

Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot

di Roberto Bin*
(13 novembre 2017)

1. Che la Corte di giustizia ritardi a decidere il giudizio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale con l'ord. 24/2017 è, a suo modo, una buona notizia. Significa che ha ben compreso la delicatezza delle questioni poste e forse non è disposta a seguire la strada assai superficiale che le è stata consigliata dall'Avvocato generale Yves Bot.

Il caso è così noto che non necessita di ulteriori descrizioni: così com'è nota l'ordinanza della Corte costituzionale che segna una svolta nella *Europarechtsfreundlichkeit* della sua giurisprudenza. La novità non starebbe più nel fatto, pur ancora assai raro, che la Corte sollevi una questione pregiudiziale nel corso di un giudizio incidentale¹; inedito (o quasi²) è invece che la Corte costituzionale annunci con chiarezza la possibilità che vengano applicati i controlimiti, come inevitabile conseguenza di un atteggiamento "non collaborativo" della Corte di giustizia.

L'ordinanza della Corte costituzionale è troppo nota ed è stata già analizzata in ogni suo aspetto. Oggetto di queste pagine è perciò soltanto l'esame critico delle conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, che – istruendo la risposta da dare alla Corte italiana - suggeriscono alla Corte di giustizia di mantenere un atteggiamento "non collaborativo". Ad esse merita perciò dedicare qualche considerazione.

2. La prima argomentazione "forte" dell'avvocato generale è un sofisma, impiegato nell'interpretazione degli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti – le norme, cioè, che possono suffragare, da parte europea, l'ipotesi dei "controlimiti". Laddove le disposizioni della Carta impongono (art. 53) che *"nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, ... dalle costituzioni degli Stati membri"*, Bot ritiene che l'interpretazione corretta debba svolgersi ponendo in primo piano la distinzione degli ambiti di applicazione: ciò comporta che, laddove si rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, *"il livello di protezione derivante dall'interpretazione di una Costituzione nazionale non possa essere automaticamente trasposto a livello dell'Unione e non sia opponibile in sede di applicazione del diritto dell'Unione"* (punto 153). Di conseguenza, *"il principio del primato del diritto dell'Unione"* impedirebbe a uno Stato membro *"di opporsi all'attuazione di un obbligo stabilito dalla Corte di giustizia, che sia perfettamente conforme alla Carta, qualora tale obbligo non rispetti il livello di protezione più elevato dei diritti fondamentali garantito dalla Costituzione di tale Stato"*.

Le conseguenze di questa interpretazione sono alquanto curiose: se la norma oggetto di esame ricadesse nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, nessun controlimite potrebbe esser fatto mai valere; se invece ricadesse fuori da tale ambito, la questione non si porrebbe neppure, in quanto né la norma in questione, né la stessa Carta dei diritti troverebbero applicazione. In ogni "ambito di applicazione" si applicherebbe la tutela dei diritti propria di quell'ambito: tutto sta nello stabilire come si determini l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, problema ancora sostanzialmente irrisolto. So

1 Un'unica occasione precedente era stata l'ord. 207/2013 cui ha poi fatto seguito la sent. 187/2016.

2 Va ricordata la motivazione svolta dalla Corte costituzionale nella sent. 232/1986, in noto caso *Fragd*.

bene che questa interpretazione gode di molto seguito sia nella giurisprudenza europea³ (il precedente è la sent. *Melloni*⁴, in cui Bot era l'avvocato generale), sia nella dottrina, anche italiana⁵, ma ciò non potenzia la sua solidità: che pregio può avere l'interpretazione di una disposizione che comporti l'azzeramento del suo significato? Si tratta di un fenomeno che Perelman avrebbe probabilmente definito di autofagia interpretativa, in cui una regola viene interpretata per dimostrare che non regola un bel niente⁶. Credo sia invece un canone basilare dell'interpretazione accolto in tutti i sistemi giuridici il principio opposto, cioè che i testi legislativi vadano interpretati così da dare ad essi un significato normativo utile (*ut res magis valeat quam pereat*)⁷.

L'interpretazione dell'art. 53 della *Carta dei diritti* accolta dall'avv. Bot appare difficilmente sostenibile soprattutto in una materia – come la prescrizione - che non è oggetto di armonizzazione (al contrario di quella interessata dalla sent. *Melloni*, che riguardava il mandato d'arresto europeo⁸): egli è disposto a riconoscere in questo ambito agli Stati “*un margine di discrezionalità più ampio*” nel determinare “*il livello di protezione dei diritti fondamentali che essi intendono garantire all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale*”; purché, però, sia comunque assicurata “*la corretta attuazione del diritto dell'Unione*” e non siano lesi “*altri diritti fondamentali protetti in forza del diritto dell'Unione*” (punto 161). Poiché non c'è distinzione, secondo Bot, tra tutela dei diritti fondamentali degli individui e tutela degli interessi finanziari dell'Unione, non risulta per nulla chiaro in che cosa consista il “*margine di discrezionalità più ampio*” accordato agli Stati laddove, non essendovi armonizzazione, manchi una definizione comune del livello di protezione riconosciuto ai diritti fondamentali coinvolti.

3. Le tesi dell'avv. Bot soffrono dello stesso equivoco che contrassegna la giurisprudenza della Corte di giustizia in buona parte delle sue pronunce “di sistema” (quindi non solo nella sentenza *Taricco*). L'equivoco sta nel costruire la prevalenza del

3 Come afferma l'avv. generale (punto 177), citando *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70), “*la Corte di giustizia ha sempre dichiarato che il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto dell'Unione né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato, e ciò al fine di preservare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione. Secondo giurisprudenza costante, la validità di tali atti può essere quindi valutata solo in relazione al diritto dell'Unione*”. Ma nella sentenza citata – alquanto risalente, ben prima che fosse incorporata la *Carta dei diritti* – si trattava della *validità* di *regolamenti* emanati dalle istituzioni europee: è un precedente conferente in un giudizio in cui si discute della portata dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia a una norma del Trattato e si avanza l'ipotesi che non sia un canone ermeneutico approvabile quello che porti la Corte di giustizia a promuovere un'interpretazione che vada a menomare i principi fondamentali di una Costituzione nazionale?

4 C-399/11

5 Cfr. ad es. V. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali, in I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2017, 45 ss., che, infatti, considera ormai superata la teoria dei controlimiti sviluppati dalla Corte costituzionale.

6 C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, II, Torino 1966, 214 s.

7 Così, citando un broccardo tratto dal *Digesto*, il classico P.B. MAXWELL, *On the Interpretation of Statutes*, London 1920⁶, 419.

8 L'ordinanza della Corte costituzionale è molto attenta a staccare il caso *Taricco* dal caso *Melloni*: nel secondo, al contrario del primo, l'applicazione dei controlimiti avrebbe inciso direttamente sulla portata della disciplina del mandato di arresto europeo, “*e avrebbe perciò comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme*”. Le obiezioni sollevate alla sent. *Taricco* invece non mettono in discussione “*il primato del diritto dell'Unione... ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua [della sentenza della Corte di giustizia] applicazione diretta da parte del giudice*”.

diritto dell'Unione – principio pienamente riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana e ormai “costituzionalizzato” sin dal 2001 dalla modifica dell'art. 117.1 Cost. – con quella che, usando la terminologia classica, si chiama la “visione monista” dei rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale. E un equivoco che manifesta la sua pericolosità ogni qual volta la Corte di giustizia, più o meno consapevolmente, si accosta al problema dei limiti “costituzionali” del diritto e delle istituzioni dell'Unione. Uso il termine ‘costituzionale’ per indicare sia i limiti apposti dal Trattato (tradizionalmente equiparato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia alla costituzione dell'Unione), sia i limiti apposti dalle costituzioni nazionali.

Nella visione monista presupposta dalla Corte di giustizia, l'ordinamento europeo e quello nazionale tendono a unirsi in un unico ordinamento che – inevitabilmente, direbbe Kelsen - si ordina secondo gerarchia. Mai però – a quanto mi risulta – la Corte di giustizia ha espressamente ricostruito tali relazioni in termini di ordinamento gerarchico. Al suo lessico sono ben presenti sia le *gerarchie* interne agli ordinamenti nazionali⁹, sia quelle interne allo stesso ordinamento europeo¹⁰; ma le relazioni tra i due ordinamenti sono sempre state definite in termini di *preminenza*, mai di *gerarchia*. I “*principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto dell'Unione*”¹¹ guardano ai risultati, non alle modalità con cui essi si producono o alla definizione del “rango” delle fonti. E sono principi che la giurisprudenza della Corte di giustizia, sin da *Costa v. Enel*¹², ha tratto dalla natura specifica della Comunità (e ora dell'Unione), usando il potere monopolistico dell'interpretazione del diritto europeo che il Trattato le riserva¹³.

Dal suo punto di vista, invece, la Corte costituzionale italiana ha rifiutato l'idea che le fonti comunitarie vengano a comporsi in un unico sistema giuridico con quelle interne e che quindi si possano prospettare relazioni di gerarchia tra di esse. In ciò la sent. *Granital*¹⁴ è stata limpida. È il criterio della competenza il principio ordinatore dei rapporti tra i due sistemi di fonti: criterio che guida la *scelta* della norma competente da applicare, ma non produce l'*invalidità* della norma scartata. La competenza è stabilita dal Trattato, a cui si dovrebbe ricorrere per intendere se l'oggetto, la materia, la competenza di cui si discute ricada o meno nell’“ambito di applicazione” del diritto dell'Unione.

Il Trattato (e quindi anche il potere esclusivo di interpretare il diritto europeo riservato alla Corte di giustizia) deriva a sua volta la sua obbligatorietà nel nostro ordinamento dall'ordine di esecuzione introdotto dalle leggi di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Roma e di quelli che lo hanno modificato. Quindi, le norme prodotte dall'attività giurisprudenziale della Corte di giustizia diventano obbligatorie nel nostro ordinamento in forza (e quindi a un livello gerarchico) di una legge ordinaria, anche se poi è l'art. 11, rinforzato dall'art. 117.1 Cost., a fissare la prevalenza delle fonti europee sulla legislazione interna: *fin quando*, però, le norme europee non intacchino i principi supremi

9 V. per es., C-47/10.

10 V. per es., C-40/10.

11 C-184/12.

12 C-6/64.

13 Come rileva il *Parere* del Servizio giuridico del Consiglio (22 giugno 2007) citato dal punto 17 delle *Dichiarazioni allegatae all'atto finale della CIG che ha adottato il Trattato di Lisbona*.

14 Sent. 170/1984.

dell'ordinamento costituzionale, la cui individuazione appartiene al monopolio interpretativo della Corte costituzionale.

Anche se una simile ricostruzione non lascia la Corte di giustizia molto soddisfatta, questo è il *meccanismo giuridico positivo*. Non si tratta – si noti - soltanto dell'esotico assetto dei rapporti stabilito dal nostro ordinamento costituzionale, come ricostruito dalla Corte costituzionale, perché la teoria dei controlimiti si è diffusa in tutta Europa trovando autorevole conferma da parte delle Corti nazionali degli altri Stati membri, dalla giurisprudenza *Solange* del Tribunale costituzionale federale tedesco ai principi stabiliti da molte altre corti costituzionali¹⁵.

Il fatto è che non sono tanto le costituzioni nazionali a erigere un blocco a tutela dei propri rispettivi ordinamenti, ma anzitutto lo fa lo stesso Trattato, laddove mantiene fermo, come caposaldo dell'ordinamento dell'Unione, il *principio di attribuzione*. Si sa bene che tale principio ha subito una forte e continua erosione come meccanismo capace di trattenere la pressione dell'ordinamento unitario nei confronti degli ordinamenti degli Stati membri: è quanto successo negli Stati federali come gli USA, ed è inevitabile che accada anche in quella particolare entità "frattalica" che è l'Unione europea¹⁶, di cui è sempre difficile definire la natura con l'apparato concettuale tradizionale, senza integrarlo con nuove e incerte figure: quell'"ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale", di cui parlava già la sent. *Van Gend & Loos*¹⁷, oppure quell'inedito *Staatenverbund*¹⁸ di cui tutto si può dire meno che sia assimilabile a una federazione. Indubbiamente meccanismi come quello previsto dall'attuale art. 352 TFUE hanno consentito una produzione esuberante di norme che ha crivellato la barriera posta dal principio di attribuzione, ma è anche vero che questo è stato possibile grazie all'accordo unanime dei *partner* europei. Con l'unanimità si possono valicare tutti (o quasi) i limiti di competenza; la barriera resiste invece quando ad essere minacciati sono i principi costituzionali - dicono unanimi le Corti nazionali - trovando nel principio di attribuzione, ma

15 Cfr., per un quadro ormai datato, A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto Ue e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2004, 1309 ss.; P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *41 Brook. J. Int'l L.* 2016, 491 ss.; ora M. DANI, *National Constitutional Courts in supranational litigation: A contextual analysis*, in *Eur. Law J.* 2017, 189 ss.; con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale dei Paesi dell'Est-Europa, cfr. O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis à vis il processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea* 2012, 765 ss., nonché (criticamente) W. SARDUSKI, *'Solange, chapter 3': Constitutional Courts in Central Europe—Democracy— European Union*, in *Eur. Law J.* 2007, 1 ss.

16 È evidente che qui si pone il grande problema del fondamento attuale dell'UE, se cioè essa sia ancora pienamente un'organizzazione internazionale o sia divenuta ormai un sistema costituzionale di un qualche tipo, sia pure *without constitutionalism*: come mettono giustamente in luce J.H.H WEILER e U.R. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order-Through the Looking Glass*, in *37 Harv. Int. L. J.* (1996) 411 ss., dal punto di vista del diritto internazionale uno Stato non potrebbe certo pretendere di far prevalere il proprio diritto sulle norme dell'organizzazione internazionale a cui aderisce (e in cui c'è un organo giurisdizionale preposto a dirimere gli eventuali conflitti interpretativi); ma nell'ordinamento europeo il punto di vista delle Corti nazionali è giustificato dal fatto che le norme europee sono stabilite con il concorso dei Governi nazionali e questi tendono a prendere le decisioni più impegnative a Bruxelles, per svincolarsi dai limiti e dai controlli imposti dalle loro Costituzioni. È ovvio che poi gli Stati non intendano fare quello che il diritto internazionale non permette loro di fare, cioè denunciare l'*ultra vires*, ma è altrettanto ovvio che l'*organo di garanzia costituzionale* di ogni Stato sia giustificato se si oppone a un atto che infrange la Costituzione di cui è il garante.

17 C-26/62.

18 Secondo la nota definizione data dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel *Maastricht-Urteil* (BVerfGE 89, 155).

forse anche nella clausola dell'art. 53 della Carta dei diritti, i perni in cui incardinare la barriera stessa.

L'esistenza di questo limite è implicita nello stesso concetto di "principio di attribuzione", che per altro, per le costituzioni degli Stati membri, è un principio non superabile. Qualsiasi potere "delegato" dalla Costituzione (compreso quello di revisione costituzionale) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*. Il *Bundesverfassungsgericht* ha voluto ribadire questo fondamentale principio nel suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia a proposito dell'OMT¹⁹: al di là del merito della questione, mi sembra un atteggiamento ineccepibile. Il controllo non può che essere affidato agli organi degli Stati membri: e questo controllo non può che riguardare anche i diritti fondamentali e l'equilibrato bilanciamento tra essi. I tentativi di interpretare il riferimento all'identità nazionale contenuto nel Trattato di Lisbona (art. 4.2 TUE) come "*comunitarizzazione dei controlimiti*" appaiono frutto di un grave equivoco²⁰. Se la Corte costituzionale è incaricata di vigilare l'equilibrato bilanciamento degli interessi e dei diritti scritti in costituzione, questa funzione non può essere delegata *in toto* ad altri soggetti, istituiti in forza dei poteri "delegati" dalla Costituzione stessa. Gli interessi ammessi al bilanciamento formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa ha rappresentato per la società. Non è perciò possibile che, con gli strumenti concessi dalla Costituzione, il legislatore trasferisca, *in esclusiva*, a un ordinamento e a un giudice esterno il compito di sovrapporre gli interessi tutelati dal suo ordinamento e perciò le sue decisioni a quelli contemplati dalla Costituzione stessa. Detta in altre parole, nessun Trattato – ratificato con le procedure costituzionali - può attribuire a un organo da esso istituito il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal Trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale. Benché in molti ritengano che, in fondo, i diritti e gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione non siano molto diversi da quelli tutelati dalla Costituzioni degli Stati membri, non è affatto così²¹.

4. L'avv. Bot concentra la sua attenzione sul problema della natura processuale o sostanziale della prescrizione, in ciò rivelando le sue origini culturali poiché è il profilo che di solito più interessa i penalisti. Ma le questioni sollevate dalla Corte italiana non si fermano ad esso, perché l'obiezione principale che la Corte costituzionale solleva riguarda un aspetto diverso, ossia l'incidenza della decisione *Taricco* sulla *funzione giurisdizionale* e sui principi costituzionali che la informano²².

Trattando del principio di legalità in campo penale – osserva la Corte costituzionale – la sentenza *Taricco* si è occupata solo del divieto di retroattività, "*mentre non ha esaminato l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata*". Questo profilo, completamente trascurato anche dall'avv. Bot, acquista un preciso rilievo a proposito della prescrizione: in base al principio di legalità, "*l'attività del giudice chiamato ad applicarla*

¹⁹ *Beschluss vom 14. Januar 2014 - 2 BvE 13/13*.

²⁰ Rinvio alle giuste critiche di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti* cit, 72 ss.

²¹ Ho sviluppato queste riflessioni in una relazione, *Il processo costituente dell'Unione Europea*, non ancora pubblicata, ma che è anticipata in <http://www.robertobin.it/articoli/Novara%20def.pdf>.

²² Coglie bene questo aspetto M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Rivista AIC* 1/2017, 7 ss.

deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate”. In nessun ordinamento di *civil law* è affidato al giudice “il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento”, ovunque essendo ripudiata “l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire”.

Questo è il punto centrale dell’ord. 24/2017: il principio di legalità penale pretende che la norma penale sia adeguatamente determinata e che a farlo sia il legislatore; ci vanno di mezzo non soltanto le garanzie dell’individuo di poter prevedere come l’ordinamento qualificherà i suoi comportamenti, ma anche la divisione dei poteri. Invece l’interpretazione dell’art. 325 TFUE fornita nella sent. *Taricco* si limita – dice l’ordinanza di rinvio - a formulare “un obbligo di risultato chiaro e incondizionato”, ma “omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato”. È evidente che così si “eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall’art. 49 della Carta di Nizza”.

L’obiezione sembra chiara e ben argomentata, ma l’avv. Bot non la prende in alcuna considerazione. Siccome la norma sulla prescrizione ha – a parer suo - natura processuale, nulla osta a che il giudice italiano la disapplichì (punto 141): il giudice nazionale – è la prima delle sue conclusioni – deve disapplicare le disposizioni di legge se impediscono “di infliggere sanzioni effettive e dissuasive nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea”. Ha ragione però la Corte costituzionale italiana: consentire al giudice penale di disapplicare la legge quando “osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell’Unione” significa violare i fondamenti più profondi delle tradizioni costituzionali liberali, sostituendo la definizione di uno scopo alla determinazione di una fattispecie. Sostituire la “fattispecie” con i “fini” non è una novità, verrebbe salutata come “una grande vittoria” da Carl Schmitt che, in un raggelante articolo del 1935, inneggiava alla legge come “*Wille und Plan des Führers*”²³. Non esattamente l’ideale dello Stato di diritto, ai cui valori - dice la Corte di giustizia sin da *Les Verts* (C-294/83) – l’organizzazione europea si ispira.

Quando la Corte di giustizia fissa i requisiti che devono ricorrere perché una norma possa produrre effetti diretti ricorre a una triade di aggettivi – “*chiara, precisa e incondizionata*” – di cui l’ultimo è senz’altro il più significativo (infatti, che una norma giuridica possa essere “chiara” e “precisa” dipende in massima misura da come si configura il caso a cui deve essere applicata): una norma è “incondizionata” quando la sua applicazione possa essere compiuta dal giudice senza ledere il principio della separazione dei poteri, ossia quando la norma stessa non richieda di essere completata, integrata, attuata o strumentata da atti di competenza delle autorità politiche o amministrative²⁴. Difficile sostenere che la norma tratta dall’art. 325 TFUE dalla sentenza *Taricco* possa apparire tale.

²³ *Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung, in Deutschen Juristen-Zeitung* 1935, 919 ss.

²⁴ Cfr. le recenti osservazioni di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC* 4/2017, p. 7 s., (e poi pp. 14 s., con riferimento al caso *Taricco*), che giustamente riferisce il vincolo del giudice alla legge e il controllo accentrato di legittimità costituzionale (che libera il giudice da quel vincolo) come certa componente dell’“identità costituzionale” italiana (e non solo).

5. C'è un ultimo punto che la Corte costituzionale non affronta e tanto meno lo fa l'avvocato generale. La Corte di giustizia può affermare l'efficacia diretta delle norme europee in qualsiasi caso e in qualsiasi circostanza, obbligando di conseguenza il giudice nazionale a disapplicare le norme interne?

La genesi della dottrina degli effetti diretti delle norme europee, come fenomeno distinto dalla "*diretta applicabilità*" di alcuni atti normativi (regolamenti e decisioni: art. 288 TFUE), sta nella storica sentenza *van Gend & Loos*²⁵. L'ordinamento comunitario – vi spiega la Corte – "*nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie*"²⁶. La *ratio* di questa dottrina è riassunta in *Faccini Dor*²⁷ con chiarezza: evitare che uno Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario. Più di recente è stata la sent. *Francovich*²⁸ a spiegare come la dottrina degli effetti diretti si debba riflettere sugli adempimenti dei giudici nazionali: "*è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli*". Ciò, ovviamente, al fine di "*garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta*"²⁹.

Insomma, l'infinita catena dei precedenti che la sentenza *Taricco* cita a suo sostegno è chiaramente ispirata all'esigenza di assicurare una *tutela diretta dei diritti dei cittadini* e, tramite il loro attivarsi, raggiungere anche il risultato di rafforzare l'effettività del diritto dell'Unione attraverso un *private enforcement*³⁰. Perciò, come la Corte ha affermato anche nella sent. *Berlusconi e altri*³¹, l'effetto diretto non si può produrre a danno del privato, aggravando per esempio la responsabilità penale degli imputati, ma solo a suo favore, per assicurare la tutela dei loro diritti *contro* il comportamento omissivo dello Stato.

Si deve notare che, distinto dal fenomeno della produzione di *effetti diretti* derivanti da norme dell'Unione non prodotte da atti "*direttamente applicabili*", è la produzione di *effetti indiretti* che colpiscono i privati in forza dell'applicazione delle norme dei Trattati. Se questi impongono, per esempio, il divieto di aiuti di Stato, l'applicazione di questa norma genera inevitabilmente anche conseguenze *negative* per i privati che hanno beneficiato degli aiuti in questione. Mentre gli effetti diretti si producono a seguito dell'applicazione di una norma "*chiara, precisa e incondizionata*" sollecitata dal privato, che così fa valere un suo diritto contro l'inadempienza di uno Stato membro; gli effetti indiretti conseguono alla dichiarazione di invalidità di un atto dei poteri pubblici che ha violato uno specifico vincolo posto dai Trattati a carico degli Stati membri. Mentre nel primo caso è l'attivazione

25 C- 26/62.

26 Punto II.B (i corsivi sono ovviamente miei).

27 C-91/92: la Corte cita la sent. *Marshall* (C-152/84).

28 C-6/90 e C-9/90.

29 Sent. *Factortame*, C-213/89, punto 19, che cita come precedente recente le sent. *Ariete* (C-811/79) e *Mireco* (C-826/79).

30 Su cui cfr. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham UK, 2015.

31 C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

processuale da parte del privato a innescare il processo interpretativo che culmina con l'applicazione diretta *a suo favore* della norma UE riconosciuta come *self-executing*; nel secondo caso, invece, è una procedura d'infrazione ex art. 108 TFUE a generare, alla sua conclusione, conseguenze negative per i privati³².

Anche per le pratiche commerciali che falsano la concorrenza il Trattato pone divieti che si rivolgono direttamente ai privati (art. 101 ss. TFUE) e poi sono specificati dal diritto derivato. Che gli interessi dei singoli siano incisi negativamente dalle norme europee è però una conseguenza esplicita delle disposizioni del Trattato che nulla hanno a vedere con la dottrina degli "effetti diretti", se non che per un aspetto: che la violazione dei divieti può comportare un pregiudizio per altri operatori privati che, di conseguenza, potranno rivendicare l'*effetto diretto* dei divieti imposti dal diritto europeo secondo lo schema generale per cui l'effetto diretto opera sempre a favore del privato che rivendica un diritto³³.

Cambiare questo presupposto fondamentale della dottrina degli effetti diretti per il semplice fatto che oggetto di violazione da parte delle leggi nazionali è l'interesse finanziario dell'Unione europea dice quanto poco la Corte di giustizia sia sensibile alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Come l'avv. Bot dimostra apertamente nelle sue argomentazioni, gli interessi dell'Unione – inclusi quelli del mercato - si collocano allo stesso livello dei diritti fondamentali degli individui, ed anzi prevalgono sui diritti garantiti dalle costituzioni nazionali. Il loro peso sulla bilancia, in raffronto ai diritti fondamentali estranei alla logica del mercato (e quindi alle "quattro libertà", che del mercato sono il fulcro), è soverchiante anche dopo l'incorporazione della Carta dei diritti nei trattati.

6. La sentenza *Taricco*, così rigidamente difesa dall'avv. Bot, provoca un duplice *vulnus* al principio di irretroattività: uno sul piano interpretativo, l'altro sul piano meta-interpretativo.

Sul primo non c'è altro da aggiungere alle argomentazioni della Corte costituzionale: anche se si collocasse la prescrizione sul piano processuale, e non su quello penale-sostanziale, far mutare retroattivamente la disciplina di un rapporto giuridico attraverso il meccanismo della disapplicazione della legge in vigore compiuta dal giudice al fine di perseguire un obiettivo estraneo alla disposizione disapplicata, non desumibile in alcun modo dalla legge disapplicata, significa negare qualsiasi valore al principio di certezza del diritto, dell'affidamento dei privati e della prevedibilità delle conseguenze del loro operato. Il principio di irretroattività delle leggi è un principio di civiltà giuridica da preservare anche fuori dell'ambito del diritto penale (dove ovviamente è tutelato al massimo grado): è ovviamente derogabile, ma solo quando ricorrano circostanze che comunque pongano gli individui al riparo dall'applicazione a loro svantaggio di regole imprevedibili e derogatorie rispetto alla disciplina vigente. Tali sarebbero le regole che il *giudice penale* viene ad applicare nel corso di un procedimento iniziato con un determinato assetto normativo, improvvisamente mutato per decisione del giudice, non per applicare una nuova norma (processuale) approvata dal legislatore, ma una regola elaborata dal giudice stesso in considerazione della necessità di preservare un obiettivo

³² "I giudici nazionali, infatti, non sono competenti a statuire sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno, atteso che tale controllo rientra nella competenza esclusiva della Commissione": sent. *Alouminion tis Ellados* (590/14 P, punto 96), che però precisa che il giudice nazionale deve assicurare tutela cautelare, fino alla decisione definitiva della Commissione, dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica alla Commissione.

³³ Si veda ad es. la sent. *Donau Chemie e a.*, in C-536/11.

da comportamenti che, per la gravità e sistematicità, ne possono ostacolare il raggiungimento.

Sul piano meta-interpretativo, un effetto forse ancora più grave e “sistemico” deriva da un rovesciamento dei propri precedenti da parte della Corte di giustizia. Demolire una dottrina consolidata da sessant’anni di giurisprudenza, senza neppure affermare espressamente l’*overruling* e motivarlo adeguatamente, lede a sua volta il principio di irretroattività, compie cioè un *adjudicative retroactivity* che anche nei sistemi di *common law* è accolto con forte preoccupazione³⁴.

Il che non significa affatto che la Corte di giustizia debba restare passiva di fronte alla grave e evidente violazione del principio posto dall’art. 325 TFUE da parte di una legislazione italiana in materia di prescrizione, che continua ad essere davvero insostenibile, e non abbia lo strumento adeguato a porvi rimedio. Lo strumento c’è, ed è quello della procedura d’infrazione. Se la Corte di giustizia, dichiarata l’incompatibilità della legge italiana sull’interruzione della prescrizione con gli obblighi derivanti dal Trattato, avesse sollecitato la Commissione ad attivare questo strumento, anziché surrogarsi e pretendere di superare la situazione creata dalla legge italiana invitando i giudici ordinari a disapplicarla, tutti i problemi sollevati dalla sent. *Taricco* non si sarebbero posti - e probabilmente si sarebbe conseguito anche un risultato più efficace.

* Università di Ferrara

34 Cfr. B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford and Portland 2008.