europeanpapers.eu, p. 987 e ss.

²⁹ Cfr. per tutti A. RUGGERI, *La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell'Unione (a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017)*, in *Diritti comparati*, n. 3/2017.

dall'ordinanza della Corte costituzionale di rispondere ad interrogativi "nuovi" in tema di principio di legalità, non portati alla sua conoscenza nella prima causa, con premessa di riepilogo delle caratteristiche del procedimento pregiudiziale (punti 22-24) e conseguente non tanto velato rimprovero al giudice di Cuneo per le lacune e le imprecisioni dell'ordinanza di rinvio nella causa *Taricco* (punti 25-26). In realtà, se è vero che l'ordinanza del Tribunale di Cuneo non affrontava la questione su indicata del rapporto tra principi fondamentali, avendo il giudice remittente indicato parametri interpretativi del tutto differenti, di certo la Corte nella prima causa si era posta (*in primis* nelle conclusioni dell'A.G. Kokott del 30 aprile 2015) il problema della compatibilità della disapplicazione degli articoli del codice penale con il principio di legalità in materia penale: una risposta era stata fornita nella sentenza dell'8 settembre 2015 (punti 53-58) in base alle osservazioni formulate da alcuni interessati (compreso il Governo italiano), e si trattava di una risposta basata sull'interpretazione "autonoma" del principio di legalità come codificato dall'art. 49 della Carta, diversa da quella che oggi si rinviene nella sentenza del 5 dicembre 2017. Ciò che in effetti mancava nella prima sentenza era la soluzione di affidare il delicato bilanciamento tra il principio di supremazia ed il principio di legalità alle scelte operate da un singolo sistema costituzionale, avendo la Corte adottato allora una risposta esclusivamente basata sulle norme della Carta. Vero è, d'altro canto, che la Corte individua come nuova anche la questione (sollevata dalla Corte costituzionale) del rispetto del principio di legalità *sub specie* della necessaria determinatezza della base giuridica del regime di punibilità, questione in effetti non proposta e quindi non affrontata nella causa *Taricco*.

In definitiva, le "considerazioni preliminari" che la Corte premette alla risposta ai quesiti risultano essere un modo non solo per attribuire al giudice remittente nella prima causa *Taricco* una responsabilità che probabilmente gli appartiene solo in parte, ma anche per giustificare la scelta della Corte di modificare il parametro di riferimento, spostando l'asse della valutazione "costituzionale" della portata del principio di legalità dalla Carta alle regole nazionali.

2.1. ... e di sostanza

Venendo ora al merito della pronuncia del 5 dicembre 2017, può essere utile innanzi tutto ribadire che la Corte ha confermato la presa di posizione più controversa contenuta nella prima sentenza, vale a dire il riconoscimento dell'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE, in tema di contrasto alle frodi al bilancio dell'Unione (punto 38). Peraltro, nessuna richiesta di rivedere questa conclusione era giunta dalla Corte costituzionale, dimostratasi pienamente rispettosa delle prerogative della Corte di giustizia come interprete autentico del diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia ha quindi ribadito che *entrambi* i commi dell'articolo citato, in quanto contengono obblighi precisi nei confronti degli Stati membri, producono effetti diretti nell'ordinamento interno. Dunque, il vincolo imposto direttamente a carico dello Stato italiano dall'art. 325 TFUE coinvolge sia il rispetto del principio di effettività e dissuasività del sistema repressivo delle frodi comunitarie (primo paragrafo), sia il principio di equivalenza rispetto alla disciplina adottata per il contrasto alle frodi al bilancio nazionale (secondo paragrafo). Successivamente, ha ribadito che la naturale conseguenza dell'accertamento della inadeguatezza delle regole italiane intese ad operare in contrasto alle frodi europee è l'obbligo, a carico del giudice nazionale, di "dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall'articolo 325, primo e secondo paragrafo e disapplicare le disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione che nell'ambito di un procedimento relativo a reati gravi in materia di IVA, ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione" (punto 39). Ha quindi ricordato che nella sentenza *Taricco* ha già avuto modo di segnalare che la sorte della disapplicazione diretta da parte del giudice nazionale non può non spettare a disposizioni interne in materia di prescrizione che, come quelle italiane, non consentano un'efficace repressione di gravi frodi al bilancio dell'Unione europea in un numero considerevole di casi, ovvero prevedano termini di prescrizione più brevi di quelli applicabili in caso di lesione degli interessi finanziari dello Stato.

Fin qui la Corte si è mossa nel solco del precedente. E' utile soffermarsi, per quanto verrà esposto in prosieguo, sulla circostanza che la disapplicazione della disciplina della prescrizione è confermata come rimedio da utilizzare, nei giudizi nazionali, per consentire all'art. 325 TFUE di esplicare il massimo dei suoi effetti nell'ordinamento interno e quindi per ripristinare la legalità europea violata dallo Stato membro. In altri termini, un contrasto alle frodi comunitarie che sia dotato delle necessarie caratteristiche di effettività può svolgersi soltanto a condizione che i processi riguardanti frodi gravi al bilancio dell'Unione non siano destinati, in un considerevole numero di casi, alla prescrizione. Come nella prima sentenza, non emerge – almeno in questa fase – la posizione del singolo, ritenuto formalmente estraneo al rapporto giuridico, disciplinato dall'art. 325, che vede protagonisti soltanto gli Stati membri e l'Unione.

A questo punto cominciano ad emergere le novità, peraltro non facili da individuare ed apprezzare in un periodo che non brilla per chiarezza e coerenza dei passaggi logici. Apparentemente senza un collegamento diretto alla fattispecie, la Corte inizia infatti ad inserire nel suo discorso il ruolo del legislatore nazionale, al quale (come è peraltro scontato) compete in primo luogo il compito di stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare

agli obblighi derivanti dall'art. 325 come ricostruiti dalla stessa Corte e prima ricordati. Subito dopo, al legislatore si concede quello che - come vedremo - non verrà (più) consentito ai giudici nazionali, in quanto si sostiene che non sarebbe vietato al primo di prorogare il termine di prescrizione precedentemente in vigore anche a condotte precedenti all'intervento legislativo, in quanto ciò non determinerebbe un *vulnus* al principio di legalità come operante nell'ordinamento dell'Unione (punti 41-42).

Segue un'affermazione relativa alla competenza concorrente dell'Unione e degli Stati in materia di tutela degli interessi finanziari dell'UE (punto 43), ed un richiamo all'assenza, alla data dei fatti del procedimento principale, di un intervento comunitario di armonizzazione delle regole nazionali sulla prescrizione dei reati di cui si discute. Come è noto, detto intervento si è realizzato soltanto - ed in maniera parziale - con l'adozione della recentissima 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 diritto³⁰. La Corte ne deriva che, sempre alla data dei fatti, la Repubblica italiana "era libera di prevedere che nel suo ordinamento giuridico detto regime ricadesse nel diritto penale sostanziale", con la conseguenza che detto regime fosse soggetto, così come quello della definizione dei reati e della determinazione delle pene, al principio di legalità come inteso nell'ordinamento interno (punto 44).

Questa affermazione merita qualche osservazione. Se è vero che l'armonizzazione delle regole in tema di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione è evento recente, non convince che la Corte derivi da ciò la piena "libertà" per gli Stati membri, prima dell'intervento legislativo in questione, di scegliere la disciplina da applicare, dovendo comunque il regime prescelto dallo Stato membro adeguarsi alle esigenze di tutela che l'art. 325 TFUE richiede siano rispettate e garantite. In altri termini, sembrava chiaro da una precedente pluridecennale giurisprudenza fondata sul principio di leale collaborazione (art. 5 del Trattato CE, oggi art. 4, comma 3, TUE)³¹ che pur in

³⁰ In GUUE, L198/29, del 28.7.2017. L'art. 12 della direttiva è rubricato "Termini di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione". Cfr. S.M. RONCO, *Frodi 'gravi' IVA e tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea: quali ricadute nell'ordinamento interno alla luce della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017?*, in *Archivio penale*, 2017, 3, on-line

³¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, causa 68/88, punti 23-24 (sentenza sul mais greco), ove si legge che "qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, l'art. 5 del trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva". V. sul

assenza di armonizzazione, le scelte operate dagli Stati membri in tema di regime *lato sensu* sanzionatorio dei reati che colpiscono gli interessi finanziari dell'UE non fossero "libere", ma vincolate al rispetto dei canoni di effettività ed equivalenza, in quanto principi generali del diritto dell'Unione che l'art. 325 TFUE codifica e rafforza in questo specifico settore. Questi vincoli si aggiungono a quelli eventualmente derivanti da un intervento di armonizzazione, che a loro volta potrebbero (in ipotesi) essere essi stessi sottoposti ad un controllo della loro conformità ai canoni superiori di effettività e dissuasività imposti dal diritto dell'Unione.

Nell'ottica di confermare la precedente pronuncia si inquadrano invece i paragrafi successivi della sentenza qui in commento, nella parte in cui la Corte ribadisce che, quanto al ruolo dei giudici nazionali, il riconoscimento dell'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE non comporta necessariamente la disapplicazione delle regole codicistiche sulla prescrizione, dovendosi effettuare un *bilanciamento* delle finalità rappresentate dall'articolo ora citato con il rispetto dei diritti fondamentali delle persone accusate (punto 46). Come già ricordato, nella sentenza *Taricco* questa esigenza è stata già valutata dalla Corte, che ha di conseguenza svolto una verifica sugli effetti della disapplicazione "retroattiva" delle regole sulla prescrizione basata su una lettura "autonoma" ed uniforme dell'art. 49 della Carta ed ispirata dalla giurisprudenza CEDU³². È noto parimenti che questa verifica ha portato in quell'occasione ad *escludere* che la disapplicazione "retroattiva" delle nostre regole codicistiche sul calcolo della prescrizione potesse confliggere con (questo versante de) il principio di legalità.

La svolta avviene subito dopo (punto 47 e ss.), quando la Corte chiarisce, in risposta alle sollecitazioni ed alle preoccupazioni della Corte costituzionale italiana, che una *nuova verifica* degli esiti del medesimo bilanciamento dovrebbe svolgersi, questa volta in base a parametri diversi: la Corte afferma infatti che "resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali", a condizione che ciò non comprometta né il livello di tutela offerto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Dunque, sulla base della premessa - in realtà qui non espressamente richiamata - della competenza concorrente e dell'assenza di atti europei di armonizzazione, si riprende la soluzione offerta dalla sentenza *Åkerberg Fransson*³³ al problema da cui avevamo preso le mosse, vale a dire quello della potenziale coesistenza di sistemi di tutela dei diritti fondamentali. In quella pronuncia, la Corte si era interrogata sul rapporto tra l'art. 51, riguardante il campo di applicazione della Carta e l'art. 53 del medesimo

punto R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2003, p. 621 e ss.

³² Sentenza *Taricco*, punti 54-57

³³ Sentenza del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10.

testo, relativo al rapporto tra la Carta ed altri fonti (anche) in materia di diritti dell'uomo, giungendo alla conclusione che non tutte le attività degli Stati che, ai sensi dell'art. 51, rientrano nel campo di applicazione della Carta devono essere immediatamente sottoposte al vaglio di compatibilità con le prescrizioni di quest'ultima. Gli Stati membri (*rectius*, le loro Corti) *possono* infatti applicare gli standard *nazionali* di tutela dei diritti fondamentali, quali risultano dalle Costituzioni interne, ogni qual volta il diritto dell'Unione non determini – come avveniva invece ad es. nel caso *Melloni*³⁴ - in maniera completa la disciplina in questione, ma lasci agli Stati membri un margine di intervento che presuppone scelte discrezionali. Dette scelte possono essere sottoposte, in prima battuta, ad un vaglio di costituzionalità, riferito ai parametri nazionali, svolto dalle Corti costituzionali.

Questa soluzione non emerge dal testo dell'art. 51, né appare facilmente ricavabile dalla giurisprudenza della Corte precedente all'intervento della Carta. Si tratta di una ricostruzione interpretativa, sostenuta peraltro da dottrina *molto vicina* alla Corte di giustizia³⁵, che tenta di mettere insieme la chiara indicazione dell'art. 51, per cui la Carta si applica agli Stati membri quando agiscono in attuazione del diritto dell'Unione, senza eccezioni, ed il testo dell'art. 53, nella parte in cui si prevede che la Carta non intende pregiudicare i diritti quali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dalle Costituzioni nazionali³⁶. Dalla lettura combinata delle due disposizioni emergerebbe, secondo questa ricostruzione, che qualora gli Stati membri godano di un margine di intervento riconosciuto dal diritto dell'Unione, allora la Carta assume un ruolo solo eventuale e sussidiario, dovendosi l'attività degli Stati valutare in base al sistema di tutela più "vicino" all'attività stessa, vale a dire quello statale. Ora, è certo che questa interpretazione, sposata dalla Corte, sia più rispettosa delle singole tradizioni costituzionali. Altrettanto certo è che essa è intesa a disinnescare - o quanto meno a ridurre, considerato che la Corte non esclude, anzi pretende di riservarsi una possibilità di intervento successivo - il rischio di conflitti, trattandosi di giudicare attività statali che sono per definizione sottoposte anche allo scrutinio delle Corti costituzionali nazionali. Meno certo è che

³⁴ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

³⁵ D. SARMIENTO, 'Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe', in *CML Rev.*, 2013, p. 1267 e ss.; K. LENAERTS, *Some Thoughts on the State of the European Union as a Rights-Based Legal Order*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 5 e ss.

³⁶ Per commenti alle due disposizioni ed ulteriori riferimenti bibliografici v. J. ZILLER, *Art. 51. Ambito di applicazione*, e M. CONDINANZI- P. IANNUCELLI, *Art. 53. Livello di protezione* in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017 pp. 1050 ss. e p. 1086 e ss.. Sul punto anche M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2017, 16 luglio 2017.

la stessa emerga in maniera cristallina dalla lettura delle clausole orizzontali della Carta. Si potrebbe obiettare, anzi, che essa porta a risultati non facilmente conciliabili con la volontà degli Stati stessi di prescegliere uno standard comune di tutela dei diritti fondamentali: infatti, questa dottrina porta alla conclusione che la Carta si applichi solo *in via sussidiaria ed eventuale* agli Stati membri quando questi operano nell'attuazione del diritto dell'Unione, in probabile contraddizione con la lettera dell'art. 51.

Quanto all'art. 53, la lettura che ne dà la Corte in *Melloni* di certo evita che in presenza di un'armonizzazione totale di una disciplina sottoposta ad un intervento legislativo dell'Unione - come nel caso della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, nella parte in cui elenca in maniera esaustiva i casi di rifiuto o obbligatorio di consegna - gli Stati membri possano ritenersi liberi di applicare uno standard diverso di tutela dei diritti fondamentali, così pregiudicando gli obiettivi voluti dal legislatore dell'Unione. Ma una lettura ancora più *integrazionista* avrebbe potuto portare la Corte a sostenere che l'art. 53 non contempla l'applicazione *contestuale* della Carta e delle Costituzioni nazionali, bensì si limita a esplicitare il divieto di *spill over*, chiarendo cioè che la prima non può condizionare le scelte di tutela operate dagli Stati membri con le loro Costituzioni nazionali ma soltanto *nel loro ambito di applicazione*, dunque per quelle materie e quegli ambiti di intervento che *non* comportano attuazione del diritto dell'Unione europea³⁷.

Ad ogni modo, nella ricostruzione della Corte di giustizia, la facoltà riconosciuta agli Stati membri di far ricorso agli standard nazionali anche in presenza di attività che rientrano nel campo di applicazione della Carta, non è illimitata, perché le scelte operate in questo contesto, per poter ottenere il *feu vert* rispetto all'applicazione dei principi interni, sono sottoposte ad un duplice scrutinio: non soltanto non devono operare in senso riduttivo nei confronti del livello di tutela garantito dalla Carta, ma devono anche risultare compatibili con le primarie esigenze dell'ordinamento dell'Unione, ricondotte dalla Corte ai principi del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione³⁸.

³⁷ Il "rispettivo ambito di applicazione" che l'art. 53 fa salvo sarebbe quindi l'ambito di intervento delle Costituzioni nazionali estraneo al campo di applicazione della Carta. Peraltro, a sostegno di questa interpretazione sembra militare il testo stesso dell'art. 53, che fa riferimento non solo alle Costituzioni nazionali, ma anche ad altri parametri, quali il diritto internazionale generale, le convenzioni delle quali l'Unione o tutti gli Stati sono parti (in particolare la CEDU), lo stesso diritto dell'Unione al di fuori della Carta (ad es., i principi generali del diritto ex art. 6, par. 3, TUE). Applicando coerentemente la ricostruzione operata dalla Corte di giustizia anche a questi altri rapporti, nel senso di un intervento sussidiario della Carta, nel suo campo di applicazione, rispetto a tutte queste fonti, ne deriverebbe infatti una limitazione davvero amplissima della sua portata applicativa.

³⁸ In dottrina cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlli costituzionali*. In: *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei valori costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2016, p. 45 e ss.

2.2. Le deviazioni dal modello *Fransson*

Questo è lo schema che la Corte ha in mente e che ha trovato applicazione nelle citate pronunce *Fransson* e *Melloni*. Esso è all'evidenza inteso ad attribuire un ruolo determinante alle Carte (ed alle Corti) nazionali ogniqualvolta gli Stati godano di un margine di intervento riconosciuto dal diritto europeo, evitando che dette scelte possano essere sottoposte al solo vaglio della Carta (e della Corte di giustizia). Peraltro, il predetto schema implica che le stesse Corti costituzionali dovrebbero farsi carico di valutare se gli standard nazionali di tutela, pur applicabili in prima battuta, siano tali da garantire l'unità, la supremazia e l'effettività dell'ordinamento dell'Unione, con la esplicita garanzia, tuttavia, che il rispetto di quest'ultimi valori possa essere eventualmente sottoposto ad un successivo controllo, in Lussemburgo, su iniziativa dei giudici interni e anche dopo l'intervento delle Corti costituzionali.

Ritengo tuttavia che, nonostante il richiamo espresso a questa giurisprudenza, lo schema non trovi una coerente applicazione nella sentenza *Taricco bis*, e ciò per due motivi. In primo luogo, perché la Corte non arriva sino in fondo, vale a dire non svolge l'analisi finale prima ricordata in merito al rispetto delle regole di base dell'Unione. Se, nel caso che ci occupa, il primo *caveat* non viene in rilievo, perché lo standard europeo di tutela del principio di legalità, come ricostruito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*, era evidentemente meno "protettivo" di quello interno, rileva tuttavia il secondo, concernente la garanzia che il ricorso allo standard nazionale più protettivo non pregiudichi l'effettività delle regole europee (nel nostro caso la protezione efficace delle finanze dell'Unione, essenziale per il suo funzionamento). Ora, nella sentenza *Taricco bis* la Corte, pur rimettendosi esplicitamente alle modalità con cui l'ordinamento italiano interpreta ed applica il principio di legalità, quindi accettando che in prima battuta sia lo standard interno a trovare applicazione nonostante la confermata rilevanza della fattispecie ai fini della Carta, *non analizza* se la protezione più elevata che l'applicazione delle regole interne comporta sia capace o meno di pregiudicare l'effettività dell'ordinamento dell'Unione, in specie la richiesta che agli Stati membri proviene – e in maniera rafforzata considerata la sua codificazione nel diritto primario dell'Unione – dall'art. 325 TFUE. Eppure, che effetto dell'applicazione delle regole interne sulla prescrizione (quanto meno quelle in vigore al momento di fatti) fosse la sostanziale impunità delle frodi al bilancio dell'Unione è *la premessa* dell'intero discorso, tanto è vero che la Corte stessa, come si è visto, si è premurata di ribadirla nella sentenza qui commentata.

In secondo luogo, la deviazione dal *modello Fransson* si rinviene nella circostanza che la Corte, dopo aver ricordato l'importanza del principio di legalità – sia per gli ordinamenti interni che per quello dell'Unione - nella sua triplice espressione della prevedibilità, determinatezza e irretroattività delle sanzioni e

delle leggi che le dispongono (punti 51-57), non soltanto accetta che questi principi siano, nella peculiare accezione italiana, rilevanti anche per le regole in tema di prescrizione (punto 58), ma in parte si spinge a fornire una risposta di merito che avrebbe dovuto coerentemente essere lasciata ai giudici nazionali. Mi riferisco ai paragrafi 59-60 della sentenza. Nel primo, la Corte chiede al giudice nazionale (qui da identificare, mi pare, nel giudice comune, non in quello costituzionale) di svolgere una valutazione sull'impatto dell'obbligo di disapplicazione imposto dall'effetto diretto dell'art. 325, paragrafo 1, TFUE sul principio della determinatezza della legge applicabile, considerato che la predetta disapplicazione in ragione della "ineffettività" del sistema italiano di repressione delle frodi si baserebbe su indicazioni vaghe ed indeterminate quali il "numero considerevole" di frodi gravi che non sarebbero oggetto di adeguata risposta sanzionatoria. La soluzione raggiunta dalla Corte su questo aspetto appare condivisibile, trattandosi peraltro di una questione che era rimasta inesa nella sentenza *Taricco*³⁹. Meno lineare appare invece il passo successivo, riferito al principio di irretroattività. Con esso, infatti, la Corte non solo dà un coerente seguito al proprio proposito di "nazionalizzare" la tutela dei diritti fondamentali ritenendo applicabile lo standard costituzionale italiano, ma *svolge direttamente* la valutazione di (non) conformità della soluzione che aveva invece ritenuto perseguibile solo due anni prima. Sostiene infatti che "i requisiti di prevedibilità, determinatezza ed irretroattività", richiamati nel punto 58 della sentenza *come operanti nell'ordinamento italiano*, ostano a che in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco*, il giudice nazionale disapplichino le regole sulla prescrizione. Il motivo è che sarebbe incompatibile con lo standard *nazionale* del principio di legalità che le persone coinvolte siano, in caso di disapplicazione, sottoposte a sanzioni che non avrebbero dovuto subire qualora fossero applicate le regole sulla prescrizione vigenti al momento dei fatti. Non sfugge la potente marcia indietro rispetto al precedente del 2015, e la volontà della Corte di dare seguito alle preoccupazioni espresse dalla Corte costituzionale; a non convincere del tutto è, tuttavia, la coerenza tra l'intenzione di rimettere all'ordinamento costituzionale interno la scelta dello standard da applicare in merito ai contenuti del principio di legalità e la decisione di svolgere in prima persona la valutazione di compatibilità tra l'eventuale disapplicazione delle regole nazionali sulla prescrizione e gli standard *interni* in questione.

³⁹ Semmai, non si comprende il motivo per cui, sempre seguendo il modello da cui la Corte stessa prende le mosse, questi dubbi in tema di determinatezza della sanzione non potessero essere sciolti già in sede di interpretazione del principio di legalità come operante in base alla Carta, senza scomodare, in altri termini, la discrezionalità statale di applicare gli standard nazionali del medesimo principio.

La decisione della Corte presenta alcune incongruenze che potrebbero essere dovute alla volontà di giungere comunque ad una conclusione di merito sul punto del divieto di irretroattività, evitando un ulteriore passaggio da rimettere al giudice nazionale. La stessa intenzione emerge nel passaggio conclusivo della sentenza (punto 61), in cui la Corte precisa che gli imperativi del principio (interno) di legalità valgono sino al punto di accettare che regole interne incompatibili con il diritto dell'Unione possano comunque produrre effetti, in quanto le esigenze costituzionali nazionali, come rappresentate nell'ordinanza della Corte costituzionale, prevalgono sulla necessità di "rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione". Da qui l'irrituale richiamo ulteriore alla responsabilità del legislatore nazionale, unico capace, in questa ottica, di rimediare a questa situazione di (accettata) violazione del diritto dell'Unione.

In ultima analisi, la soluzione raggiunta comporta per definizione un sacrificio dell'unità, della supremazia e dell'effettività del diritto dell'Unione e quindi appare poco confacente con la pur dichiarata intenzione della Corte di rimettere agli standard nazionali il giudizio sulla conformità della disapplicazione con il principio di legalità. In altri termini, l'eccezione al principio della *primauté* che questa sentenza consente non trova fondamento su un bilanciamento tutto interno al diritto dell'Unione tra le esigenze di garantire il pieno rispetto degli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325 TFUE e le necessità di tutela dei singoli imposte dai principi fondamentali in materia di diritti umani quali riconosciute dalla Carta. Ma se lo standard è quello nazionale, come premesso al punto 47 della sentenza, allora la Corte avrebbe dovuto, in primo luogo, rimettere al giudice nazionale il compito di operare il bilanciamento; in secondo luogo, anche decidendo di operarlo in proprio, avrebbe dovuto preoccuparsi di verificare che il ricorso allo standard in questione non confligga con le esigenze primarie del diritto dell'Unione, in particolare con l'effettività della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Rimangono dunque alcuni aspetti poco chiari, e la confusione viene ulteriormente alimentata dalla circostanza che la Corte non si preoccupi di indicare le regole della Carta o del Trattato che giustificano la sua soluzione. Il dispositivo della sentenza del 5 dicembre 2017 si limita a fornire un'interpretazione dell'art. 325 TFUE ed a richiedere la disapplicazione delle regole interne sulla prescrizione che "ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive" a meno che ciò comporti una violazione del principio (costituzionale interno) di legalità dei reati e delle pene, ma non precisa quale sia la regola della Carta che giustifica il risultato raggiunto. Si è prima detto che, considerati i precedenti, il ragionamento della Corte si fonda su una lettura combinata degli artt. 51 e 53, ma nella sentenza nessuno dei due viene espressamente invocato. Inol-

tre, riconosciuto spazio, come è evidente dalla lettura della sentenza, allo standard nazionale di tutela dei diritti fondamentali, non sembra giustificato ritenere che la Corte si muova ancora nell'ambito dell'art. 49 della Carta, come invece avveniva nella precedente sentenza *Taricco*, sia pure con risultati diversi da quelli oggi riportati. Nessun riferimento viene invece effettuato - correttamente, a nostro giudizio, data la sua estraneità alla materia dei diritti fondamentali - all'art. 4, par. 2 TUE, che codifica il principio del rispetto dell'identità nazionale come "insita nella struttura costituzionale".

2.3. Uno sguardo agli scenari futuri

Per completare questa pur limitata e provvisoria analisi, uno sguardo può essere rivolto agli scenari futuri. Mi limito qui a due brevi annotazioni. La sentenza è stata intesa come conclusiva (nella sostanza) della saga, avendo la Corte di giustizia accettato la posizione della Corte costituzionale sulla *inaccettabilità*, per i principi costituzionali nazionali assunti a parametro principale, della disapplicazione delle regole interne sulla prescrizione da parte del giudice comune. Di conseguenza, la naturale conclusione della vicenda processuale dovrebbe essere un giudizio di infondatezza delle questioni poste alla Corte costituzionale dalla Cassazione e dalla Corte di appello di Milano, tutte riferite a processi relativi a condotte precedenti alla sentenza *Taricco*⁴⁰. Ma la Corte ha anche distinto la sua risposta in ragione delle differenze esistenti tra i due (autonomi) parametri dell'art. 352 TFUE. Si ricorderà che nella prima sentenza *Taricco* la valutazione di incompatibilità aveva coinvolto entrambi i commi dell'art. 325, e lo stesso giudizio negativo viene ribadito dalla sentenza del 5 dicembre 2017. In breve, rispetto al *principio di effettività*, codificato all'art. 352, primo paragrafo, la (nuova) posizione assunta dalla Corte di giustizia pone la parola fine sulla possibilità di disapplicare le regole sulla (interruzione della) prescrizione per tutte le condotte, sia precedenti – come quelle oggetto del

⁴⁰ A seguito della Camera di consiglio svoltasi a seguito dell'udienza pubblica del 10 aprile 2018, la Corte ha pubblicato un comunicato stampa con il quale, come facilmente prevedibile, ha reso noto di avere dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2 della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona n. 130/2008, là dove dà esecuzione all'articolo 325 del Trattato sul funzionamento dell'Ue (TFUE) come interpretato dalla Corte di Giustizia con la "sentenza *Taricco*". Rileva la Corte che "le questioni erano state sollevate dalla Cassazione e dalla Corte d'appello di Milano sul presupposto che la "regola *Taricco*" fosse senz'altro applicabile nei giudizi in corso, in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, in particolare con il principio di legalità in materia penale (articolo 25 della Costituzione). Secondo i giudici costituzionali, però, questo presupposto è caduto con la sentenza "*Taricco bis*" del 5 dicembre 2017, in base alla quale l'articolo 325 TFUE (come interpretato dalla Corte di Giustizia nel 2015) non è applicabile né ai fatti anteriori all'8 settembre 2015 (e dunque nei giudizi *a quibus*) né quando il giudice nazionale ravvisi un contrasto con il principio di legalità in materia penale".

processo principale⁴¹ –, sia successive alla sentenza *Taricco*, in quanto la “situazione di incertezza” rispetto al regime di prescrizione applicabile di cui la Corte parla al par. 59 della sentenza, riferendosi a parametri, appunto, incerti come il “numero considerevole dei reati”, permane anche dopo la pronuncia della Corte del settembre 2015. La medesima conclusione potrebbe non valere per il secondo paragrafo, relativo al *principio di equivalenza* rispetto alle regole applicabili nei confronti di reati lesivi degli interessi finanziari nazionali, in quanto l'intervento della Corte con la sentenza dell'8 settembre 2015 avrebbe chiarito *pro futuro* la disarmonia esistente tra la disciplina (più generosa) della prescrizione dei reati lesivi (anche) degli interessi finanziari dell'Unione e quella applicabile per i reati che ledano soltanto gli interessi finanziari dello Stato. Rimane quindi sul campo la possibilità che, anche a seguito della nuova pronuncia della Corte di giustizia, il giudice comune possa procedere alla disapplicazione delle regole sulla prescrizione per le fattispecie successive alla sentenza *Taricco*⁴², quanto meno per le regole sottoposte al giudizio della Corte come vigenti al momento dei fatti. Non diverso dovrebbe essere il giudizio rispetto alle regole attuali, comunque più favorevoli per la persona accusata dei fatti rispetto alla disciplina nazionale (frodi e tabacchi) che la Corte ha usato come parametro di riferimento.

Sempre nell'ottica degli scenari futuri, un secondo, breve riferimento può essere fatto alla circostanza che l'armonizzazione delle regole nazionali in tema di prescrizione dei reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, la cui assenza è invocata dalla Corte come giustificazione del ricorso agli standard nazionali del principio di legalità, si è ora avverata con l'adozione della citata direttiva PIF. L'art. 12 della direttiva richiede agli Stati ciò che la Corte ha peraltro già ricavato dall'art. 325 TFUE, cioè che gli Stati membri “adottano le misure necessarie a prevedere un termine di prescrizione che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria” in merito ai reati di cui alla parte sostanziale della direttiva “entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente”⁴³. Quali sono le conseguenze di questo – pur parziale – intervento di armonizzazione? Può sostenersi

⁴¹ Non si è infatti fatta attendere una immediata applicazione dei principi espressi nella pronuncia nella prassi della Corte di Cassazione: cfr. la sentenza della II sez. penale n. 9494 del 2018.

⁴² Cfr. E. LUPO, *op. cit.*; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali*, *cit.* Nella sentenza n. 9494 del 2018, la Corte di Cassazione pare seguire questo ragionamento, quando attribuisce la sua soluzione in termini di impossibilità di procedere alla disapplicazione delle regole del codice penale alla circostanza che tutti i reati per cui si procedeva erano stati commessi antecedentemente all'8 settembre 2015, data della pronuncia della sentenza *Taricco* (cfr. il principio di diritto espresso al punto 3.2.2 della sentenza).

⁴³ Nel secondo e nel terzo paragrafo, l'art. 12 della direttiva indica anche i termini *minimi* di prescrizione (in realtà non molto alti, ma non tutti gli ordinamenti degli Stati membri soffrono le nostre

che in questo modo la materia sia stata attratta in maniera piena nel campo di applicazione della Carta e quindi sia venuta meno la libertà - che nella nuova sentenza la Corte riconosce alla Repubblica italiana - di prevedere, alla data dei fatti, che nel suo ordinamento giuridico il regime di prescrizione ricadesse nel diritto penale sostanziale “e fosse a questo titolo soggetto al principio di legalità dei reati e delle pene”⁴⁴? Come si vede, non sono da escludere ulteriori colpi di scena in questa intricata vicenda.

3. La nuova sistemazione dei rapporti tra Corti e Carte nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017

Alcune delle questioni aperte prima accennate saranno probabilmente oggetto della prossima pronuncia della Corte costituzionale. Ma prima ancora di chiudere l'iter iniziato con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Consulta ha fornito un ulteriore contributo alla discussione con una decisione, molto controversa, che appare aprire una nuova stagione nel dialogo con la Corte di giustizia e, più in generale, nella sistemazione dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto italiano.

Per i limitati fini di questo lavoro, è sufficiente ricordare che nella sentenza n. 269 del 2017⁴⁵ la Consulta, sia pure in un *obiter dictum* manifestamente estraneo alla definizione della questione sottoposta dal giudice *a quo*, e dopo aver ricostruito il sistema dei rapporti tra fonti interne nelle modalità consolidate, in applicazione dell'art. 11 Cost., con le fondamentali pronunce nn. 170 del 1984 (per le fonti europee dotate di effetto diretto), e 28 del 2010 (per le

lentezze nello svolgimento dei processi penali) che gli Stati non possono modificare “al ribasso” ma possono certo incrementare.

⁴⁴ Pur paventando il rischio a partire dal 5 luglio 2017 (data di approvazione della direttiva, di per sé peraltro non significativa, come non lo è, trattandosi di una direttiva, neanche la sua pubblicazione in GUUE), esclude il risultato indicato nel testo G. RICCARDI, *op. cit.*, p. 9 e s. In realtà non pare che il tipo di armonizzazione realizzato con la direttiva PIF - non essendo completa come nel caso delle regole della decisione quadro sul mandato di arresto europeo prese in considerazione nel caso *Melloni* - sia tale da giustificare un tale risultato.

⁴⁵ Tra i primi commenti alla sentenza si vedano E. SCODITTI, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *Foro it.*, 2018, I, 406; 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.it*, 31 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *DirittiComparati.it*, n. 3/2017; R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, ivi, 16 febbraio 2018; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, ivi, 18 dicembre 2017; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *dirittounioneeuropea.eu, Osservatorio*, dicembre 2017.

fonti di diritto dell'Unione che non hanno queste caratteristiche)⁴⁶, ha per la prima volta introdotto una deviazione al modello. Ha precisato infatti che la regola di base - per cui le disposizioni del diritto dell'Unione europea dotate di diretta efficacia devono trovare immediata applicazione nell'ordinamento nazionale, nonché, se necessario, provocare la disapplicazione di regole nazionali incompatibili senza necessità di un provvedimento formale di abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale - *non vale* per la Carta dei diritti fondamentali, per la quale si propone un meccanismo diverso. Esso comporta che il giudice nazionale, qualora si trovi ad applicare norme interne che, a suo giudizio, pongono in essere una violazione di un diritto della persona contenuto sia nella Carta, sia nella Costituzione, è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale, che la Corte valuterà “alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (artt. 11 e 117 Cost.) secondo l'ordine di volta in volta appropriato”.

Le ragioni di questa vera e propria svolta rispetto al sistema precedente vengono rinvenuti, in primo luogo, nelle “trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea”. La Corte si riferisce, in particolare, all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed alla conseguente attribuzione di effetti giuridici vincolanti alla Carta di Nizza/Strasburgo. Detta Carta, sostiene infatti la Corte al par. 5.2. del *Considerando in diritto*, sarebbe una fonte del diritto dell'Unione “dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto tipicamente costituzionale”, considerato che i diritti ed i principi ivi contenuti “intersecano in larga misura” quelli garantiti dalla Costituzione. Ora, è vero che – come anticipato all'inizio di questo lavoro – la Carta rende più visibile e quindi conoscibile l'esistenza di un sistema di tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento dell'Unione; come la prassi dimostra, è a questo testo che ormai la Corte di giustizia si riferisce, nella gran parte dei casi, nella sua giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali. E' anche vero tuttavia che la sua entrata in vigore ha comportato soltanto un (peraltro parziale) consolidamento di un sistema già esistente, basato su principi generali non scritti ispirati dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e ricostruiti dalla Corte di giustizia avendo riguardo alle *esigenze specifiche* e dunque all'*autonomia* dell'ordinamento dell'Unione⁴⁷. Ed infatti, lo stesso preambolo della Carta chiarisce che essa

⁴⁶ Sentenza 269 del 2017, par. 5.1, dove anche una importante precisazione in merito all'interpretazione dell'art. 101 Cost. nel senso che per “legge”, ai fini della disposizione ora citata, va intesa la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale (anche qui non sarebbe stato superfluo un riferimento all'art. 11 Cost.) impone al giudice di applicare. Dunque, in caso di regole europee dotate di efficacia diretta, la disposizione dell'ordinamento dell'Unione e non quella interna eventualmente difforme.

⁴⁷ Cfr. da ultimo Corte di giustizia, parere 2/2013, del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 170: “l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita

“riafferma” i diritti fondamentali già operanti nel sistema, con l’aggiunta di diritti “nuovi” che non trovano riscontro nella precedente giurisprudenza comunitaria. Non sembra quindi del tutto condivisibile l’insistenza sulla *novità* apportata dal Trattato di Lisbona⁴⁸.

In secondo luogo, la Corte giustifica la sua conclusione evidenziando che le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*, ovviamente non assicurato dalla diretta disapplicazione, da parte del giudice comune, della legge incompatibile con il diritto dell’Unione⁴⁹. La disapplicazione (o non applicazione, come la Corte preferisce chiamarla) in questo contesto trasmoderebbe in ciò che la Corte più avanti (par. 5.3) definisce “una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge”, non consono ad un sistema, come il nostro, che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). Da questo punto di vista, è il caso di osservare che sin dalla sentenza *Granital* (n. 170 del 1984), all’esito di un lungo e complesso “cammino comunitario”⁵⁰, la Corte, ispirata dalla grande “apertura” dell’ordinamento italiano alle fonti esterne⁵¹, ha fatto leva su una disposizione rientrante tra i principi

nell’ambito della struttura e degli obiettivi dell’Unione (v., in tal senso, sentenza Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, punto 4, nonché Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione, EU:C:2008:461, punti da 281 a 285)”. In dottrina A. TIZZANO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Lussemburgo e Strasburgo*, in *L’integrazione europea sessant’anni dal Trattato di Roma*, Giuffrè, 2018, p. 31 e ss., il quale precisa che la Corte è tenuta sì ad evitare “fughe in avanti” del campo di applicazione della Carta al di là del suo campo di applicazione, ma anche ad “interpretare quest’ultima alla luce e in funzione delle caratteristiche e delle finalità dell’autonomo sistema in cui opera, perché l’applicazione della Carta non può mettere in discussione, o peggio alterare, gli aspetti essenziali di tale sistema” (p. 34).

⁴⁸ Nella giurisprudenza della Corte di giustizia si mette spesso in risalto la continuità della Carta rispetto al sistema precedente. Cfr. ad es. la sentenza della Grande Sezione dell’8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, al punto 58, ove si legge: “Si deve ricordare, peraltro, che, in conformità di una giurisprudenza costante, il principio della tutela giurisdizionale effettiva *constituisce un principio generale del diritto dell’Unione* che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è stato ribadito anche all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e che, a tale riguardo, è compito dei giudici degli Stati membri, secondo il principio di collaborazione enunciato dall’art. 10 CE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione” (enfasi aggiunta).

⁴⁹ Le esigenze di rimozione definitiva della norma incompatibile vengono soddisfatte di regola attraverso l’intervento della legge europea annuale, tra i cui contenuti rientra infatti, ai sensi dell’art. 30, comma 3, della legge n. 234 del 2012, innanzitutto “le disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti in contrasto con gli obblighi indicati all’articolo 1” (i.e., di adeguamento alle regole del diritto dell’Unione).

⁵⁰ Per la ricostruzione e la valutazione critica di questo cammino si veda G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi int. eur.*, 2009, p. 23 e ss., nonché più di recente U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, controlimiti e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, *ivi.*, 2017, p. 489 e ss.

⁵¹ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 195 ss.

fondamentali della nostra Costituzione (l'art. 11), per accettare la convivenza di un sistema accentrato di scrutinio di costituzionalità, quale caratterizzante il nostro sistema di controllo delle leggi, con uno affatto diverso, che vede come protagonista il giudice nazionale, con la sponda eventuale della Corte di giustizia. Detto sistema attribuisce al primo il ruolo di garante principale dell'applicazione uniforme ed immediata delle regole europee direttamente efficaci, a prescindere dalla fonte europea coinvolta (dunque, anche i principi generali in tema di diritti fondamentali ed oggi anche la Carta, se hanno queste caratteristiche) anche a preferenza di eventuali leggi interne difformi. Il rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e del nucleo essenziale dei diritti fondamentali dell'uomo come garantito dalla nostra Costituzione si è ottenuto con la clausola dei "controlimiti", da innescare in casi estremi, vale a dire in presenza di gravi e conclamate violazioni del nucleo essenziale di detti principi e diritti. Certamente, questo ruolo del giudice nazionale prima ricordato deve fare i conti con la necessità di rispettare i confini del diritto dell'Unione, ma ai tentativi, a cui pure abbiamo assistito, di estendere indebitamente il campo di applicazione della Carta ha fatto fronte una solida giurisprudenza sia della Corte costituzionale⁵², sia della Corte di giustizia⁵³.

Infine, nella sentenza 269 si ritiene di trovare conferma di questo nuovo approccio non soltanto nelle posizioni assunte da altre Corti costituzionali nazionali "di antica tradizione"⁵⁴, ma anche nella giurisprudenza comunitaria, in particolare nella sentenza citata *Melki e Abdeli*, riguardante la *question prioritaire de constitutionnalité* di recente introdotta in Francia, e nella successiva pronuncia resa nella causa *A. contro B.*, riguardante il sistema austriaco e conseguente alla presa di posizione assunta dalla Corte costituzionale di quel Paese e prima ricordata. A queste ultime pronunce la Corte fa riferimento anche per garantire che il carattere prioritario del controllo di costituzionalità non osta all'esercizio delle prerogative del giudice comune, come ritenute intoccabili in quelle sentenze, vale a dire: la libertà di sottoporre alla Corte di giustizia, in

⁵² Nella sentenza n. 63 del 2016 la Corte costituzionale ha chiaramente affermato che "perché la Carta dei diritti UE sia invocabile occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto".

⁵³ Cfr. *ex multis* l'Ordinanza della Corte del 13 dicembre 2016, *Semeraro*, Causa C-484/16.

⁵⁴ In realtà si cita soltanto la Corte costituzionale austriaca, sentenza del 14 marzo 2012. In quell'occasione, detta Corte aveva esteso, in base ad un – probabilmente malinteso – principio di assimilazione, ai conflitti tra leggi interne e Carta lo stesso sistema applicato per i conflitti tra leggi interne e CEDU, nel senso di attribuire alla Corte costituzionale il compito di intervenire con una (eventuale) pronuncia *erga omnes*. Cfr. F. SAITTO, *La Carta di Nizza come parametro di costituzionalità? La Corte costituzionale austriaca tra tutela dei diritti fondamentali, CEDU, principio di equivalenza e disapplicazione*, in *diritticomparati.it*, 31 maggio 2012.

qualsiasi momento e quindi anche dopo lo svolgimento del controllo di costituzionalità, quesiti pregiudiziali sull'interpretazione del diritto dell'Unione; il potere di adottare misure cautelari per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione; il potere di disapplicare al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa che abbia superato il vaglio di costituzionalità, qualora la consideri *per altri profili* contraria al diritto dell'Unione. La Corte costituzionale quindi conclude presentando – per futuri casi, che peraltro, come vedremo, non si sono fatti attendere – la nuova dommatica *Ceramica Sant'Agostino*: laddove una legge, *che intervenga nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, sollevi dubbi di conformità sia rispetto alla Costituzione, sia rispetto alla Carta, il giudice *deve* sollevare la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione.

La posizione assunta nella sentenza n. 269 di certo sarà oggetto di successivi interventi ed affinamenti, trattandosi per il momento soltanto della esposizione di un nuovo schema di valutazione dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e regole costituzionali. Tuttavia, sin da ora merita alcune valutazioni critiche, che in questa sede potranno solo essere accennate.

In primo luogo, non è chiaro il fondamento normativo della nuova ricostruzione. Dal punto di vista del diritto interno, si tratta evidentemente di una nuova lettura dell'art. 11 Cost. rispetto alla sentenza *Granital*, nel senso di invertire, nei casi in cui viene in rilievo l'applicazione della Carta, il rapporto regola/eccezione su cui quest'ultima si basava. In altri termini, nella sentenza n. 170 del 1984 la Corte partiva dalla premessa (tipicamente dualista) della *estraneità* della disciplina contenuta in una fonte europea direttamente efficace⁵⁵ rispetto al perimetro dell'ordinamento interno, per cui la prima, grazie alla copertura dell'art. 11 Cost., doveva trovare diretta applicazione per forza propria, mentre l'eventuale regola interna con essa difforme non poteva “venire in rilievo” rispetto agli ambiti di competenza attribuita ed esercitata dal legislatore europeo. La regola veniva accompagnata dall'eccezione, ripresa dalla giurisprudenza precedente e divenuta (ma solo in potenza) attuale nella saga *Taricco*, per cui l'intervento della Corte cost. avrebbe dovuto comunque essere assicurato, sotto forma dello scrutinio della legge di esecuzione del Trattato, in casi “improbabili” di violazione (accertata dalla Corte stessa)⁵⁶ dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della

⁵⁵ Si trattava, in quell'occasione, di un regolamento comunitario.

⁵⁶ Va tuttavia rimarcato che la “improbabilità” veniva in quella ed in precedenti pronunce riferita alla limitata incidenza che il diritto comunitario poteva avere sui principi supremi dell'ordinamento e sui diritti fondamentali, considerato il suo campo di applicazione. E' evidente che almeno d questo

persona umana (c.d. controlimiti). Ora, al par. 5.2. della sentenza 269 del 2017, peraltro senza alcun riferimento alla giurisprudenza *Granital*, il percorso viene, in qualche modo, invertito quando vengono in rilievo i diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali. La Corte sostiene infatti che la Carta, pur nelle disposizioni che presentano tutte le caratteristiche proprie delle norme dotate di effetti diretti, *non può mai* produrli nell'ordinamento italiano, escludendo così in radice il controllo diffuso da parte del giudice comune della conformità comunitaria di una legge ad un diritto riconosciuto dalla Carta. Questo scrutinio deve essere riservato alla Consulta, quanto meno nei casi di coincidenza dei diritti, con la precisazione, tutta da chiarire, per cui essa deciderà alla luce dei parametri costituzionali interni (la norma costituzionale) ed *eventualmente di quelli europei* (la Carta, parametro interposto applicabile attraverso gli artt. 11 e 117).

Come anticipato, quest'ultimo passaggio della sentenza appare alquanto oscuro e sarà certamente oggetto di successivi interventi, non essendo chiaro in base a quali criteri la Consulta sceglierà se valutare la legge sottoposta alla sua attenzione (legge che, è bene ribadirlo, *per definizione* interviene nel campo di applicazione del diritto unionale) in base al parametro interno (ad es. l'art. 21 Cost., che codifica il diritto alla libera manifestazione del pensiero) o a quello europeo (ad es., l'art. 11 della Carta, che codifica il diritto alla libertà di espressione). È appena il caso di precisare che il risultato può essere diverso anche per diritti all'apparenza equivalenti, dovendo la Carta essere interpretata *come fonte autonoma* alla luce dei criteri indicati nel suo art. 52 e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁷.

Capire la reale portata dell'inciso contenuto nella sentenza è dunque tutt'altro che problema secondario. La Corte applicherà il parametro costituzionale interno (ad es., art. 41 in tema di libertà di iniziativa economica privata), che quindi avrebbe priorità rispetto a quello europeo (ad es., art. 16 della Carta)? Oppure la Corte pensa ad una applicazione della Carta come "parametro interposto" della costituzionalità della legge, applicabile attraverso gli artt. 11 e

punto di vista si può riconoscere che quella affermazione deve essere sottoposta ad una rilettura, magari anche allo scopo di confermarla in base ad altri elementi quali la presenza, da cui abbiamo preso le mosse, di un sistema europeo "completo" di tutela dei diritti dell'uomo.

⁵⁷ Come ricordato dalla Corte nella recente sentenza 20 marzo 2018, *Menci*, causa C-524/15, al punto 41, "ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, primo periodo, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. In base al secondo periodo del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, *possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione* o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui" (corsivo aggiunto). La Corte ha così consentito una limitazione al principio del *ne bis in idem* in ragione dell'importanza che l'ordinamento dell'Unione attribuisce all'obiettivo di assicurare la riscossione integrale dell'IVA come risorsa dell'Unione.

117? In quest'ultimo caso, la deviazione dalla giurisprudenza *Granital* sarebbe definitivamente consacrata. La soluzione potrebbe tuttavia rinvenirsi nella giurisprudenza comunitaria precedentemente analizzata, in particolare nel recente filone inaugurato dalla sentenza *Åkerberg Fransson* (al quale deve ricondursi la sentenza *Taricco bis*) che legge l'art. 53 della Carta in maniera da riconoscere agli Stati membri la facoltà di applicare *in prima battuta* il sistema (e dunque il testo) costituzionale interno per il giudizio sulle leggi nazionali anche se esse intervengono nel campo di applicazione del diritto europeo, qualora quest'ultimo *non determini totalmente* l'attività legislativa nazionale ma riconosca agli Stati membri un margine di discrezionalità. Questa facoltà attribuita agli Stati, si ricorderà, è tuttavia condizionata dalla possibile, successiva verifica – affidata al giudice nazionale con la sponda eventuale della Corte di giustizia – in merito alla *adeguatezza* della soluzione raggiunta in base a due parametri (europei): non deve operare in senso riduttivo nei confronti del livello di tutela garantito dalla Carta, e deve anche risultare compatibile con le primarie esigenze dell'ordinamento dell'Unione, ricondotte dalla Corte ai principi del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione.

Questa soluzione fa il paio con il risultato di altre pronunce della Corte di giustizia, che la Consulta richiama, in particolare le già citate sentenze *Melki e A c. B.* Abbiamo già avuto modo di analizzare i contenuti di queste pronunce,⁵⁸ arrivando alla conclusione che in effetti entrambe, a loro volta operando una svolta di estrema importanza rispetto al sistema precedente, hanno “sdoganato” un meccanismo di priorità della questione di costituzionalità rispetto al principale strumento a disposizione del giudice comune (“giudice naturale del diritto dell'Unione europea”) per garantire il rispetto della legalità europea, vale a dire il potere di immediata disapplicazione della legge interna difforme rispetto a norme europee pur direttamente efficaci. Il rimedio della disapplicazione trova quindi una limitazione (quanto meno una sospensione temporale) qualora l'ordinamento interno contenga un previo accertamento della legalità costituzionale, con la garanzia, tuttavia, che la decisione assunta dalla Corte costituzionale nazionale possa essere successivamente messa in discussione dal giudice comune, se necessario previo svolgimento della procedura pregiudiziale di interpretazione ex art. 267 TFUE.

Tuttavia, va immediatamente rilevato che la sentenza n. 269 pone un primo problema di corrispondenza con le pronunce che pure si richiamano a conforto, nella parte in cui vengono elencati i poteri che “residuano” al giudice comune a seguito del giudizio prioritario di costituzionalità. Mi riferisco al passaggio più delicato (par. 5.2., in fine), in cui la Consulta richiama il potere del giudice

⁵⁸ R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 4089 e ss.

comune di “disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa in questione che abbia superato il giudizio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione”. Si tratta dell’unico richiamo alle pronunce della Corte di giustizia che non è frutto di citazione diretta, ed in effetti è facilmente rinvenibile una diversità di formulazione nella parte in cui la Corte fa riferimento ad *altri profili* (altri rispetto a quelli già esaminati dalla Corte costituzionale) che potrebbero giustificare una diversa pronuncia del giudice comune che ravvisi l’incompatibilità della legge interna con il diritto dell’Unione. Ciò appare significare che la decisione assunta dalla Corte costituzionale in merito alla conformità di una legge con i parametri costituzionali (interni o europei) presi in considerazione nella sua pronuncia assume un significato ed una portata *definitiva*, per cui al giudice rimarrebbe sì a disposizione il potere di disapplicazione (ed ovviamente di rinvio pregiudiziale), ma soltanto, appunto, per *altre* questioni. Nelle pronunce della Corte di giustizia questo inciso non appare, per cui risulta chiaro che, nelle intenzioni dei giudici del Lussemburgo, la riattivazione dei pieni poteri dei giudici comuni - comprendente sia il rinvio pregiudiziale che il potere di disapplicazione - sarebbe mantenuto intatto (quindi solo rimandato, non escluso) e potrebbe quindi riguardare anche le medesime questioni già decise dalla Corte costituzionale, in maniera da poter garantire, in ultima analisi, un controllo della correttezza comunitaria della decisione finale nella mani di coloro che sono pur sempre da considerare il fulcro del sistema, vale a dire il giudice responsabile della decisione del caso e la Corte di giustizia.

Come vedremo, questa diversità di accenti non è passata inosservata al vaglio della Suprema Corte. Prima di valutare questa ulteriore, recente presa di posizione, rimane da analizzare una questione che, se pure al momento del tutto teorica, non appare secondaria, vale a dire la possibilità che la valutazione difforme del giudice comune in merito all’esistenza di un *vulnus* ad un diritto fondamentale avvenga in direzione opposta rispetto a quella indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017. Potrebbe in altri termini prospettarsi il caso di una sentenza della Corte costituzionale che accerti l’illegittimità di una legge per contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione (o dalla Carta, a questi fini non cambia molto), all’esito di una valutazione che il giudice *a quo* non ritenga conforme al diritto dell’Unione. E’ possibile anche in questi casi una riattivazione dei poteri del giudice comune, o questa soluzione deve ritenersi preclusa dal giudicato costituzionale (art. 136 Cost.)? La prima soluzione appare difficile da giustificare alla luce dei principi fondanti il sistema del controllo accentrato di costituzionalità (e così infatti si

esprime un'autorevole dottrina costituzionalistica⁵⁹), considerato anche il rispetto che l'ordinamento europeo comunque riserva al principio della cosa giudicata anche se contraria al diritto dell'Unione⁶⁰; tuttavia, la seconda soluzione pare comportare l'accettazione di un meccanismo di applicazione interna del diritto - in fattispecie di rilievo comunitario - che non solo ritarda, ma esclude del tutto sia il potere incondizionato di disapplicazione, sia l'intervento della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale, se detto intervento non si è realizzato in precedenza.

A quanto consta, la giurisprudenza della Corte di giustizia non ha ancora affrontato *funditus* un tale problema. Il riferimento, nelle sentenze *Melki e A. c. B.* alla sola ipotesi della disapplicazione successiva della legge che abbia superato il vaglio di costituzionalità potrebbe far pensare alla volontà della Corte di escludere la soluzione inversa (applicazione per conformità comunitaria della legge che non ha superato il medesimo vaglio); in direzione opposta appare invece militare la sentenza *Filipiak*,⁶¹ con la quale la Corte di giustizia ha chiesto al giudice nazionale di mettere in discussione il giudicato costituzionale in quanto contrario alle regole del diritto dell'Unione sul mercato interno, sia pure nella meno invasiva ipotesi di escludere che detto giudicato possa produrre effetti nella parte in cui consentiva il temporaneo mantenimento in vigore di una legge incompatibile. Nella stessa direzione pare orientarsi la sentenza *Jozef Krížan*⁶², successiva alla *Melki*, sia pure in un contesto procedurale diverso nel quale è la parte a sottoporre, con un ricorso diretto al giudice costituzionale, la valutazione di conformità alla Costituzione di una sentenza pronunciata da giudici di grado inferiore. In breve, la questione riguardava la conformità al diritto europeo di una pronuncia adottata dal giudice costituzionale slovacco con la quale si annullava, per contrarietà ad alcuni principi costituzionali, una decisione della Corte di cassazione che vietava l'apertura di una discarica. Ritenendo che la pronuncia della Corte non fosse conforme alle regole europee, la Cassazione rivolgeva diversi quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia, chiedendo – per quello che qui interessa – “se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che un giudice nazionale può sottoporre d'ufficio alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale, *malgrado che esso*

⁵⁹A. RUGGERI, *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, Relazione all'incontro di studio su *Tra supremazia e controlimiti: una nuova fase nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea?*, Napoli 29 gennaio 2018, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1/2008, p. 7, (<http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2018.I.Ruggeri.2.pdf>).

⁶⁰ Cfr. da ultimo la sentenza 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*, punti 58 e ss.

⁶¹ Sentenza del 19 novembre 2009, causa C-314/08. Nella stessa direzione si orienta la citata sentenza *Winner Wetten*.

⁶² Sentenza del 15 gennaio 2013, causa C-416/10.

statuisca su rinvio a seguito dell'annullamento della sua prima decisione ad opera del giudice costituzionale dello Stato membro di cui trattasi e che una norma nazionale gli imponga di risolvere la controversia adeguandosi alla valutazione in diritto espressa da quest'ultimo giudice" (corsivo aggiunto). La Corte risponde in maniera molto chiara, ribadendo che i poteri del giudice nazionale (di operare il rinvio pregiudiziale, di disapplicare la legge interna incompatibile con il diritto UE) non possono essere limitati o compromessi financo da una disposizione di rango costituzionale che obblighi al rispetto delle decisioni assunte dalla Corte costituzionale⁶³. Estremamente interessante è la circostanza che la Corte di giustizia, interpretando la Carta ed in particolare l'art. 17 in tema di diritto di proprietà, raggiunge, nel merito, una soluzione opposta a quella del giudice costituzionale slovacco, chiedendo di fatto alla Cassazione di discostarsi dal rispetto della pronuncia della Corte costituzionale.

Tornando alla sentenza 269, ulteriori questioni che la sentenza lascia ancora aperte concernono la portata del nuovo meccanismo prefigurato dalla Consulta. Ad esempio, non è chiaro se l'obbligo per il giudice comune di chiedere l'intervento prioritario della Corte costituzionale riguardi esclusivamente le ipotesi (ovviamente, le più frequenti) in cui la legge sia oggetto di dubbi di legittimità sia con riferimento alla Carta, sia con riferimento alle disposizioni costituzionali. La sentenza sembra riferirsi soltanto a questa eventuale "coincidenza" di parametri, per cui rimane il dubbio se il meccanismo "tradizionale" della immediata disapplicazione possa continuare ad operare qualora il con-

⁶³ Può essere utile riportate i passi principali della sentenza *Križan*, punti 69-71:

"69. In tale ambito, occorre sottolineare che il giudice nazionale che abbia esercitato la facoltà conferitagli dall'articolo 267 TFUE è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora ritenga, alla luce di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione (sentenza *Elchinov*, cit., punto 30).

70. I principi enunciati ai punti precedenti si impongono in egual maniera nei confronti del giudice del rinvio per quanto riguarda la valutazione in diritto espressa, nella presente fattispecie, dal giudice costituzionale dello Stato membro di cui trattasi, dal momento che, secondo una giurisprudenza consolidata, è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61). La Corte ha d'altronde già precisato che i suddetti principi si applicano nei rapporti tra un giudice costituzionale e qualsiasi altro giudice nazionale (sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, Racc. pag. I-5667, punti 41-45).

71. Pertanto, la norma nazionale che obbliga il *Najvyšší súd Slovenskej republiky* a conformarsi alla valutazione in diritto enunciata dall'*Ústavný súd Slovenskej republiky* non può impedire al giudice del rinvio di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale in qualsiasi fase del procedimento che esso reputi appropriata e di lasciare disapplicati, se del caso, gli apprezzamenti formulati dall'*Ústavný súd Slovenskej republiky* che si rivelassero in contrasto con il diritto dell'Unione" (enfasi aggiunta).

flitto emerga tra legge interna e norme della Carta che *non* trovano corrispondenza con le regole costituzionali⁶⁴. D'altro canto, quest'ultima soluzione porta a riconoscere al giudice comune il potere di svolgere, sulla base della Carta, quel "sindacato diffuso di costituzionalità" che la Consulta qualifica "inammissibile" al paragrafo 5.3. della sentenza.

In secondo luogo, non è chiaro se la garanzia del prioritario intervento della Corte costituzionale possa estendersi ai casi in cui la coincidenza opera tra diritti garantiti in Costituzione e diritti fondamentali che, pur operando nel sistema delle fonti dell'Unione, *non* sono inseriti nella Carta, ad esempio perché rilevati dalla Corte in base al meccanismo (tuttora operante come riconosciuto dall'art. 6, comma 3, TUE) del ricorso ai principi generali del diritto⁶⁵.

Ancora, la sentenza della Corte opera una distinzione tra situazioni di antinomia che coinvolgono la Carta, per le quali è indispensabile ricorrere al giudizio previo della Corte costituzionale, e situazioni di antinomia che sarebbero meno rilevanti dal punto di vista costituzionale in quanto riferite "soltanto" alle regole del Trattato in tema di libertà economiche fondamentali. Era questo il caso che si presentava alla sua attenzione, in quanto i giudici *a quibus* dubitavano della conformità delle norme sul contributo AGCM alle regole sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, notoriamente dotate di efficacia diretta. Tuttavia, anche in questi casi - che la Corte ritiene più *rassicuranti* dal suo punto di vista, tanto dal mantenere in capo al giudice nazionale il compito di delibare le questioni di conflitto senza coinvolgerla - può venire in rilievo il rispetto della Carta (oltre che della Costituzione nazionale), in quanto alla luce della già richiamata giurisprudenza ERT le eventuali deroghe alle libertà economiche, che lo Stato ritenesse di poter invocare in quanto giustificate da esigenze imperative, devono esser valutate dal giudice nazionale anche con riferimento ai diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento dell'Unione, e quindi alla Carta di Nizza. Di conseguenza, anche in base a questo percorso le leggi interne possono venire in rilievo ai fini della applicabilità della Carta e quindi della decisione se disapplicarle per contrarietà a quest'ultima o ricorrere ad un giudizio "accentrato" di costituzionalità⁶⁶.

⁶⁴ Si pensi, ad esempio, alle regole della Carta che tutelano diritti non contemplati (quanto meno in maniera diretta) dalla Costituzione, come il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8), o la libertà di esercitare una professione (art. 15, par. 1).

⁶⁵ Si pensi ad esempio al principio del legittimo affidamento, inteso dalla Corte di giustizia come corollario del principio della certezza del diritto (sentenza 11 giugno 2015, *Berlington Hungary*, causa C-98/14).

⁶⁶ Un esempio di come questo problema possa presentarsi in concreto è fornito dalla citata sentenza *Global Starnet*, del 20 dicembre 2017, nella quale la Corte di giustizia è stata chiamata, tra le altre cose, a valutare la compatibilità di un intervento di regolamentazione "retroattiva" dei giochi e scommesse in Italia.

Infine, ancora con riferimento alla priorità del coinvolgimento del giudizio di costituzionalità, non è chiaro cosa intenda la Corte quando accompagna a questa richiesta la precisazione per cui l'obbligo a carico del giudice comune di rivolgersi alla Consulta interviene "fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 del TFUE". In particolare, non è chiaro, in questo nuovo sistema prefigurato dalla sentenza n. 269, a chi spetti effettuare il rinvio (il giudice comune o la Corte costituzionale). Nella prima occasione utile per chiarire la portata della sentenza ora citata, vale a dire l'ordinanza n. 3831 del 2018 su cui si tornerà nelle prossime pagine, la Corte di Cassazione ha inteso interpretare questo passaggio nel senso di attribuire alla Corte costituzionale il compito di effettuare il rinvio pregiudiziale, pur decidendo di formulare comunque il testo dei quesiti che, a suo parere, sarebbe utile rivolgere alla Corte di giustizia. Rimane il dubbio che il chiarimento sulla portata della disciplina europea di riferimento dovrebbe essere *il primo passo* nell'intera procedura, in quanto è dalla pronuncia della Corte di giustizia che possono emergere i necessari chiarimenti in merito alla presenza o meno di un conflitto con le regole europee, e quindi sulla necessità o meno di rivolgersi alla Corte costituzionale.

4. La reazione della Corte di Cassazione

La divergenza tra le due posizioni di cui si discuteva poc'anzi non è passata inosservata. Dapprima, in dottrina⁶⁷ si è preso spunto dalla citata sentenza *Global Starnet*, immediatamente successiva alla sentenza n. 269, per evidenziare correttamente che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta che la posizione assunta da una Corte costituzionale in merito alla compatibilità di una legge con i parametri costituzionali interni non sia preclusiva di una successiva valutazione della medesima legge, svolta dal giudice nazionale con il conforto della Corte di giustizia, questa volta rispetto al (solo all'apparenza coincidente) parametro europeo costituito dalla Carta. Questa conclusione trova giustificazione nella necessità di garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, che potrebbe fornire ad un "medesimo" diritto una lettura e quindi una portata applicativa diversa da quella interna (nella fattispecie portata all'attenzione della Corte, si trattava del diritto alla libertà di impresa, di cui all'art. 16 della Carta, e del principio del legittimo affidamento). La Corte di giustizia ha quindi avvertito che "l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di

⁶⁷ A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Diritti comparati*, 9 gennaio 2018.

costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte" (punto 23) per cui "il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione" (punto 25).

Successivamente, l'ultimo (per ora) tassello di questo complesso mosaico è fornito dall'ordinanza n. 3831 del 2018⁶⁸, *Bolognesi*, con la quale la Corte di Cassazione, II sez. civ., ha posto alla Corte costituzionale il problema di chiarire, in una complessa fattispecie relativa all'impugnazione di sanzioni amministrative inflitte dalla Consob per violazione delle regole codificate nel d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), se le scelte operate del legislatore italiano nella configurazione della risposta sanzionatoria siano conformi ai parametri di tutela dei diritti fondamentali in tema di divieto di auto-incriminazione, di proporzionalità delle pene e di tutela del diritto di proprietà. Più precisamente, le norme invocate nell'ordinanza sono contenute *sia nella Costituzione* (artt. 3, 24 e 42 Cost., nonché art. 117 con riferimento ai parametri interposti costituiti dall'art. 6 CEDU e dall'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici), *sia nella Carta* (artt. 17, 47 e 49, come parametri interposti relativi agli artt. 11 e 117 Cost.), peraltro coinvolta d'ufficio dal Collegio.

In particolare, quanto al diritto fondamentale di difesa, la Cassazione pone la questione della compatibilità dell'obbligo, ricavabile dal TUIF,⁶⁹ per l'incolpato di cooperare all'attività di vigilanza della Consob, eventualmente fornendo informazioni capaci di fondare la propria responsabilità, con il principio *nemo tenetur se detegere*, ricavato sia dall'art. 24 della Costituzione, sia dall'art.

⁶⁸ Per i primi commenti v. A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *consultaonline.it*, Rivista, Studi 2018/I, 82; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *diritticomparati.it*, 16 marzo 2018.

⁶⁹ Il dovere di collaborazione viene ricavato dal testo dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUIF, nella parte in cui richiede a chiunque di ottemperare alle richieste della Consob e a non ritardarne le attività, a pena di sanzioni pecuniarie di entità tali da configurare una "pena" nel senso precisato dalla sentenza della CtEDU nel caso Engel.

47 della Carta, disposizione a cui riconosce diretta efficacia⁷⁰. La seconda questione coinvolge invece l'articolo 187 *sexies* TUIR, nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente in caso di abuso di informazioni privilegiate non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo (ossia l'intero prodotto dell'illecito), in relazione agli artt. 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo protocollo della CEDU, ed agli artt. 11 e 117, con riferimento agli art. 17 (diritto di proprietà) e 49 (principio di proporzionalità delle pene) della Carta.

La Cassazione imposta la sua richiesta seguendo la traccia dettata dalla sentenza n. 269: individuato per entrambe le questioni sollevate un caso di "doppia pregiudizialità", trattandosi di asserito contrasto che potrebbe coinvolgere sia i parametri costituzionali, sia quelli europei e quindi potenzialmente sia la Corte di giustizia, sia la Corte costituzionale, privilegia in prima battuta l'incidente di costituzionalità. Si rivolge quindi alla Corte costituzionale, chiedendo di valutare la questione *alla luce di entrambi i parametri*⁷¹. Ciò detto, sempre nel solco della recente pronuncia del giudice delle leggi, la Cassazione pone il problema di chiarire la portata dell'espressione, contenuta nella sentenza n. 269 e prima ricordata, per cui lo spazio residuo a disposizione del giudice nazionale di disapplicare (eventualmente a seguito di un intervento della Corte di giustizia) le regole nazionali a seguito di una valutazione di infondatezza della qlc, possa riemergere soltanto per *altri* profili di contrasto con il diritto dell'Unione, ovvero possa coinvolgere i *medesimi* profili già oggetto di delibazione dalla Consulta, ma con risultati eventualmente non corrispondenti.

Trattandosi di fattispecie che, per i motivi ben illustrati dalla Cassazione, senz'altro rientra nel campo di applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51, ma

⁷⁰ Cfr. il par. 11.3.6.7 dell'ordinanza.

⁷¹ Questo il testo delle due questioni di legittimità costituzionale rivolte alla Corte cost. nell'ordinanza: "La Corte, visti gli artt. 134 della Costituzione e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87:

- dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F., nel testo originariamente introdotto dall'articolo 9, comma 2, lett. b), della legge 18 aprile 2005 n. 62 - nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesta un abuso di informazioni privilegiate - in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 6 CEDU e con riferimento all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, nonché in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 47 CDFUE;

- dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 187 *sexies* T.U.F., introdotto dall'articolo 9, comma 2, lett. a), della legge 18 aprile 2005 n. 62 - nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito - in relazione agli articoli 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49 CDFUE.

che riguardano una materia (la scelta del presidio sanzionatorio per le violazioni di disposizioni del TUIF adottate in attuazione della direttiva 2003/6) per la quale gli Stati membri godono di un margine autonomo di intervento per l'attuazione del diritto dell'Unione, una possibile soluzione potrebbe essere quella di prendere atto che nel filone giurisprudenziale che ha preso le mosse con la sentenza *Fransson* la Corte di giustizia, ragionando alla luce dell'art. 53 della Carta, ha lasciato spazio all'applicazione in prima battuta degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, con riserva di valutare, in casi eccezionali, se detti standard non siano recessivi rispetto alla tutela offerta dalla Carta (nel qual caso, sarebbe quest'ultimo il testo di riferimento tramite l'art. 117 Cost.) e non compromettano l'unità, l'effettività e la supremazia del diritto dell'Unione. La Corte costituzionale potrebbe quindi rispondere ai dubbi sollevati dalla Cassazione giudicando la legge controversa *sulla base delle sole regole costituzionali interne*, ma provvedendo ad attribuire ad esse, come peraltro è già avvenuto in altre occasioni⁷², una portata che sia il più possibile conciliabile all'interpretazione fornita al medesimo diritto, come rispettivamente codificato nella CEDU e nella Carta, dalle Corti europee. A questo scopo, potrebbe essere utile il ricorso al rinvio pregiudiziale.

Dalla risposta offerta nel merito dalla Corte costituzionale dipenderà l'eventuale necessità di affrontare anche quella dei poteri residui del giudice remittente: in altre parole, se la Corte arriverà alla conclusione di ritenere le regole del TUIF esenti da vizi con riferimento ai parametri costituzionali interni, non è da escludere che il problema si sposti al livello successivo, qualora il giudice remittente continuasse a dubitare sulla conciliabilità della legge interna con i parametri della Carta. In casi del genere, mi pare inevitabile, nel pieno rispetto della giurisprudenza *Melki*, riconoscere sia il potere di operare il rinvio pregiudiziale, sia il potere di disapplicare la regola interna.

5. Verso un sistema di tutela dei diritti fondamentali ispirato al principio di prossimità

In conclusione, se appare difficile per ora individuare con certezza come i vari tasselli di questo complicato *puzzle* saranno definitivamente sistemati, un dato appare emergere con una certa chiarezza nella recente giurisprudenza sia della Corte dell'Unione che della Corte costituzionale: in presenza di attività legislative interne che intervengano là dove il diritto dell'Unione lasci margini di discrezionalità agli Stati membri, il rischio di sovrapposizione tra Carte e Corti si cerca di evitare scegliendo come primo baluardo rispetto alla garanzia del rispetto dei diritti fondamentali quello di "prossimità": è il sistema interno, con

⁷² Cfr. sentenza n. 317 del 2009, rispetto all'applicazione cumulativa degli artt. 24 e 117 Cost., con riferimento all'art. 6 CEDU, ispirata al principio della massima espansione delle garanzie.

le sue procedure (*Melki*) e le sue regole sostanziali (*Fransson*) che si vede riconoscere la priorità (*in primis* temporale). Le garanzie irrinunciabili di unità, autonomia, effettività e *primauté* dell'ordinamento dell'Unione rimangono comunque in piedi, in quanto l'apertura di fiducia che la Corte di giustizia all'evidenza compie nei confronti dei sistemi (e delle Corti) nazionali è condizionata dalla garanzia di poter svolgere, in casi che non potranno che essere eccezionali, un successivo, eventuale controllo di adeguatezza, se a ciò richiesta dai giudici nazionali.

È presto per dire se questo nuovo sistema - che presenta, come si è cercato di dimostrare, una serie di difficoltà applicative e concettuali e che può comportare una serie di passaggi successivi che certamente non lo rendono rapido e quindi, a sua volta, pienamente "effettivo" - sia capace di dare una risposta certa alle delicate questioni che sempre più si pongono nel delicato equilibrio del rapporto tra ordinamenti nazionali e diritto dell'Unione. Il banco di prova saranno le - nemmeno tanto lontane - questioni che si affacciano all'attenzione della Corte di giustizia su richiesta di giudici di Paesi che stanno vivendo, in questi anni, un momento difficile dal punto di vista del mantenimento delle garanzie della *rule of law*.