

# L'EUROPEIZZAZIONE DEI CONTROLIMITI ALLA PROVA DEL DIALOGO TRA LE CORTI: I CASI *MELLONI* E *TARICCO* \*

di Emil Martini\*\*  
(27 aprile 2018)

SOMMARIO: **1.** Introduzione. – **2.** Genesi della nozione di controlimiti. – **3.** 'Costituzione europea' e Trattato di Lisbona: europeizzazione dei controlimiti? – **4.** Il caso *Melloni*. – 4.1. La sentenza del *Tribunal constitucional*: la mancata attuazione dei controlimiti. – 4.2. Il difficile bilanciamento tra il primato del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti fondamentali a livello costituzionale. – **5.** La 'saga Taricco'. – 5.1. La sentenza *Taricco I*: un ultimo affronto all'ordine costituzionale? – 5.2. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale. – 5.2.1 Parole e silenzi: mancato bilanciamento fra principi costituzionali? – 5.2.2. Una lettura alternativa dell'art. 53 della Carta e il delicato *distinguishing* tra il caso *Melloni* e il caso *Taricco*. – 5.3. Il caso *Taricco bis*: uno scontro evitato? Luci e ombre della decisione della Corte di giustizia. – 5.3.1. Il labile confine tra 'europeizzazione dei controlimiti' e monologo del giudice europeo. – 5.3.2. La ricerca del giusto equilibrio nel dialogo tra le Corti. – **6.** Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

La pluralità di assetti, giurisdizioni e fonti del diritto non è certo una novità nel panorama giuridico; la peculiarità dell'esperienza europea si esplica tuttavia nelle modalità in cui tutti gli elementi in gioco si combinano tra loro e si sviluppano, dando vita ad un assetto unico nel suo genere che mette in crisi le tradizionali concezioni di nozioni quali quelle di gerarchia, sovranità e identità costituzionale. Da questi aspetti deriva il fascino di una tematica flessibile e multiforme che trova nei controlimiti la sintesi delle contraddizioni, e al tempo stesso delle potenzialità, che si pongono alla base del processo di integrazione europea dalle origini fino ad oggi. Il fragile equilibrio fra la progressiva cessione di parte della sovranità statale ed il parallelo mantenimento di un'identità nazionale e costituzionale dagli incerti confini costituisce un tema di estrema attualità e di grande interesse, specialmente alla luce delle influenze di tipo sociale, politico e culturale che segnano in maniera più o meno profonda il cammino europeo ai giorni nostri.

Il tema dei controlimiti, in più di mezzo secolo di storia, ha conosciuto una diffusione ed una fama altalenanti, spesso legate in opposizione alle alterne fortune del processo integrativo europeo. Negli ultimi dieci anni questa intrinseca instabilità della considerazione attribuitagli si è acuita oltremisura. Considerata alla stregua di una teoria obsoleta e senza alcuna possibile rilevanza pratica all'inizio del nuovo millennio, tale nozione è di recente tornata ad attirare l'attenzione di molti studiosi, soprattutto all'indomani di una serie di dibattute decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea e di talune Corti costituzionali nazionali. L'argomento è controverso ma non privo di fascino,

\* Scritto sottoposto a *referee*.

collegando branche del diritto anche molto distanti fra loro in un complesso panorama multidisciplinare. Proprio questa caratteristica di elemento di confine ha spinto Alessandro Bernardi a tratteggiare i controlimiti attraverso una metafora molto evocativa, che li descrive come delle 'perigliose acque fluttuanti alle Colonne d'Ercole del diritto'<sup>1</sup>.

## 2. Genesi della nozione di controlimiti

Alla luce della sua lunga storia ed evoluzione fra utilizzo giurisprudenziale ed elaborazione dottrinale, si può concordare con l'assunto preliminare per cui la teoria dei controlimiti "muove dal postulato secondo il quale i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato sono intangibili, e come tali sottratti ad ogni possibile 'aggressione' di origine sia interna sia esterna"<sup>2</sup>. Le origini del concetto di controlimiti<sup>3</sup> vengono fatte risalire ad un alquanto datata giurisprudenza della Corte costituzionale italiana<sup>4</sup>, che però solo in tempi più recenti ha utilizzato la suddetta denominazione, preferendole spesso riflessioni in termini di principi fondamentali, diritti inalienabili, principi supremi<sup>5</sup>.

In realtà, il termine e il concetto di controlimiti sono frutto della dottrina, e fanno la loro comparsa per la prima volta negli anni sessanta per merito dell'elaborazione di Paolo Barile<sup>6</sup> sul tema del rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario. Barile, ragionando sul valore dell'art. 11 Cost. quale norma atta a consentire 'limitazioni di sovranità' come quelle derivanti dalla allora Comunità economica europea, affermava l'esistenza di un confine invalicabile da parte di queste limitazioni, confine che "risiede nella costituzione materiale, intesa nel senso di quel nucleo immodificabile di norme che caratterizzano un ordinamento statale in un dato momento storico, e che sono

---

1 A. Bernardi, *Prefazione*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli 2017, cit. a pag. IX.

2 *Ivi*, cit. a pag. IX (Presentazione).

3 Vedi in particolare G. P. Dolso, *I controlimiti 'comunitari' tra passato e presente*, in "Nomos", rivista 2/2017.

4 Fra le sentenze più significative in materia vedi in particolare la sentenza *Frontini* (n. 183 del 1973), *Granital* (n. 170 del 1984) e *Fragd* (n. 232 del 1989).

5 In proposito, Dolso fa notare che "la terminologia è abbastanza varia: se di norma, con riguardo ai rapporti con l'ordinamento 'concordatario', la Corte ragiona di 'principi supremi' (Corte cost., sent. n. 30 del 1971), nell'ambito dell'ordinamento comunitario fa riferimento ai 'principi fondamentali e diritti inalienabili della persona'. Si tratta solo di un dato tendenziale: ad esempio nella sent. n. 232 del 1989, relativa all'ordinamento comunitario, la Corte fa espresso riferimento ai principi supremi, citando al riguardo peraltro la sent. n. 18 del 1982 relativa all'ordinamento 'concordatario'. Un certo rigore lessicale traspare dalla più recente sen. n. 238 del 2014 sui controlimiti internazionali" (G. P. Dolso, *op. cit.*, cit. a pag. 3, nota 4). Si noti, tra l'altro, che la sentenza da ultimo richiamata (n. 238 del 2014) rappresenta tutt'oggi uno dei rari casi in cui la Consulta ha fatto un uso espresso del termine 'controlimiti' (il primo caso si è avuto con la sentenza n. 349 del 2007).

6 Cfr. P. Barile, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, pp. 701 ss. e P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2416. A questo proposito Bernardi, nell'opera sopracitata, fa notare il fatto che in un primo momento il termine utilizzato per definire i controlimiti era 'controlimitazioni'.

sorrette dalla risultante delle forze politiche in gioco; nucleo imm modificabile anche da parte della funzione di revisione, secondo la dottrina più comune”. Dare un contenuto concreto al concetto di ‘costituzione materiale’ non è però un compito agevole, e Barile pare esserne ben consapevole. Ciò tuttavia non gli impedisce di determinare qualche punto fermo, affermando che “si può essere d’accordo, in prima approssimazione, sulla legittimità costituzionale della parziale abdicazione delle competenze, anche di organi costituzionali, a patto che tale abdicazione non svuoti interamente della loro competenza gli organi medesimi e non turbi l’equilibrio di attribuzioni fra i poteri dello stato; e che circa i diritti ‘inviolabili’ del soggetto privato, insuscettibili di per sé di abrogazione costituzionale (art. 2 Cost.), ogni abdicazione del diritto interno a favore di quello comunitario debba essere riguardata con estrema cautela, occorrendo quanto meno che le garanzie offerte dall’ordinamento comunitario corrispondano, di massima, a quelle assicurate dall’ordinamento costituzionale, soprattutto qualora si tratti di diritti o interessi esistenti nell’ordinamento interno e protetti in sede costituzionale”<sup>7</sup>.

Come traspare dalle considerazioni riportate, il settore ove la teoria dei controlimiti si è maggiormente manifestata è quello del rapporto tra diritto interno e diritto europeo<sup>8</sup>. In questo contesto si è posta come rimedio estremo per impedire che il progressivo ridimensionamento della sovranità nazionale dovuto alla crescita e allo sviluppo delle organizzazioni sovranazionali europee possa comportare il sacrificio dei ‘principi supremi e dei diritti fondamentali’ dell’ordinamento<sup>9</sup>. Questi ultimi devono prevalere sul diritto comunitario poiché il nucleo duro del proprio patrimonio costituzionale non può cedere di fronte a nulla, nemmeno per opera di norme esterne all’ordinamento in nome di un qualche vincolo di fedeltà a trattati internazionali.

Volgendo lo sguardo oltre i confini nazionali, si può constatare che la teoria dei controlimiti è stata rapidamente accolta e precisata dal *Bundesverfassungsgericht* ed in seguito è stata recepita, con sfumature e tempi

---

<sup>7</sup> Citt. da P. Barile, *Rapporti tra norme...*, pp. 713-714.

<sup>8</sup> La teoria in questione non è però relativa solo al difficile rapporto con le allora Comunità europee. In realtà, un “riferimento esplicito ai ‘principi supremi’, come limite di penetrazione delle norme di un ordinamento esterno, compare con riguardo alle norme concordatarie, in alcune pronunce dei primissimi anni ‘70” (G. P. Dolso, *op. cit.*, cit. a pag. 3). Il riferimento è alle sentenze nn. 30, 31 e 32 del 1971 della Corte costituzionale e alla sent. n. 18 del 1982. Quest’ultima fu, in realtà, la prima pronuncia di accoglimento, con cui grazie ai controlimiti si sbarrò l’ingresso nel nostro ordinamento a una norma concordataria. Ampliando il campo d’indagine, ci si accorge poi che la Consulta negli anni si è riferita ad una pluralità di fonti esterne rispetto alle quali ritiene possibile far valere i controlimiti. Oltre alle suddette fonti sovranazionali e concordatarie, non va dimenticato il riferimento alle fonti internazionali consuetudinarie (vedi in particolare Corte cost., sent. 238 del 2014) e alle altre fonti esterne di origine pattizia, fra cui in particolare la CEDU. Per queste ultime, peraltro, riguardo all’ordinamento italiano tutte le fonti costituzionali si ergono a controlimiti. Con riguardo alla CEDU, vedi in particolare le sentenze gemelle 348 e 349 del 2007; da queste emerge che le norme CEDU integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, e devono essere dunque conformi a Costituzione. Le disposizioni della CEDU sono dunque ‘norme interposte’ nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall’art. 117, primo comma, Cost.

<sup>9</sup> Cfr. A. Bernardi, *op. cit.* (Presentazione).

diversi, dalla gran parte delle Corti costituzionali degli Stati membri. Accanto alle elaborazioni delle Corti costituzionali sul tema dei diritti fondamentali, non va dimenticato che parallelamente la Corte di giustizia non è rimasta del tutto inerte in materia. Certo la base di partenza era alquanto differente rispetto a quella degli ordinamenti nazionali, in quanto nei trattati istitutivi non vi erano esplicite previsioni sui diritti al di fuori di quelli legati al campo delle quattro libertà del mercato (libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali). Questo in parte pare giustificare il ritardo con cui gli stessi giudici di Lussemburgo iniziarono a riconoscere un sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario<sup>10</sup>. Al contempo però, in tali tempistiche riguardanti l'avvio di questa elaborazione si può intravedere un tentativo di reazione alla nascente teoria dei controlimiti<sup>11</sup>.

Bisognerà invece attendere il Trattato di Maastricht per vedere a livello di normativa primaria una disposizione che nomini espressamente i diritti fondamentali. L'art. F, n. 2 del Trattato di Maastricht stabilisce che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". L'art. L limita però l'applicazione di tale disposizione a solo ciò che riguarda l'attività delle istituzioni. Un'altra importante novità introdotta con il Trattato di Maastricht riguarda la comparsa nei trattati del concetto di 'identità nazionale'. Il primo comma del succitato art. F dispone infatti che "l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi

---

10 A cavallo fra gli anni '60 e '70 si può rilevare come la Corte di giustizia cominci ad elaborare un vero e proprio sistema comunitario di protezione dei diritti. Con la sentenza *Stauder* (Sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, in *Racc.*, 1969, p. 419), i giudici di Lussemburgo affermano per la prima volta che "i diritti fondamentali della persona... fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza". Pochi mesi più tardi quest'affermazione viene precisata nel caso *Internationale Handelsgesellschaft* (Sentenza 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, p. 1125): "la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza" e "la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità". Qui la Corte, pur precisando che il principio del primato non è mai in discussione, neppure di fronte a norme nazionali di rango costituzionale, cerca di colmare le lacune dei trattati in tema di diritti fondamentali richiamando i principi generali dedotti dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri. La generalità del richiamo è sintomo della volontà di avere un adeguato margine di manovra che permetta al contempo di evitare contrasti con le Corti costituzionali e affermare in maniera definitiva la *primauté* comunitaria. D'altra parte però, il parametro richiamato necessita di ulteriori precisazioni per una sua più completa comprensione. Così, nella sentenza *Nold* (Sentenza 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold c. Commissione*, in *Racc.*, 1974, p. 491) si afferma che "i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario" e nel successivo caso *Rutili* (Sentenza 28 ottobre 1975, C-36/75, *Rutili*, in *Racc.*, 1975, p. 1219) la Corte si spinge oltre rifacendosi espressamente alla CEDU.

11 In dottrina a questo proposito vi è addirittura chi parla di applicazione della teoria dei controlimiti 'al contrario' da parte della Corte di giustizia, ove "il sistema di tutela dei diritti all'interno del quale opera l'organo giurisdizionale 'si fa limitare' dal riconoscimento di diritti inviolabili che non possono più arretrare nemmeno dinanzi a libertà fondamentali garantite dai Trattati istitutivi." E. Mottese, op. cit., cit. a pag. 27.

democratici”. Con il Trattato di Amsterdam, tale disposizione viene modificata nel modo seguente: “l’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”.

In questo complesso scenario, la proclamazione a Nizza nel 2000 della Carta dei diritti fondamentali<sup>12</sup> rappresenta un ultimo passo avanti importante, benché non decisivo. Va però evidenziato che nonostante il fatto che ci vorranno degli anni prima che alla stessa venga riconosciuto un pieno valore giuridico<sup>13</sup> e nonostante la presenza nella stessa di norme atte a limitarne la portata<sup>14</sup>, il suo valore rimane indiscutibile, soprattutto in relazione all’influenza avuta sui giudizi della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali. La Carta ha infatti arricchito i parametri di riferimento a disposizione della Corte contribuendo a farle progressivamente abbandonare la prospettiva meramente economicistica che ha da sempre caratterizzato la sua giurisprudenza, in favore “delle capacità costituzionali della Corte di giustizia e della tendenza all’armonizzazione dei valori propria dei sistemi *multilevel* di protezione dei diritti, dove il limite non giustifica più la tutela dell’ordinamento di appartenenza ma un sistema più ampio e integrato (se non vogliamo dire ‘omologato’)”<sup>15</sup>. La Corte ha dunque in generale intensificato la sua opera di riconoscimento di diritti aprendosi maggiormente all’influenza dei sistemi nazionali e riportando il tutto sotto l’alveo del riconoscimento e della protezione data dall’ordinamento giuridico comunitario<sup>16</sup>.

### 3. ‘Costituzione europea’ e Trattato di Lisbona: europeizzazione dei controlli?

Fra le grandi novità che si sarebbero dovute introdurre con il progetto di Costituzione europea spicca ai nostri fini la codificazione del principio di *primauté* all’art. I-6, che fino ad allora faceva parte del solo *acquis* giurisprudenziale, a partire dalla sentenza *Costa c. ENEL*<sup>17</sup>. Tale principio pare imporsi in maniera incondizionata, proclamandosi che “la costituzione ed il

---

12 Da qui in avanti ci si riferirà ad essa come la ‘Carta’.

13 Dopo un primo riconoscimento a livello di giurisprudenza della Corte di giustizia, sarà il Trattato di Lisbona a stabilire che la Carta ha “lo stesso valore giuridico dei Trattati”, all’art. 6.1 TUE.

14 Ci si riferisce in particolare al controverso art. 51.2, che stabilisce che la Carta “non introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”.

15 E. Mottese, *op. cit.*, cit. a pag. 30.

16 Degli esempi dell’appena descritto *modus operandi* della Corte di giustizia sono rinvenibili nei famosi casi *Schmidberger* e *Omega*, rispettivamente CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*, in *Racc.*, 2003, I-5659; CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.* 2004, I-5659. Su tali sentenze cfr. A. Tancredi, *L’emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria*, in “Riv. dir. internaz.”, 2006, p. 644 ss.; G. Morbidelli, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in “Dir. proc. amm.”, 2006, 303 ss.

17 Corte di giustizia 15 luglio 1964, caso 6/64.

diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri". In realtà lo stesso è anticipato dall'art. 1-5, che afferma che "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti alla costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale". Così, la *primauté* risulta alquanto flessibilizzata e condizionata, poiché la Corte dovrà considerare, oltre ai principi generali, anche il rispetto delle singole strutture costituzionali fondamentali dei Paesi membri, che in questo modo secondo alcuni divengono dei veri e propri controlimiti legittimati<sup>18</sup>. Sembra ammettersi così una dinamica forma di prevalenza del diritto nazionale su quello europeo, poiché "l'ordinamento giuridico comunitario non può rimanere indifferente alle limitazioni nazionali alla *primauté* costituzionale, che, al contrario, vengono a formare parte dello stesso ordine europeo"<sup>19</sup>.

Il contenuto dell'art. 1-5, come visto, non è del tutto inedito in quanto un riferimento all'identità nazionale degli Stati c'era già nell'art. F n. 1 del Trattato di Maastricht; ora vi è però la novità del richiamo alla 'struttura costituzionale degli Stati membri'. Questa variazione specifica la precedente nozione rafforzandola sul piano giuridico. Secondo alcuni, il concetto di identità costituzionale viene qui concepito come l'insieme delle scelte di valore espresse dalle Costituzioni, il risultato del patrimonio culturale di un'intera società. In questo senso da più parti si è letto in questa nuova formulazione "il riconoscimento normativo nell'ordinamento europeo della dottrina dei controlimiti, della inviolabilità, cioè, dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro"<sup>20</sup>. L'art. 1-5 fa dunque da contrappeso al principio del primato ex art. 1-6, e le due norme vanno lette in combinato disposto. Dalla netta contrapposizione tra *primauté* e controlimiti si passa ad un'ottica più conciliante che avvicina le due dimensioni, di modo che i principi costituzionali fondamentali dei Paesi membri non sono più percepiti come un limite nazionale al diritto europeo, ma come un limite al diritto europeo stesso. In questo senso, sono in molti ad aver visto in queste modifiche normative una sorta di riconoscimento della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca sul tema dei controlimiti<sup>21</sup>.

Restano tuttavia delle problematiche di non poco conto, ben evidenziate da Cartabia: "chi sarà l'interprete e il portavoce delle 'strutture costituzionali nazionali' nell'ordinamento europeo? Tale compito sarà riconosciuto – come sembrerebbe logico – a chi negli ordinamenti nazionali svolge il ruolo di custode della Costituzione? Oppure si potrà ripetere in qualche misura la saga dei diritti

---

18 Cfr. A. Pizzorusso, *op. cit.* e T. Groppi, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in "ASTRID – Rassegna" n. 13 del 2005.

19 T. Groppi, *op. cit.*, cit. a pag. 5.

20 Cfr. M. Cartabia, *Unità nella diversità: il rapporto tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali*, in "Il Diritto dell'Unione Europea", 2005, p. 607 ss., cit. a pag. 619.

21 In questo senso in dottrina si è parlato di 'europeizzazione dei controlimiti', concetto che verrà ripreso più sotto: vedi in particolare A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in "Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali". *Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, p. 827 ss.

fondamentali, in cui al riconoscimento delle giuste esigenze di tutela dei diritti fondamentali più volte reclamate dalle Corti nazionali, si è accompagnata una 'comunitarizzazione' degli stessi ad opera della Corte di giustizia? Si può immaginare che anche in riferimento all'interpretazione delle strutture fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali la Corte di giustizia divenga l'interprete unico o ultimo o privilegiato?"<sup>22</sup>. Da un lato non pare concepibile affidare ai giudici di Lussemburgo l'interpretazione e la tutela delle identità costituzionali nazionali, ma d'altra parte concedere l'ultima parola ai magistrati nazionali metterebbe a rischio la tenuta stessa del sistema europeo<sup>23</sup>.

A queste questioni non dà una risposta definitiva nemmeno il Trattato di Lisbona, che però contribuisce a modificare nuovamente lo scenario. In particolare, l'art 6.1 TUE sancisce definitivamente il valore di norma primaria della Carta dei diritti fondamentali. La funzione limitativa dell'azione dell'UE ex art. 51.1 Carta "si accompagna ora con una funzione positiva, quella di costituire uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia, in grado di guidare l'esercizio, da parte delle Istituzioni dell'Unione, delle competenze loro riconosciute"<sup>24</sup>. I diritti fondamentali non fanno più solo da limite all'azione delle istituzioni europee e nazionali, ma vanno promossi nei rispettivi ambiti di competenza. In quest'ottica, la previsione di cui all'art. 1-5 del Trattato costituzionale viene reiterata nell'art. 4.2 TUE. In tal modo per parte della dottrina la *primauté*, a contatto con i principi e diritti fondamentali degli ordinamenti costituzionali nazionali, pare lasci spazio alla tutela dei giudici costituzionali dei vari Paesi, in una sorta di 'primato invertito'<sup>25</sup>. Forse non è un caso che nel nuovo trattato a non trovare posto sia proprio un'esplicitazione del principio del primato, così come era prevista nell'art. 1-6: tale norma viene in parte ripresa nella sostanza solo nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, ove si sottolinea unicamente che "per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza"<sup>26</sup>. La situazione in relazione a questi temi, rispetto al Trattato costituzionale, rimane però pressoché la stessa.

---

22 M. Cartabia, *op. cit.*, cit. a pag. 620-621.

23 In dottrina vi è stato chi ha provato a rispondere proprio a partire dagli articoli citati, considerando che "l'art. 1-5 TCE (significativamente anteposto all'art. 1-6 TCE), tutelando l'«identità [...] costituzionale» degli Stati membri avrebbe legittimato l'«*identity review*» rivendicato dai sistemi nazionali di giustizia costituzionale e addirittura un controllo di «legittimità comunitaria» diffuso affidato ai giudici comuni. [...] Per le stesse ragioni, l'art. 1-6 TCE che subordinava la primazia del diritto comunitario derivato al rispetto delle regole di competenza (e quindi della sussidiarietà), avrebbe dovuto essere inteso come un'apertura comunitaria all'«*ultra vires review*» reclamato dalle corti costituzionali nazionali. Pertanto, nel caso in cui il Trattato costituzionale fosse entrato in vigore, le corti costituzionali (o addirittura in via diffusa i giudici ordinari) avrebbero potuto legittimamente sanzionare la violazione delle norme di competenza non riconoscendo l'efficacia dei provvedimenti comunitari *ultra vires*" (M. Consoli, *Europeizzazione dei controlimiti e nuove tecniche di tutela della sussidiarietà*, in "Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna", [www.unikore.it/index.php/edizione-9/consoli](http://www.unikore.it/index.php/edizione-9/consoli), cit. a pag. 6-8).

24 S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in "Quad. cost.", 3/2012, 533 ss., cit. a pag. 541.

25 Nozione sviluppata da Cartabia, *op. cit.*, e ripresa anche da Gambino, *op. cit.*

26 Documento 11197/07 (JUR 260): «Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007».

In particolare, restano da precisare le problematiche legate a quella che pare sempre di più una 'europeizzazione' dei controlimiti e il loro rapporto con il suddetto concetto di 'primato invertito' sul tema dei diritti fondamentali di derivazione costituzionale.

Secondo parte della dottrina, il giusto bilanciamento in materia è insito nello stesso nuovo assetto del 'sistema costituzionale europeo' che risulta dal conferimento del valore di norma primaria alla Carta: "la lettura in combinato delle succitate norme del Trattato di riforma e della stessa Carta dei diritti fondamentali UE ingenera il legittimo sospetto che la teoria dei controlimiti si sia ormai radicata nel diritto originario dell'Unione sino al punto di divenirne elemento imprescindibile". Così ragionando, i principi e i diritti fondamentali di origine nazionale finirebbero "con l'assurgere addirittura a elementi sottratti a ogni eventuale revisione della 'Costituzione europea vivente', divenendo una sorta di 'controlimiti a rovescio'. 'A rovescio', in quanto non sarebbero equiparabili ai tradizionali controlimiti (i quali consistono appunto in limiti alla revisione della Costituzione nazionale concepiti in chiave 'autarchica', vale a dire in esclusiva funzione di salvaguardia del nucleo duro di tale Costituzione); essi sarebbero finalizzati, invece, a tutelare 'nuclei duri' almeno apparentemente 'esterni', concernenti cioè i fondamentali assetti politico-costituzionali dei Paesi membri"<sup>27</sup>. In questo senso però il rovesciamento è solo parziale, poiché l'Unione è un sistema non originario composto da diversi sistemi, e dunque il nocciolo duro di questi ultimi risulta essere alla base anche del primo. In ultima analisi, le suddette clausole a difesa di identità costituzionali e principi fondamentali di stampo nazionale sono al contempo funzionali alla difesa della base identitaria della stessa Unione europea<sup>28</sup>.

In questo quadro, "la sovranità nazionale – e con essa le garanzie apprestate a tutela dei diritti fondamentali – non pare più dover consentire valutazioni preoccupate circa il processo ulteriore di integrazione, dal momento che il singolo soggetto risulta garantito, in una logica protettiva *multilevel*, che assegna alle Istituzioni europee e soprattutto al Giudice di Lussemburgo il compito di assicurare la massima garanzia a tali diritti, *in unum* con il vincolo all'interpretazione nel senso più favorevole ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali, ora positivizzato all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione"<sup>29</sup>. Quest'ultima disposizione fornisce un importante criterio di

<sup>27</sup> A Bernardi, *op. cit.*, cit. a pag. XXVIII (Presentazione).

<sup>28</sup> Lo stesso Bernardi riconosce tuttavia come questa ricostruzione non sia priva di possibili criticità soprattutto a livello pratico, laddove riconosce che "risulta tutt'altro che agevole individuare il nucleo fondamentale di 'identità nazionale' dei Paesi membri, anche perché le clausole al riguardo previste nel diritto primario dell'Unione, in precedenza ricordate, sono passibili di letture assai diverse tra loro. Senza contare, poi, che alle suddette clausole si affiancano quelle più o meno esplicitamente sancite dalle Costituzioni nazionali, e che dunque a rendere ancor più aleatorio il concetto di 'identità nazionale' concorre il fatto che esso è destinato a essere concretizzato da parte sia della Corte di giustizia sia delle Corti costituzionali nazionali". *Ivi*, cit. a pag. XXIX.

<sup>29</sup> S. Gambino, *op. cit.*, cit. a pag. 542. Il richiamato articolo 53 della Carta recita così: "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, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà

risoluzione che pare permettere ai magistrati nazionali di disapplicare delle norme europee in favore di norme costituzionali nazionali ritenute più favorevoli per il singolo<sup>30</sup>. I controlimiti trovano dunque uno spazio più ampio, arricchito da un'ottica integrativa e da un ulteriore livello di garanzia fornito dalla Carta, la quale anziché creare uno schema chiuso sembra aprirsi allo standard della tutela più elevata (ex art. 53), che può così discendere anche da fonti esterne all'Unione quali le Costituzioni nazionali e la CEDU<sup>31</sup>. La nozione di controlimito non è più caratterizzata dalla rigidità che ne ha contrassegnato le origini, ma diventa il punto di snodo dei rapporti fra ordinamenti e un dinamico elemento di integrazione, "rispetto a cui i giudici dei due sistemi potranno meglio e più proficuamente ricostruire quel necessario dialogo fra le Corti e quella circolazione di giurisprudenza che avrà il suo riscontro, in ogni caso, con riferimento al livello di protezione più elevato, di volta in volta al caso concreto"<sup>32</sup>.

Centrale in questa ricostruzione risulta l'art. 4, par. 2, TUE. Essendo lo stesso trattato sull'UE a nominare le strutture costituzionali nazionali come meritevoli di tutela, sembra sancirsi il passaggio dal 'primato assoluto' del diritto europeo al 'primato con riserva', così come da anni sostenuto dalle Corti costituzionali dei Paesi membri<sup>33</sup>. Una conferma di ciò potrebbe trovarsi nel fatto che la clausola del primato, come detto, rispetto al Trattato costituzionale è stata 'derubricata' nella Dichiarazione n. 17, documento senza forza vincolante. In realtà, ciò che va maggiormente evidenziato è che l'art. 4, par. 2, TUE è inserito in un contesto alquanto diverso rispetto ai suoi 'predecessori' nelle vecchie versioni dei trattati. Di fatto, il rispetto delle identità nazionali è qui strettamente collegato al riparto di competenze tra UE e Stati membri e sembra presentarsi come una riserva di competenze statali. Lo stesso è infatti preceduto da un primo paragrafo che stabilisce che "qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri" (art. 4.1 TUE), e seguito dall'art. 5, norma dedicata alla ripartizione delle competenze in ambito UE. Questo legame col tema delle competenze è dovuto alle circostanze in cui è nato il 'predecessore' dell'art. 4.2 TUE, ossia l'art. I-5 del Trattato costituzionale: quest'ultimo è stato elaborato all'interno del gruppo di lavoro dedicato alle 'competenze complementari' dell'Unione<sup>34</sup>. L'obiettivo era evitare le interferenze dell'UE nelle aree di 'competenza complementare', ove le fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

30 Vedremo in realtà nel prossimo capitolo che la Corte di giustizia darà la propria interpretazione dell'art. 53 della Carta all'interno della decisione su Melloni, disattendendo l'interpretazione dottrinale ora in esame.

31 Si noti come il tema dei controlimiti riemerge anche in ulteriori norme del Trattato di Lisbona, come nell'art. 6.3 TUE, che riprende i concetti fissati per la prima volta nell'art. F n. 2 del Trattato di Maastricht statuendo che "i diritti fondamentali (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"; e nell'art. 67.1 TFUE ove, nel quadro della realizzazione di "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" in ambito UE, si afferma il "rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

32 S. Gambino, *op. cit.*, cit. a pag. 543.

33 Sulla seguente analisi dell'art. 4, par. 2, TUE cfr. B. Guastaferrò, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in "Quad. cost.", 2012, 152 ss.

istituzioni europee devono limitarsi a sostenere e coordinare le azioni degli Stati. Una possibile soluzione consisteva nella redazione di un catalogo di competenze esclusive degli Stati membri, ma ciò sarebbe sembrato contraddire e ribaltare il principio di attribuzione, elemento cardine del sistema comunitario. L'alternativa che invece fu accolta consisteva nel recupero della disposizione sul rispetto delle identità nazionali dei Paesi membri, già contenuta nell'art. 6, par. 3 TUE, chiarendone il concetto di 'identità nazionale' e trasformandola in una clausola vincolante. "L'odierna versione della clausola, dunque, supplisce al mancato inserimento di una lista di competenze esclusive degli Stati membri nel Trattato, ma conserva lo stesso scopo: quello di sottrarre le 'funzioni essenziali' degli Stati membri, e le loro prerogative sovrane, all'azione della Comunità"<sup>35</sup>.

L'analisi normativa riportata sembra porsi in linea con le suddette tesi dottrinali sulla 'europeizzazione dei controlimiti' e sul concetto di 'primato invertito', emerse già in relazione al Trattato costituzionale. Anche parte della giurisprudenza nazionale sembra poi allinearsi a queste argomentazioni. Se pensiamo ad esempio a quanto affermato dal *BVerfG* nella sentenza *Lissabon-Urteil*<sup>36</sup>, possiamo rilevare che l'elaborazione dell'*Identitätskontrolle* viene giustificata proprio sulla base dell'art. 4.2 TUE. Tuttavia, analizzando alcune sentenze della Corte di giustizia sul tema, ci si imbatte in un atteggiamento alquanto diverso da parte del giudice europeo, che pare non sia intenzionato ad interpretare il rispetto delle identità nazionali come 'limite assoluto'. La concezione prevalente presso i magistrati di Lussemburgo prevede che lo stesso sia un 'limite relativo', che pertanto non può sfuggire al bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela. Per questo nonostante sia stata più volte invocata per giustificare misure nazionali che limitavano le libertà fondamentali del mercato interno, l'esigenza del rispetto dell'identità nazionale non ha avuto alcun trattamento preferenziale rispetto agli altri principi in gioco in sede europea.

Di fatto, la Corte col tempo ha specificato che l'art. 4.2 TUE, in quanto norma derogatoria, deve sottostare essa stessa ad una serie di principi che ne limitano l'applicazione<sup>37</sup>. Innanzitutto, tale disposizione va interpretata in maniera restrittiva ed è invocabile solo qualora vi sia una minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività<sup>38</sup>. Inoltre, la portata della deroga è soggetta al controllo delle istituzioni europee, non potendo gli Stati determinarla unilateralmente<sup>39</sup>. Ancora, la restrizione alle libertà del mercato deve essere guidata dal principio di proporzionalità rispetto agli obiettivi della normativa nazionale<sup>40</sup>. Infine, grava sul Paese membro l'onere di dimostrare il rispetto di tale principio, attestando che gli obiettivi perseguiti

---

34 Questa disposizione è stata soprannominata '*Christophersen clause*' dal nome del Presidente del gruppo, il danese Henning Christophersen.

35 B. Guastaferrò, *op. cit.*, cit. a pag. 153.

36 *BVerfG*, 2BvE 2/08 del 30 giugno 2009.

37 Cfr. ancora B. Guastaferrò, *op. cit.*

38 C-51/08, par. 36 e C-208/09, par.86.

39 C-208/09, par. 86.

40 C-208/09, par. 81 e C-391/09, par. 83.

non possono essere conseguiti con misure meno lesive delle libertà fondamentali ('*less restrictive alternative test*')<sup>41</sup>. Quindi, alla luce di questa giurisprudenza, appare chiaro che per la Corte il rispetto delle identità costituzionali debba essere concepito e bilanciato all'interno dell'ordinamento europeo, ove solo la Corte stessa può avere l'ultima parola.

Dello stesso avviso è chi in dottrina ritiene che un conflitto tra una norma dell'ordinamento comunitario e un principio supremo di una Costituzione nazionale "può portare alla non applicazione della norma comunitaria (o ad una sua invalidazione da parte della Corte di giustizia) solo se tale contrarietà assuma rilievo e consistenza anche sul piano dell'ordinamento comunitario, ossia solo se, a seguito dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, il principio costituzionale interno sia ritenuto esprimere un valore riconosciuto e ritenuto come tale rilevante e meritevole di ricevere equivalente o analoga tutela anche sul piano sopranazionale, e dunque eventualmente 'promosso' o 'assunto' tra i principi fondamentali anche dell'ordinamento comunitario"<sup>42</sup>. Questo è ciò che è avvenuto ad esempio nel già citato caso *Omega*<sup>43</sup>, ove il rispetto della dignità umana, tutelato prima di allora in modo specifico nel solo ordinamento tedesco, è stato 'elevato' dalla Corte a principio dell'ordinamento comunitario e, nel caso di specie, è stato fatto prevalere a danno della libera prestazione dei servizi. In questo modo la disapplicazione è frutto dell'applicazione di un limite divenuto anche comunitario, senza alcun aggancio alla dottrina dei controlimiti interni. Questo meccanismo di bilanciamento è utilizzato anche negli ordinamenti nazionali di fronte al contrasto fra diritti fondamentali. Qui però le Corti costituzionali non vanno investite della questione, poiché il potere di bilanciare spetta solo alla Corte di giustizia; quest'interpretazione viene fatta poggiare sull'art. 4.2 TUE, che secondo questa tesi riconosce la rilevanza dei controlimiti nazionali a livello europeo modificandone però i soggetti competenti a decidere sul tema.

Seguendo questo ragionamento, i controlimiti in relazione al contenuto dei principi fondamentali sfuggono completamente al controllo degli Stati membri. A questi rimarrebbe solo il controllo sulle ingerenze comunitarie, che si concretizza con l'eccezione del mancato rispetto delle competenze attribuite, così come ben teorizzato nella sentenza *Maastricht-Urteil*<sup>44</sup>. In realtà, anche sui confini della competenza dell'Unione l'organo chiamato a decidere in base ai trattati è la Corte di giustizia (ex art. 263 TFUE), mentre un'azione unilaterale dei magistrati nazionali potrebbe minare l'uniformità del sistema. Inoltre, quest'eccezione perde sempre più importanza con l'ampliarsi del processo di integrazione, e la stessa Corte ormai tende a far emergere un legame fra la tutela di un diritto e l'ordinamento europeo anche in situazioni solitamente ritenute come puramente interne. Per di più, anche in relazione a situazioni puramente interne la Corte ha affermato che gli Stati membri devono esercitare

41 C-208/09, par. 90, C-391/09, par. 88 e C-51/08, par. 124.

42 G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in "Studi sull'integrazione europea", 2009, 1, pp. 23-41. Cit. a pag. 30.

43 CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.* 2004, I-5659.

44 BVerfGE 89, 155, del 12 ottobre 1993.

i loro poteri sempre e comunque nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario, "i quali pertanto vengono proprio essi a costituire una sorta di 'controlimiti comunitario' all'attività del legislatore nazionale, godendo così di una preminenza generalizzata (anche se forse non fino al punto di prevalere a priori e in assoluto sui principi costituzionali interni, secondo quanto sopra osservato) e riducendo in sostanza anche l'esclusività delle competenze residuali degli Stati membri"<sup>45</sup>.

Secondo quest'opinione dottrinale, spetta dunque alla Corte di giustizia costruire un sistema armonizzato atto alla convivenza di principi fondamentali interni e comunitari. Le difficoltà però derivano spesso dalla diversa ampiezza che gli stessi assumono nei due diversi contesti. Così in dottrina vi è chi ritiene che nel conciliare i contrasti fra esigenze nazionali e comunitarie un ruolo essenziale può essere svolto dalle Corti costituzionali interne, che hanno il compito di dialogare con i giudici di Lussemburgo presentando loro "il proprio punto di vista su rischi potenziali, o effettivi, di conflittualità tra certi principi fondamentali interni e quelli comunitari, al fine di sollecitare uno sforzo di contemperamento da entrambe le posizioni, come interlocutori altrettanto autorevoli del dialogo teso a definire valori fondamentali comuni"<sup>46</sup>. In questo modo, la dottrina dei controlimiti può essere utilizzata solo come mero 'avvertimento' di conflitti potenziali, per orientare l'attività della Corte di giustizia in un'ottica conciliativa e di armonizzazione; l'approccio del rigetto drastico del diritto europeo, tipico degli inizi di questa dottrina, deve essere abbandonato. In caso di mancata armonizzazione, l'unica altra alternativa consiste nella revisione costituzionale per correggere i profili inconciliabili con le superiori esigenze sovranazionali. Questa opinione dottrinale non prevede infatti la possibilità di una terza via, cioè quella dell'utilizzo della dottrina dei controlimiti per regolare i conflitti<sup>47</sup>; l'imposizione unilaterale di una posizione nazionale è ritenuta porsi ontologicamente in contrasto con l'idea stessa di integrazione europea.

Argomenta diversamente chi in dottrina<sup>48</sup>, sempre partendo dall'art. 4.2 TUE, si rifà più o meno espressamente ad un'ulteriore concezione della nozione di 'europeizzazione dei controlimiti', rilevando che questi con tale disposizione hanno assunto rilevanza su due fronti. Se lo scenario tradizionale è quello interno, si aggiunge ora il contesto sovranazionale ove, giocando d'anticipo, si possono contestare le norme europee di fronte alla Corte di giustizia

45 G. Strozzi, *op. cit.*, cit. a pag. 34-35.

46 *Ivi*, cit. a pag. 39.

47 Terza via che non sembra esclusa in O. Chessa, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), pp. 301 ss. "Il diritto dei trattati non è legittimo per il nostro ordinamento interno se è in contrasto con la Costituzione, in particolare se eccede l'autorizzazione disposta dall'art. 11: e tale questione di legittimità non può essere attratta dentro l'orbita giuridica sovranazionale per essere trattata come se fosse un problema di diritto europeo. Per questa ragione non è possibile alcuna 'europeizzazione dei controlimiti'" (Cit. a pag. 319). Da notare inoltre che secondo l'autore citato il concetto di controlimiti non si sostanzia nella tradizionale nozione di principi supremi e diritti fondamentali dell'ordinamento, bensì in qualsiasi norma costituzionale di tipo sostanziale.

48 Cfr. ad esempio E. Mottese, *op. cit.*; A. Ruggeri, *op. cit.*; B. Callejón, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); T. Groppi, *op. cit.*

lamentando una violazione della struttura costituzionale di un Paese membro. A differenza dell'opinione vista in precedenza, qui non si tratta di "demandare *per intero ed esclusivamente* la salvaguardia della identità nazionale ad un'autorità non nazionale (ciò che sarebbe illogico) ma di mettere in campo risorse *aggiuntive e preventive* di tutela, che nulla tolgono alle garanzie attivabili in ambito interno. Escludere la prima delle eventualità ora indicate porta non soltanto a privare di teorico e pratico senso il disposto di cui all'art. 4.2 ma, *per ciò stesso*, a far luogo ad una torsione complessiva delle relazioni interordinamentali e, scavando ancora più a fondo, ad una manipolazione concettuale sia della identità dell'Unione che della identità dello Stato, alla mancata percezione della *struttura internamente composita* dell'una e dell'altra, della loro stessa essenza insomma<sup>49</sup>. Alla base di queste considerazioni vi è l'idea che l'identità costituzionale nazionale sia una struttura articolata, fondata sul principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale. Quest'apertura avrebbe come unico limite che l'ingresso della nuova norma non vada a nuocere al sistema costituzionale inteso nel suo complesso. Partendo dall'idea che nessuna norma è mai incondizionatamente prescrittiva, Ruggeri ritiene che il primato di una norma sull'altra non dipenda da questioni di forma o di fonte, ma da questioni di 'pregevolezza' in senso assiologico. Nel nostro ordinamento, i valori di pace e giustizia richiamati dall'art. 11 Cost. fanno da veicolo per l'immissione nell'ordinamento interno di norme di origine esterna che rispettino i valori costituzionali nel loro insieme.

Una struttura composita caratterizza anche l'identità costituzionale europea, e l'art. 4.2 TUE che apre al rispetto delle 'tradizioni costituzionali comuni' non fa che confermarlo. Certo non va dimenticato il principio del primato, ma come dimostrato dall'art. 53 della Carta in tema di diritti fondamentali la *primauté* pare debba applicarsi solo laddove vi sia un vantaggio in tema di diritti, mentre nel caso la tutela offerta dal diritto nazionale risulti più appagante il diritto sovranazionale dovrebbe cedere. Così, il concetto di identità portato avanti da Ruggeri è quello di una "identità costituzionale, eurounitaria e nazionale, attraversata da un moto interno incessante e soggetta costantemente a spinte contrastanti, una identità duttile, idonea in ogni caso al conseguimento di punti di equilibrio variamente dislocati lungo la retta che congiunge Unione e Stati; ed una identità che, proprio a motivo della sua struttura composita, dà modo agli ordinamenti sia di integrarsi e sia pure di restare distinti, con un 'gioco' a fisarmonica mosso ed indirizzato dai casi e dalle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi"<sup>50</sup>. Il principio di fondo è dunque la 'massimizzazione della tutela' non tanto del singolo bene che viene di volta in volta in gioco, quanto dell'insieme dei principi protetti dal concetto di identità costituzionale. È sulla base di questo criterio che i beni della vita si bilanciano in modo da comporre un sistema.

---

49 A. Ruggeri, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in A. Bernardi (a cura di), pp. 473 ss., cit. a pag. 487-488.

50 *Ivi*, cit. a pag. 491.

Quest'ultima ricostruzione, al pari delle altre analizzate, sembra tuttavia non dare una risposta definitiva alla questione fondamentale che già in precedenza avevamo riassunto con la schietta quanto scomoda domanda posta da Cartabia: "chi sarà l'interprete e il portavoce delle 'strutture costituzionali nazionali' nell'ordinamento europeo?"<sup>51</sup> O meglio, ad un'analisi più attenta, si può notare che nella maggior parte delle opinioni viste si è tentato di dare una risposta; ma il problema sta proprio nelle problematiche sollevate dalle risposte date. Alla precisa domanda di Cartabia si può infatti rispondere in tre modi, che ad un'analisi più accurata sembrano tuttavia ridursi a due. Si è visto come parte della dottrina, sulla scia delle modifiche avvenute con il Trattato di Lisbona, ha sostenuto che l'ultima parola debba spettare alla Corte di giustizia. Questa ricostruzione, se da un lato ha il merito di favorire l'uniformità fra i diversi ordinamenti, dall'altro lato presenta il non trascurabile inconveniente che consiste nell'escludere in maniera netta le Corti costituzionali da una materia che storicamente ha caratterizzato il fulcro essenziale delle loro prerogative. A *contrario*, chi ha ritenuto che il tema in questione rimanga di esclusiva competenza delle Corti costituzionali, se da una parte risulta rispettoso dei poteri di queste ultime, dall'altra sembra ignorare del tutto l'art. 4.2 TUE e non dare alcun peso all'esigenza di unità, integrazione e compattezza del sistema dell'Unione. Da ultimo, chi si pone a metà strada rispetto alle due opinioni riportate, ossia chi auspica un dialogo costruttivo fra Corte di giustizia e Corti costituzionali, ad un primo sguardo pare 'dribblare' la spinosa questione su a quale Corte spetti l'ultima parola in materia; ma ciò solo apparentemente, poiché in ultima analisi la scelta su questo tema si può comunque derivare in ciascun caso dalle argomentazioni proposte<sup>52</sup>.

Sul piano pratico, la mancata soluzione sul tema dei controlimiti in relazione ai concetti di identità, tutela dei diritti fondamentali e *ultra vires review* si traduce in un prevedibile 'dialogo-scontro' fra Corti, di cui alcuni esempi sono stati già accennati. In fondo, sentenze quali *Omega* e *Lissabon-Urteil* sono sintomo di due visioni differenti che pongono da un lato la Corte di Lussemburgo intenta nella costruzione di un sistema di valori che ai suoi occhi è valido solo laddove venga inglobato nei principi generali del diritto riconosciuti dalla Corte stessa; dall'altro una Corte costituzionale (nel caso di specie quella tedesca) che nella valutazione dell'identità costituzionale del proprio Paese ammette unicamente la propria competenza. Gli esempi più interessanti di questo 'botta e risposta' tra Corti sono tuttavia rinvenibili nelle famose vicende *Melloni* e *Taricco*. Qui il conflitto tra fonti costituzionali nazionali e fonti europee raggiunge il suo apice, trovando però delle soluzioni di compromesso grazie all'utilizzo del dialogo come base del rapporto fra ordinamenti, in particolare attraverso il prezioso strumento del rinvio pregiudiziale come mezzo per un proficuo relazionarsi istituzionale.

---

51 M. Cartabia, *op. cit.*, cit. a pag. 619.

52 Nell'opinione di Ruggeri ad esempio, si intuisce che, essendo il ricorso alla Corte di giustizia in tema di identità costituzionale un rimedio 'aggiuntivo e preventivo', pur molto importante ai fini del dialogo fra le Corti e della ricerca di una soluzione condivisa, l'ultima parola non può che spettare alle Corti costituzionali.

#### 4. Il caso *Melloni*

Con sentenza del 26 febbraio 2013 la Corte di Lussemburgo decide quello che è noto come il “caso *Melloni*”<sup>53</sup>. Tale giudizio ruota attorno alla questione dell’esecuzione di un mandato d’arresto europeo a seguito di decisioni pronunciate al termine di un processo *in absentia*. Nello specifico, il problema principale concerne il fatto se lo Stato di esecuzione di un mandato d’arresto europeo possa rifiutare la consegna qualora il processo a carico dell’interessato si sia svolto in contumacia e non vi sia la possibilità di riaprire il processo successivamente alla consegna del soggetto allo Stato di emissione. Come noto, riguardo la prima questione la Corte di giustizia risponde che “l’art. 4-bis paragrafo 1 della decisione quadro 2002/584 deve essere interpretato nel senso che osta a che l’autorità giudiziaria dell’esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l’esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell’esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente”. Con riguardo alla seconda domanda, questo stesso articolo non è ritenuto ledere né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa, garantiti rispettivamente dagli artt. 47 e 48, paragrafo 2, della Carta. Infine anche la risposta al terzo quesito è negativa, poiché l’utilizzo dell’art. 53 per subordinare la consegna alla condizione che la sentenza possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti di difesa garantiti dalla Costituzione, comporterebbe un pregiudizio per l’effettività della decisione quadro 2002/584, rimettendo in discussione l’uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali prescritto dalla stessa.

##### 4.1 La sentenza del *Tribunal constitucional*: la mancata attuazione dei controlimiti

La questione in esame era stata posta dal *Tribunal constitucional* spagnolo, che aveva così effettuato il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Successivamente alla risposta da parte dei giudici di Lussemburgo attraverso la sentenza *Melloni*, il Tribunale spagnolo decide di non azionare i controlimiti, pur riaffermandone l’esistenza in linea di principio, ed opta quindi per la correzione della propria precedente giurisprudenza sulle “violazioni indirette dei diritti fondamentali” in relazione a un processo equo. In virtù di questo orientamento giurisprudenziale, il *Tribunal* distingue a seconda che tali diritti abbiano rilevanza *ad intra* o si proiettino *ad extra* rispetto a possibili violazioni indirette da parte di un’autorità straniera. Nel primo caso le autorità spagnole sono vincolate ai diritti fondamentali così come consacrati nella Costituzione; nel secondo caso non sono vincolate a tutte le garanzie riconosciute ex 24 Cost., ma solo ai requisiti fondamentali costituenti l’essenza dell’equo processo, in quanto espressione della dignità umana. La *ratio* di tale scelta è individuabile

---

<sup>53</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

nel fatto che nel campo dell'assistenza giudiziaria fra diversi ordinamenti non si può pretendere che un diverso sistema processuale sia in tutto e per tutto conforme ai propri standard di 'processo equo', così come elaborati dalla propria giurisprudenza costituzionale. In quest'ambito bisogna accontentarsi della prospettiva che gli ordinamenti cui si presta assistenza rispettino un nucleo minimo di garanzie processuali, riconosciute dalla comunità internazionale come coesenziali all'idea di un processo equo. Tali garanzie rappresentano il parametro con il quale si può controllare e valutare l'azione delle autorità pubbliche straniere, potendo rilevare l'incostituzionalità indiretta dell'attuazione della giurisdizione spagnola. Questa dottrina, nata per l'estradizione e successivamente estesa al MAE, aveva indotto il giudice spagnolo a ricomprendere il diritto dell'accusato ad essere presente in giudizio nel 'contenuto assoluto' del diritto a un processo equo. Tuttavia siffatto standard di tutela, benché più elevato, si è trovato in contrasto con il livello di protezione riconosciuto dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia. Da ultimo, la sentenza *Melloni* ha lasciato ben poco margine di manovra alla Corte costituzionale spagnola, che ha così corretto il proprio orientamento su questo punto; non è sempre possibile subordinare la consegna di un condannato in contumacia alla condizione che la sentenza possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente.

È interessante però notare il fatto che nonostante il *Tribunal Constitucional* si sia sostanzialmente adeguato al livello di tutela riconosciuto in sede europea (abbassando il proprio), lo stesso sia giunto a tale risultato senza riconoscere di essere vincolato dalla sentenza della Corte di giustizia, che anzi pare non giocare alcun ruolo nell'iter motivazionale che conduce alla revisione della precedente giurisprudenza costituzionale. Il *revirement* è dunque presentato come uno spontaneo ripensamento. A riguardo va considerato che, se da un lato vi è stato consenso unanime fra i giudici del tribunale spagnolo in merito alla soluzione del caso, d'altro canto sono da segnalare dei pareri divergenti<sup>54</sup> all'interno della stessa Corte in merito alle argomentazioni riportate a sostegno del *decisum*. In questo senso mi pare interessante riportare brevemente le dure critiche formulate contro la sentenza dalle giudici Asua Batarrita e Roca Tría nelle rispettive opinioni concorrenti<sup>55</sup>. Il contrasto riguarda dunque l'iter argomentativo, colpevole di trascurare il principio della *primauté* del diritto dell'UE sul diritto nazionale. In sostanza il *Tribunal* avrebbe dovuto semplicemente adeguarsi alla sentenza della Corte di giustizia sulla base di tale principio cardine del diritto europeo, che il giudice spagnolo aveva implicitamente riconosciuto formulando il rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo. Concretamente avrebbe dovuto riconoscere che in materia di MAE il livello di tutela del diritto fondamentale a un processo equo è solo quello

---

54 Al riguardo, vedi in particolare le opinioni concorrenti (*voto particular concurrente*) di A. Asua Batarrita Roca Tría alla sentenza in commento. Sulla facoltà dei giudici costituzionali spagnoli di avvalersi di tale strumento, vedi in particolare l'approfondimento di C. Guerrero Picò, *L'opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009)*, documento rintracciabile in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_opinione\\_dissenziente\\_12012010.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf)

55 Sul punto vedi F. Viganò, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e "controlimiti": la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in "Diritto penale contemporaneo", 9 marzo 2014.

stabilito a livello europeo dagli artt. 47 e 48 della Carta, così come interpretati dalla Corte di giustizia, e dalla corrispondente giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 6 CEDU. Non sarebbe dovuto valere, invece, il riferimento al livello di tutela (eventualmente superiore) derivante dall'art. 24 della Costituzione spagnola. Appare dunque equivoco presentare questo *revirement* come frutto di un autonomo ripensamento piuttosto che come una conseguenza obbligata delle risposte fornite allo stesso *Tribunal* dalla Corte di giustizia. È infatti assodato che nelle materie di competenza comunitaria i diritti fondamentali sono protetti nell'estensione e nei limiti loro riconosciuti dal diritto dell'UE, che ha primazia sul diritto nazionale anche di matrice costituzionale, salva la possibile attuazione dei controlimiti (espressamente esclusa, per il caso in esame, nell'*obiter* della decisione). In questo senso, tutti i giudici nazionali sono al tempo stesso giudici europei quando si tratta di attuare il diritto dell'Unione; lo standard nazionale non dovrebbe giocare qui alcun ruolo.

In conclusione, la sentenza del *Tribunal Constitucional* si allinea a quanto detto dalla Corte di giustizia, pur con le suddette criticità riguardo al percorso argomentativo. Ma la questione di fondo che lascia il maggior impatto al termine di questa 'saga *Melloni*' è sicuramente quella concernente il possibile effetto 'al ribasso' della tutela centralizzata dei diritti fondamentali assicurata dalla Carta nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, di fronte alla molteplicità delle soluzioni offerte dagli ordinamenti nazionali. Tale questione, inutile dirlo, è legata a filo doppio al tema dei controlimiti che dunque, al termine di questa vicenda, tornano protagonisti del dibattito dottrinale.

#### 4.2 Il difficile bilanciamento tra il primato del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti fondamentali a livello costituzionale

Uno dei punti centrali e di maggior spessore teorico fra quelli emersi dal caso *Melloni* è quello del complicato coordinamento fra diritto europeo e dati costituzionali interni, sia mediante il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni quali fonti di principi generali comunitari (art 6 co. 2 TUE), sia per effetto della clausola di salvaguardia dell'art. 53 della Carta<sup>56</sup>. Con riguardo a quest'ultimo l'Avvocato generale Bot sottolinea che l'espressione "nel rispettivo ambito di applicazione" punta in particolar modo "a rassicurare gli Stati membri quanto al fatto che la Carta non è destinata a sostituire la loro Costituzione nazionale per quanto attiene al livello di protezione che essa garantisce nell'ambito di applicazione del diritto nazionale. Allo stesso tempo, l'inserimento di tale espressione chiarisce che l'articolo 53 della Carta non può ledere il primato del diritto dell'Unione quando la valutazione del livello di protezione dei diritti fondamentali da garantire è compiuta nel quadro dell'attuazione del diritto dell'Unione"<sup>57</sup>. I giudici di Lussemburgo, allineandosi con tale posizione, escludono che diritti costituzionalmente garantiti possano prevalere sul diritto

---

<sup>56</sup> Vedi S. Manacorda, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in "Diritto penale contemporaneo", 17 maggio 2013.

<sup>57</sup> Punto 135 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

dell'Unione, paralizzandone, se del caso, l'applicabilità<sup>58</sup>. Data questa premessa, è facile prevedere che il tema dei rapporti tra garanzie costituzionali ed attuazione del diritto dell'Unione, soprattutto in campo penale, possa essere destinato a determinare tensioni nel rapporto coi giudici costituzionali.

Nell'approfondire l'analisi dell'art 53<sup>59</sup> della Carta preme sottolineare che la sentenza appena esaminata rappresenta il primo caso di interpretazione di tale norma in cui la Corte dà una lettura che diversi autori hanno definito 'integrativa' o 'correttiva'. Dal tenore letterale della disposizione infatti ci si sarebbe potuti attendere un'interpretazione secondo la quale la Carta assicura solo il livello minimo di tutela, innalzabile dalle Costituzioni nazionali. Lo stesso articolo 53 della CEDU, di analoga formulazione, è stato sempre interpretato nel senso che la Convenzione fornisce solo la tutela minima dei diritti fondamentali. Certo è che d'altra parte il diverso livello di integrazione fra Stati membri dell'UE e del Consiglio d'Europa ben potrebbe giustificare una diversa interpretazione dei due articoli. Inoltre i già citati riferimenti al principio del primato, all'unità e all'effettività del diritto comunitario contribuiscono a rafforzare la tesi dei giudici di Lussemburgo. In realtà, una delle critiche più ricorrenti alla sentenza in esame riguarda l'eccessiva sinteticità del ragionamento.

In dottrina è stato evidenziato soprattutto il mancato richiamo all'art 4, par. 2, TUE<sup>60</sup>, che invitando al rispetto de "l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale" avrebbe forse potuto supportare una soluzione favorevole alla prevalenza della garanzia disposta dalla Costituzione spagnola<sup>61</sup>. Certo a questo proposito andrebbe fatta una valutazione di rilevanza, in quanto solo i principi e valori supremi dell'ordinamento possono dirsi ricompresi nei concetti di identità nazionale e struttura fondamentale; con riguardo al caso di specie, si deve ammettere tuttavia che l'esito di tale valutazione non sarebbe così scontato come sembra suggerire la dottrina da ultimo citata<sup>62</sup>. Lo stesso Avvocato generale giunge a un esito negativo,

---

<sup>58</sup> Vedi in questo senso anche la sentenza Fransson della Corte di giustizia (sent. 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10).

<sup>59</sup> Vedi C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in "Diritto penale contemporaneo", 4 luglio 2013.

<sup>60</sup> In questo senso vedi anche C. Cupelli, *op. cit.*

<sup>61</sup> Cfr., ad esempio, A. Ruggeri, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in "Diritti comparati", 2 aprile 2013; R. Conti, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 5 aprile 2013.

<sup>62</sup> La decisione in esame non contiene neppure alcun richiamo agli articoli 67, par.1, e 82, par. 2, ultimo comma, TFUE (cfr. C. Amalfitano, *op. cit.*). Stando al primo l'Unione deve realizzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto "dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri"; il secondo dispone invece che l'adozione delle norme minime riguardanti il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali non impedisce ai vari Paesi di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone. Da queste disposizioni sembrerebbe potersi derivare un'interpretazione che consenta l'applicabilità di norme nazionali volte ad assicurare una protezione più avanzata di quella fornita in ambito europeo. Nel replicare a tale opinione però si tende a sottolineare il carattere programmatico dell'art. 67 e ad evidenziare come per l'art 82, par. 2, ult. co., possa comunque prospettarsi anche una lettura sulla falsariga di quella data all'art 53 della Carta, tale per cui lo standard

richiamando a sostegno della sua tesi le divisioni interne al *Tribunal* e le opinioni espresse dal governo spagnolo.

Sempre con riguardo all'analisi dell'art 53 della Carta, altra parte della dottrina<sup>63</sup> afferma che questa norma non nasce con lo scopo di stabilire regole di prevalenza gerarchica fra i vari livelli di protezione dei diritti fondamentali, ma vuole bensì fissare un parametro generale per l'esercizio del potere di bilanciamento tra due diritti in una prospettiva inter-ordinamentale. Quindi lo scopo dell'art 53, secondo tale impostazione, è risolvere gli eventuali conflitti che possono prodursi nella 'terra di mezzo' che ricade sia nel campo di applicazione della Carta sia in quello di altre fonti concorrenti. Tuttavia rimane la difficoltà di individuare una linea di demarcazione tra le sfere di competenza degli ordinamenti coinvolti. In questo contesto tale parte della dottrina colloca "il rischio di una 'visione puntiforme' della tutela dei diritti fondamentali, a seconda del 'livello di equilibrio' che il singolo giudice nazionale ritenga di individuare nel caso di specie, magari coinvolgendo gli stessi diritti di provenienza convenzionale e utilizzandoli come elemento di conformazione del parametro comunitario di tutela dei diritti"<sup>64</sup>.

Un'alternativa più problematica prospetterebbe il proliferare di questioni di legittimità costituzionale in via incidentale; qui si lamenterebbe la violazione di controlimiti per mano europea grazie al richiamo alle Costituzioni operato dall'art. 53 della Carta, attraverso quello che è stato definito un 'rinvio di ritorno' dell'UE nei confronti degli ordinamenti nazionali. Tirando le somme, appare criticabile l'utilizzo dell'art. 53 come una sorta di 'clausola di rinazionalizzazione' del sindacato sugli atti europei, dato che vi è già l'art. 51 che pone il rispetto della tutela prevista a livello costituzionale come limite di legittimità agli atti di esercizio dell'Unione. Nel caso in esame la Corte ha optato per un grado intermedio di tutela; non ha sancito un arretramento di garanzie né ha escluso in linea generale il riconoscimento della tutela più elevata ex art. 53, ma ha individuato un punto di equilibrio ordinamentale ispirandosi a un'idea di elasticità che fa capo al concetto di costituzionalismo europeo.

In questo senso vi è chi ha evidenziato che in relazione all'art. 53 della Carta non è escluso che la Corte in futuro non rinunci a interpretazioni più favorevoli e attente alla tutela dei diritti costituzionali<sup>65</sup>. I giudici di Lussemburgo hanno operato un bilanciamento fra una maggiore cooperazione giudiziaria e la garanzia dei diritti al giusto processo e alla difesa. Per fare ciò hanno preferito non dare soluzioni chiare sulle alternative astratte all'interpretazione dell'art. 53, riparandosi dietro la difesa dell'applicazione uniforme della decisione quadro e del principio della reciproca fiducia. Come da più parti rilevato<sup>66</sup>, molta importanza ha avuto il contesto della decisione, inteso come l'insieme della vicenda sottostante e del relativo quadro normativo. La Corte ha operato

---

nazionale più elevato è ammissibile solo ove non violi il primato comunitario.

63 Vedi in particolare G. De Amicis, *op. cit.*

64 G. De Amicis, *op. cit.*

65 Vedi M. Iacometti, *op. cit.*

66 Così R. Conti, *op. cit.*

attraverso una 'giurisprudenza pratica'<sup>67</sup>; pur di fronte alla carente disciplina italiana in tema di contumacia, la stessa ha ritenuto le posizioni giuridiche in questione sufficientemente garantite dalla decisione quadro, che rifletteva il consenso raggiunto dai Paesi membri senza disattendere gli standard dettati da Strasburgo. Il caso concreto ha quindi avuto un'importanza tale da far recedere l'esigenza di ritornare sul significato dell'art 53, esigenza che potrà comunque essere oggetto di decisioni future. Ad esempio, come ricordato, può aver avuto una certa influenza il fatto che all'interno della stessa Corte costituzionale spagnola non vi sia stata unanimità in merito alla rigorosa ricostruzione del contenuto essenziale dei diritti processuali da riconoscere anche nei confronti delle pronunce dei giudici stranieri. Inoltre il Governo spagnolo, comparso in giudizio, aveva affermato di non considerare la suddetta ricostruzione dei diritti processuali come espressione dell'identità costituzionale spagnola<sup>68</sup>; la stessa legislazione iberica di attuazione della decisione quadro non aveva previsto casi di diniego dell'esecuzione in caso di condanna *in absentia*, e in proposito non era stata sollevata nessuna questione di costituzionalità.

In sostanza, la Corte di giustizia ha optato per un bilanciamento di valori, non chiudendosi nel mero primato del diritto dell'Unione né negando il dialogo con le Corti interne<sup>69</sup>. Solo dopo aver indagato sull'opportunità di fornire o meno una maggior tutela nel caso di specie i giudici di Lussemburgo ribadiscono il principio del primato del diritto europeo. Chiarito ciò, è anche possibile trovare i 'confini' di questa decisione; "confini che, pertanto, fuori dal caso esaminato non consentono affatto di escludere, in termini generali, la possibilità che gli Stati offrano una tutela maggiore di quella garantita dalla Carta dei diritti fondamentali o dalla stessa CEDU"<sup>70</sup>. In questo senso, l'affermazione del principio del primato non può essere letta in modo contrastante rispetto allo spirito del più volte citato articolo 4, par. 2, TUE, nonostante il fatto che la Corte (come detto) non abbia riservato nemmeno un richiamo a tale disposizione.

Partendo da queste premesse, vi è dunque chi mette in guardia rispetto a una possibile generalizzazione di tale soluzione. Ove si fosse di fronte a un diritto fondamentale incarnante l'identità costituzionale di uno Stato membro che non è sufficientemente tutelato a livello europeo, è auspicabile che la Corte ne garantisca il rispetto in virtù dell'art 4, par. 2, TUE<sup>71</sup>, attuando un bilanciamento fra *primauté* e controlimiti in favore dei secondi. A tale opinione pare rifarsi, almeno in parte, anche l'avvocato generale Bot, specialmente nel caso in cui gli Stati abbiano un ampio margine di discrezionalità nell'attuazione del diritto europeo (e contrariamente ai casi di armonizzazione, come in tema di MAE)<sup>72</sup>. Qualora il *quantum* di tutela sia già stato dettagliatamente realizzato a livello europeo, gli Stati non sono legittimati ad integrarlo invocando garanzie di

---

67 M. Iacometti, *op. cit.*

68 In questo senso vedi anche, per la valutazione dei due profili evidenziati, il punto 141 delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot.

69 Vedi, in particolare, L. Rizza, *op. cit.*

70 Vedi R. Conti, *op. cit.*, cit. a pag. 5.

71 In questo senso C. Amalfitano, *op. cit.*

72 A favore, almeno parzialmente, di tale impostazione sembrano invocabili i punti 124 e 127 delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot.

rango costituzionale, salvo il fatto che venga riconosciuto un pregiudizio all'identità costituzionale che il giudice di Lussemburgo intende valorizzare. Dato che la decisione quadro impone il rispetto dei diritti fondamentali, non si può sostenere che essi non possano mai essere invocati a giustificazione della non esecuzione di un MAE; solo con la tutela di questi diritti può esservi quella fiducia reciproca che, nei rapporti fra Stati membri, è alla base del reciproco riconoscimento che fonda la cooperazione giudiziaria.

Tuttavia l'art. 4, par. 2, TUE pare non essere l'unica via, come dimostrato dalla stessa Corte di giustizia in relazione ai casi *Omega* e *Dinamic Medien*<sup>73</sup>. In queste sentenze si è giunti alla protezione di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione di uno Stato membro attraverso la verifica che il diritto in questione corrispondesse ad un diritto riconosciuto come fondamentale anche a livello europeo, in quanto principio generale di diritto. Solo in presenza di tale presupposto si è ritenuto di poter giustificare una restrizione ad una libertà di circolazione prevista dai trattati. Attraverso questo ragionamento, nel bilanciare il reciproco riconoscimento delle decisioni penali e la tutela dei diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale, si potrebbero far prevalere i secondi senza che venga compromesso il primato del diritto europeo.

In tema di art 4, par. 2, TUE, si inserisce anche il pensiero di Ruggeri<sup>74</sup>, che rimprovera alla Corte proprio il fatto di non aver valutato, nel caso *Melloni*, la possibilità di bilanciare il principio del primato con altri principi fondamentali dell'UE, come quello dell'osservanza da parte dell'Unione dei principi che strutturano gli ordinamenti nazionali. In questo modo si rischia di dare l'idea che la necessità di assicurare l'uniforme applicazione del diritto europeo non possa arrestarsi davanti a nulla, nemmeno davanti ai principi fondamentali di diritto interno. Viene colpevolmente ignorato il delicato 'equilibrio tra uniformità e differenziazione' che sta alla base dell'UE in quanto istituzione 'inter-costituzionale'<sup>75</sup>. Questo equilibrio non deve mai venir meno, altrimenti i controlimiti restano affidati esclusivamente agli operatori di diritto interno, spegnendo sul nascere la possibilità di una loro europeizzazione. L'autore citato sottolinea la necessità di distinguere fra un piano materiale ed uno metodologico; se quanto al primo si possono avere scostamenti sensibili riguardanti le questioni di diritto costituzionale, con il secondo si opera attraverso il dialogo fra ordinamenti cercando una convergenza alla luce delle ragioni dell'altro. L'apertura all'altro è infatti inscritta in ciascun ordinamento come principio di struttura delle relazioni inter-ordinamentali; l'UE si dichiara aperta nei confronti di CEDU, tradizioni comuni e principi dei singoli Paesi; la CEDU si apre all'UE ed agli Stati configurandosi come sussidiaria e recessiva in caso di garanzie maggiori; le Costituzioni nazionali affermano di essere aperte e orientate a diritti e principi di derivazione internazionale in un'ottica di innalzamento delle tutele. Ignorare il punto di vista altrui significa trascurare

---

73 Cfr., rispettivamente, sentenze 14 ottobre 2004, causa C-36/02, in *Racc.*, I-9609; 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *ibidem*, I-505.

74 Cfr. A. Ruggeri, *op. cit.* Si noti che le considerazioni di Ruggeri sul caso *Melloni* sono la naturale conseguenza delle opinioni che l'autore ha espresso sul tema dell'europeizzazione dei controlimiti, così come riportate nel capitolo terzo.

75 *Ivi*, *citt.* a pag. 2.

anche il proprio, poiché entrambi sono legati a filo doppio nei principi strutturali del medesimo ordinamento. In sostanza, “chiudersi in un insano patriottismo o, peggio, nazionalismo costituzionale, assumendo essere l’ordine di appartenenza l’unico vero sovrano, ogni altro dovendovi prestare incondizionato ossequio, equivale non soltanto a far torto alle ragioni dell’altro ma allo stesso tempo – qui è il punto – negare le proprie, col fatto stesso di mettere da parte proprio quel principio fondante dell’apertura che informa di sé ciascun ordinamento, segnandone ed illuminandone le più salienti esperienze riguardanti i diritti”<sup>76</sup>.

Fatte queste precisazioni, Ruggeri spiega quindi come sia l’ordinamento europeo che quello statale abbiano in comune una doppia vocazione da bilanciare: il primato del diritto comunitario e il rispetto delle fondamentali costituzionali dello Stato membro. Il bilanciamento giunge all’esito di uno sforzo costante caratterizzante le relazioni fra ordinamenti. Centrali da questo punto di vista risultano i principi di eguaglianza e di salvaguardia dei diritti inviolabili dell’uomo, alla luce dei quali va risolta ogni questione che si ponga in tema di conflitti fra norme di diversi ordinamenti, anche se espressive di principi fondamentali. Devono quindi trovare applicazione le norme ritenute idonee ad apprestare una tutela maggiore ai suddetti valori fondamentali rispetto a quella che può essere offerta da altre norme; i controlimiti vanno perciò azionati a seconda dei casi, ma non vanno certamente esclusi a priori. Poiché tutti i principi sono soggetti a reciproco bilanciamento, il canone della tutela più intensa non può riguardare il singolo diritto di volta in volta considerato, bensì l’intera tavola dei principi strutturali del singolo ordinamento sia in relazione a se stesso che nelle sue proiezioni inter-ordinamentali. Da questo discende che in linea generale a prevalere deve essere un’idea di sistema, da preservare nelle sue massime manifestazioni a seconda del contesto. Spesso ciò si traduce nel bilanciamento della pretesa di un singolo con un interesse della collettività. Lo studioso fa notare che può accadere che i beni in gioco siano riportabili ad uno stesso principio di struttura, come quello del giusto processo, di modo che tutto si risolve in un bilanciamento interno a quest’ultimo. Questo si è avuto ad esempio nel caso in esame, in cui la richiesta di ripetizione del processo svoltosi in contumacia si è scontrata con l’interesse sotteso al giudicato, riportabile ad esigenze di funzionalità di un processo che, in concreto, ha rispettato tutta una serie di garanzie soggettive.

Ricapitolando, la critica che Ruggeri muove nei confronti dell’argomentazione della Corte consiste nel non aver “rilevato, in primo luogo, la necessità di conciliare, reciprocamente bilanciandoli, il principio del primato e il principio di cui all’art. 4 del trattato e, in secondo luogo, nel non aver chiarito che la stessa salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali va rettamete e compiutamente intesa per il modo con cui essi fanno ‘sistema’”<sup>77</sup>. *A contrario*, per ciò che riguarda il *decisum*, l’autore può invece concludere (in linea con la stragrande maggioranza della dottrina) rilevando che poiché per i giudici di Lussemburgo la normativa in tema di MAE è equilibrata rispetto a tutti gli

---

<sup>76</sup> *Ivi*, cit. a pag. 3.

<sup>77</sup> A. Ruggeri, *op cit.*, cit. a pag. 5.

interessi in gioco e adeguata rispetto ai valori fondamentali evocati, la soluzione per la quale non vi è qui ostacolo all'affermazione del diritto comunitario pare ragionevole.

Va tuttavia notato come la suddetta relativa facilità di soluzione del caso concreto sottoposto alla Corte di giustizia dal giudice spagnolo ha fatto sì che alcune altre problematiche, non meno importanti di quelle citate, emergessero solo in maniera incidentale e quasi esclusivamente teorica, attirando l'attenzione dei soli studiosi più accorti e sensibili a queste tematiche. Il riferimento è in particolare al difficile rapporto tra i principi di legalità e riserva di legge, così come previsti dalle Costituzioni nazionali, e la competenza dell'Unione in ambito penale. In questo senso un'ulteriore tappa del dialogo tra le Corti è stata scritta dalla complicata 'saga *Taricco*', ove appunto sono riaffiorate, acutizzandosi, molte delle problematiche intraviste nella sentenza *Melloni*. In questa vicenda l'impressione è quella di essere di fronte all'apertura del vaso di Pandora delle più spinose problematiche inerenti al rapporto fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. Qui le paure e le perplessità intraviste nei commenti successivi a *Melloni* prendono forma in una vicenda dai risvolti quanto mai delicati.

## 5. La 'saga *Taricco*'

### 5.1 La sentenza *Taricco I*: un ultimo affronto all'ordine costituzionale?

Difficile pensare che il sig. Ivo Taricco, ricevuta la notifica dell'avviso di garanzia, avrebbe mai potuto immaginare che il nascente procedimento penale nei suoi confronti sarebbe stato la causa scatenante di una delle più complesse e discusse vicende giudiziarie degli ultimi anni. Eppure noi ora siamo qui a constatare che un tutt'altro che eccezionale caso volgarmente detto di 'frode carosello' ha fatto incrinare gli ormai non così stabili equilibri su cui si basano le interazioni tra gli ordinamenti nazionali (qui in particolare quello italiano) e l'ordinamento europeo. Certo non è un caso che, al pari della 'saga *Melloni*', anche in questa circostanza le problematiche siano relative all'ambito penale, materia la cui competenza è in linea generale gelosamente custodita dagli Stati. Ma se la vicenda citata poteva, almeno apparentemente, destare meno scandalo vista la disciplina prettamente europea che ne era alla base (il riferimento è alle direttive sul mandato d'arresto europeo), nel caso *Taricco* il legame col diritto europeo non è di così immediata percezione. Si aggiunga che, di fatto, la materia fiscale, anch'essa in parte oggetto di questa vicenda, è un altro storico baluardo della sovranità nazionale<sup>78</sup>.

In questo quadro pieno di insidie la Corte di giustizia, in nome della *primauté* del diritto comunitario e degli interessi finanziari dell'Unione, è sostanzialmente

---

<sup>78</sup> Va tuttavia ricordato il ruolo assunto dall'Unione nel coordinamento e nella regolazione delle politiche fiscali degli Stati membri; ciò che però rileva ai nostri fini è che l'UE non è attualmente legittimata ad un esercizio diretto della potestà impositiva, che rappresenta una competenza ancora tenacemente conservata dagli ordinamenti nazionali.

intervenuta in maniera incisiva (pur indirettamente) sul diritto penale sostanziale italiano, imponendo effetti diretti di norme europee e disapplicazioni di norme interne senza troppo curarsi dei principi e degli equilibri dell'ordinamento nazionale. In particolare i giudici di Lussemburgo affermano che “una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”<sup>79</sup>.

In tutta risposta, a livello italiano si sono invocati contro il *dictum* della decisione numerosi principi costituzionali. Ruolo centrale nelle critiche ai giudici di Lussemburgo ha avuto il richiamo al principio di legalità sotto i profili della riserva di legge penale, della determinatezza e della irretroattività degli effetti penali *in malam partem*. Inoltre si sono evocati anche principi quali la separazione dei poteri, la soggezione del giudice soltanto alla legge, il diritto di difesa e il principio di uguaglianza<sup>80</sup>. Tutto ciò, seppur con sfumature, opinioni e toni diversi, è stato collegato perlomeno all'astratta possibilità d'attuazione dei controlimiti in difesa dell'identità stessa dell'ordinamento costituzionale italiano. Nei fatti, dopo dei primi tentativi di risposta autonoma da parte della giurisprudenza di merito<sup>81</sup>, si è dunque avvertita l'esigenza di mettere ordine a queste questioni attraverso l'intervento della Consulta, unico organo realmente legittimato alla difesa e all'interpretazione dell'intero ordine costituzionale.

## 5.2 L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale

---

<sup>79</sup> Punto 1 del dispositivo della sentenza in esame.

<sup>80</sup> Su queste considerazioni vedi D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in “Diritto penale contemporaneo”, Rivista 1/2016, pag. 229 ss.

<sup>81</sup> Vedi in particolare le sentenze Cass., sez. III pen., sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210; Sent. Cass. IV Sezione, 25 gennaio – 26 febbraio 2016, n. 7914; Sent. Cass. III Sezione, 7 giugno – 24 ottobre 2016, n. 44584.

Come ben messo in luce da Losana<sup>82</sup>, l'ordinanza in esame ha scatenato i commenti di numerosi studiosi che, partendo da diversi punti d'osservazione, l'hanno fantasiosamente definita in molti modi, quali ad esempio 'uno scacco a *Taricco*'<sup>83</sup>, 'un ultimatum' alla Corte di giustizia<sup>84</sup>, uno 'strategico rinvio pregiudiziale'<sup>85</sup>, 'un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida'<sup>86</sup>. In effetti l'ordinanza con cui la Corte costituzionale decide di porre tre questioni alla Corte del Kirchberg può essere letta in parecchie maniere, ma ad un primo sguardo possiamo leggerci almeno due diverse pulsioni che ne caratterizzano la natura piuttosto ambigua. Da un lato vediamo infatti che la Corte, elevando il principio di legalità in materia penale ex art. 25, co 2 Cost. a 'principio supremo' contenente anche il regime prescizionale, pare alzare il tono dello scontro coi giudici di Lussemburgo; dall'altro lato essa, rinunciando ad un'immediata attuazione dei controlimiti, sembra altresì aperta a soluzioni di tipo conciliativo.

Un approccio cauto traspare anche dalla peculiare formulazione delle domande dirette alla Corte del Kirchberg; "i tre quesiti interpretativi rivolti alla Corte di giustizia sembrano, infatti, ordinati proprio in ragione del loro 'grado di conflittualità'"<sup>87</sup>. Il primo si focalizza sulla necessità di determinatezza in ambito penale, e pare lasciare un margine di manovra al giudice europeo affinché possa meglio specificare i dettami enunciati in *Taricco* e riesca così a rimediare al contrasto con il sistema italiano. Il secondo mette invece in evidenza la possibile frattura derivante dalla differente concezione della natura della prescrizione, che ha importanti risvolti in merito all'estensione del principio di legalità; qui il conflitto sembra più difficilmente risolvibile, salvo *revirement* da parte di una delle due parti. Il punto di massima tensione viene tuttavia raggiunto con la formulazione del terzo quesito, che chiama in gioco esplicitamente principi supremi e diritti inviolabili riconosciuti a livello costituzionale, lasciando pochissimo margine di manovra alla futura risposta della Corte di giustizia.

La peculiarità della formulazione delle domande ha fatto emergere anche ulteriori considerazioni. Vi è infatti chi ha notato che "la struttura dei quesiti pone indubbiamente i giudici di Lussemburgo di fronte ad un fatto compiuto, il diritto internazionale già interpretato, senza chiedere un vaglio di compatibilità *con* il diritto europeo, ma *del* diritto europeo"<sup>88</sup>. Storicamente si era invece assistito da

---

82 M. Losana, *Il caso "Taricco" e la funzione "emancipante" della nostra Costituzione*, in "Rivista AIC", fasc. 2/2017, 13 luglio 2017.

83 Così V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in "Dir. Pen. Cont.", 13 febbraio 2017.

84 Così A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in "Consulta online", fasc. n. 1/2017.

85 Così V. Faggiani, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in "Osservatorio costituzionale AIC", fasc. n. 1/2017.

86 Così G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai contro limiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in "Consultaonline", fasc. n. 1/2017, 132.

87 M. Losana, *op. cit.*, cit. a pag. 5.

88 R. Bin, *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei "promessi contro-limiti"*, in A. Bernardi e C. Cuppelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte*

parte dei giudici del rinvio ad un approccio alquanto diverso, che aveva facilitato alla giurisprudenza comunitaria l'opera di espansione della *primauté*. Molti rinvii pregiudiziali finivano infatti con il sottoporre indirettamente alla Corte questioni legate alla validità del diritto nazionale, spesso con il fine di trovare una legittimazione per poterlo aggirare. I giudici di Lussemburgo, per parte loro, sono sempre stati ben disposti all'elaborazione di dettami che favorissero l'applicazione del diritto europeo a danno di quello nazionale. Questo fenomeno è ad esempio alquanto evidente proprio nel rinvio del Tribunale di Cuneo e nella risposta della Corte di giustizia nel caso *Taricco*. Ancora, non va dimenticato che nella vicenda *Melloni* il *Tribunal constitucional* chiedeva se uno standard nazionale di tutela più elevato di quello europeo potesse impedire l'esecuzione di un MAE, rendendo così il gioco facile ai giudici europei che poterono affermare che il diritto eurounitario prevale sui principi costituzionali fondamentali anche nel caso di una diminuzione del livello di garanzia<sup>89</sup>. Nei casi richiamati, il quesito ha avuto un ruolo chiave nel favorire l'opzione della risposta affermativa. Nel caso *Melloni*, "la formulazione del quesito da parte del *Tribunal* ha permesso alla Corte di giustizia di chiuderlo in un angolo: garantire l'applicazione del diritto europeo con un *dietrofront*, oppure sollevare, con esclusiva responsabilità del gesto, i contro-limiti. La tecnica utilizzata dalla Corte costituzionale è evidentemente indirizzata ad evitare un esito simile"<sup>90</sup>.

Entrando più nel merito della questione, si è segnalato che con l'ordinanza in esame viene allo scoperto un problema estremamente attuale nel dibattito dottrinale contemporaneo, caratterizzato "dallo scontro che viviamo tra due diversi paradigmi culturali: quello, ricevuto dalla tradizione moderna, e in cui siamo cresciuti, rappresentato dalla 'legalità legislativa', il cui emblema è costituito dall'art. 101.2 Cost. ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge") e quello postmoderno, oggi fortemente veicolato dal diritto europeo, rappresentato da una legalità a matrice prevalentemente 'giudiziale'"<sup>91</sup>. In quest'ambito, il tentativo della Consulta pare essere quello di suggerire ai giudici europei l'esistenza di un limite europeo, oltre che nazionale, basato sul principio di legalità<sup>92</sup>. Traspare quindi la volontà di riaffermare il primato del diritto di matrice legislativa su quello di tipo giurisprudenziale, e della legge nazionale sulla fonte giurisprudenziale di derivazione europea, caratterizzata da un metodo più empirico e vicino alle tradizioni di *common law*. Questo approccio della Corte costituzionale è stato accolto con favore da gran parte

---

*costituzionale*, Jovene, Napoli 2017, pp. 47 ss., cit. a pag. 52.

<sup>89</sup> Bin riporta altri esempi interessanti quali il caso *Internationale Handelsgesellschaft* (17 dicembre 1970, C-11/70; qui il giudice chiedeva se un regolamento fosse legittimo benché in contrasto con la Costituzione, e la Corte colse l'occasione per affermare la *primauté* anche sulle norme costituzionali) e il caso *Simmenthal* (9 marzo 1978, C-106/77; stavolta il giudice remittente chiedeva se in caso di norme direttamente applicabili fosse necessario adire la Corte costituzionale, e la Corte di Lussemburgo ne approfittò per dichiarare l'obbligo per i giudici comuni di disapplicare essi stessi le norme interne contrastanti).

<sup>90</sup> *Ivi*, cit. a pag. 53.

<sup>91</sup> R. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, in "Dir. pen. con.", Rivista 3/17, 23 marzo 2017, cit. a pag. 3.

<sup>92</sup> Cfr. F. Palazzo, *Poche parole sparse per una lettura 'europeista' dell'ordinanza della Corte costituzionale 24/2017*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, Introduzione.

della dottrina, che vede di buon occhio la difesa dell'ossatura costituzionale italiana nei confronti dell'espansione del fenomeno del 'giudice di scopo'. Alcuni studiosi pongono tuttavia l'attenzione sull'eccessivo 'approccio sovranista' della Consulta, volta a "salvaguardare una 'identità costituzionale' vista in chiave marcatamente autarchica e dunque dimentica dei processi di internazionalizzazione ed europeizzazione che da tempo la investono in forza del principio di apertura inscritto nell'art. 11 della nostra Suprema Carta"<sup>93</sup>.

Di particolare interesse ai fini della nostra analisi sono le riflessioni che la Consulta sviluppa con riguardo ai rapporti fra ordinamenti. La stessa precisa in modo chiaro e inequivocabile di essere l'unica custode in materia di controlimiti. Così, viene messo ordine nel caotico dibattito relativo alla 'europeizzazione dei controlimiti', che fra le varie elaborazioni dottrinali proponeva fra l'altro la (paradossale) soluzione di affidare il controllo sui limiti posti all'ordinamento europeo all'organismo garante di quello stesso ordinamento, ossia la Corte di giustizia. In quest'ambito dunque, la Consulta si preoccupa di assicurare che "l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce"<sup>94</sup>.

### 5.2.1 Parole e silenzi: mancato bilanciamento fra principi costituzionali?

Sempre con riguardo al merito, si è da più parti fatto notare che in pronunce dense di contenuto come quella in esame non sono importanti solo le 'parole', ma anche (e forse soprattutto) i 'silenzi'<sup>95</sup>. Il 'silenzio' più evidente riguarda il fatto che l'unico valore supremo dell'ordinamento interno che la Consulta ha invocato quale possibile controlimite è il principio di legalità ex art. 25, co. 2 Cost., declinato nei corollari della non retroattività e determinatezza della norma penale. Ciò significa che vi è stato un implicito non accoglimento degli altri controlimiti invocati dai giudici remittenti, ed in particolare dalla Corte di cassazione<sup>96</sup>.

---

93 A. Bernardi, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, cit. a pag. 18. Dello stesso avviso è Viganò, che in proposito afferma che "la parola chiave che riassume l'atteggiamento della Corte costituzionale in questa occasione è 'sovranismo'", e più in particolare, con accezione negativa, un "*sovranismo dei diritti fondamentali*, da difendere gelosamente – costi quel che costi – contro i tentativi di armonizzazione di quegli stessi diritti provenienti dall'Europa, tentativi a loro volta funzionali allo sforzo di costruire regole e principi comuni cui assoggettare la politica penale europea, nata e cresciuta ancora in modo disorganico nei venticinque anni successivi al Trattato di Maastricht" (F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, in "Dir. pen. con.", Rivista 3/17, 27 marzo 2017, cit. a pag. 3).

94 M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, cit., 72 s.

95 Cfr. in particolare D. Pulitanò, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in "Dir. pen. con.", 19 aprile 2017; e F. Viganò, *op. cit.*

96 Ci si riferisce in particolare agli artt. 3, 11, 24, 27 co. 3 e 101 co. 2, Cost., invocati insieme all'art. 25, co. 2, nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale. Tali considerazioni sono ben illustrate soprattutto in R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di 'controlimiti' costituzionali: è un vero dialogo?*, in "Federalismi.it", Rivista n. 7, 5 aprile 2017.

Inoltre, merita alcune riflessioni lo spazio dedicato alla portata dell'art. 11 Cost. Anche in questo caso la Consulta prende parzialmente le distanze dai giudici del rinvio, che vi avevano dedicato poco spazio. Tale disposizione comporta l'apertura totale dell'ordinamento interno ai valori dell'UE, come evidenziato già in una giurisprudenza costituzionale pluridecennale. Tuttavia questa rassicurante premessa, secondo alcuni, viene parzialmente contraddetta dalle successive considerazioni. Oltre alla sua valenza di apertura, all'art. 11 Cost. non pare venga dato il giusto spazio in considerazione del suo rango di 'principio fondamentale' inserito nella prima parte della Costituzione. L'innalzamento a controlimite del principio di legalità viene effettuato senza operare un bilanciamento in concreto tra l'art. 25, co. 2 Cost. e le esigenze di rispetto della normativa europea ex art. 11 Cost. Quest'ultimo viene fatto cedere di fronte ad una qualunque incidenza negativa del diritto europeo sul principio di legalità, che un valore di tipo assoluto non se lo è visto riconoscere nemmeno dalla Corte di Strasburgo. Per contro vi è chi rileva che "da un confronto ispirato (anche) dal principio di proporzionalità sarebbe probabilmente emerso che le circostanze del caso non meritavano una tale presa di posizione, trattandosi di mettere in discussione le esigenze primarie dell'integrazione europea, incluso il rispetto delle pronunce della Corte di giustizia, in un contesto in cui l'impatto negativo sul principio di legalità non riguarda il precetto penale in senso proprio, quanto piuttosto l'esclusione dei vantaggi offerti da un regime prescrizionale derogatorio rispetto a quello generale, notoriamente sbilanciato in favore del presunto colpevole di un reato finanziario, e per questo motivo già modificato dallo stesso legislatore nazionale"<sup>97</sup>. Inoltre, l'utilizzo da parte della Corte di giustizia dei principi di effettività e di assimilazione come parametri di legittimità della normativa nazionale non può certo essere considerato una novità<sup>98</sup>.

In dottrina vi è altresì chi avrebbe preferito il ricorso al bilanciamento anche su un diverso piano. Partendo dalla considerazione che l'accertamento dei reati fiscali può configurare un interesse collettivo tutelato dalla Costituzione, forse la Consulta avrebbe dovuto tenerne conto e bilanciarlo con il principio di legalità<sup>99</sup>. L'interesse collettivo menzionato pare infatti potersi collegare all'art. 53, co. 1 Cost., che estende a tutti l'obbligazione contributiva. Se dunque in talune ipotesi il regime prescrizionale risulta d'ostacolo all'accertamento delle frodi fiscali, non è detto che a prevalere debba sempre essere il principio di legalità. Nell'individuare e comporre degli interessi garantiti a livello costituzionale, bisogna infatti guardare al caso concreto e non ad astratte gerarchizzazioni.

Infine, un altro profilo sostanziale rimasto fuori dall'analisi della Consulta è quello della lesione del principio della responsabilità personale, ex art. 27, co. 1 Cost. La valutazione voluta dai giudici di Lussemburgo rischia infatti di far dipendere la decisione concreta da elementi esterni, "relativi all'efficacia del *law enforcement*"<sup>100</sup> e a valutazioni di politica criminale. In effetti però, il rifiuto nei confronti del 'giudice di scopo' operato dalla Corte può essere interpretato come

<sup>97</sup> R. Mastroianni, *op. cit.*, cit. a pag. 6.

<sup>98</sup> Mastroianni richiama in particolare la sentenza 3 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

<sup>99</sup> Cfr. M. Losana, *op. cit.*, pp. 15 ss.

<sup>100</sup> D. Pulitanò, *op. cit.*, cit. a pag. 4.

sottintendente il presupposto che il sistema penale deve avere degli scopi già definiti per via legislativa. In questo senso, “la ripulsa del giudice di scopo significa emancipazione del giudizio su casi singoli dagli scopi di politica criminale cui pure il sistema nel suo insieme dovrebbe servire. È condizione necessaria (non di per sé sufficiente) dell'imparzialità del giudice e della sua soggezione *soltanto* alla legge”<sup>101</sup>. Dunque in questo caso il silenzio della Consulta sul punto è forse solo apparente. In dottrina a questo proposito vi è chi arriva a sostenere che il vero ‘nucleo duro’ protetto dal giudice costituzionale sia proprio il principio del personalismo, che fa da *liaison* a tutti gli altri parametri costituzionali citati<sup>102</sup>.

### 5.2.2 Una lettura alternativa dell'art. 53 della Carta e il delicato *distinguishing* tra il caso *Melloni* e il caso *Taricco*

Come visto più sopra, la spinosa questione dell'interpretazione dell'art. 53 della Carta è una faccenda che ha scatenato ampi dibattiti fin dal caso *Melloni*. Con l'ordinanza in esame anche la Consulta pare voler dire la sua, tentando il recupero del principio della maggior tutela che la suddetta disposizione sembrava in origine prevedere. L'obiettivo della Corte costituzionale è quello di difendere la concezione sostanziale della prescrizione per poterla ricondurre al principio di legalità penale; il livello più elevato di tutela che ne deriverebbe rispetto alle fonti europee dovrebbe essere concesso proprio dall'art. 53 della Carta. La Consulta è però consapevole della precedente interpretazione del giudice europeo data in occasione del caso *Melloni*, così “si affretta a distinguere la situazione ora in esame da quel precedente, sostenendo che mentre lì era in gioco l'incompatibilità della normativa di maggior tutela nazionale con una Direttiva, che, se fatta valere attraverso l'art. 53 Carta di Nizza, avrebbe ‘comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme’ (era in gioco il mutuo riconoscimento di un mandato d'arresto europeo), qui il primato del diritto dell'Unione non sarebbe minimamente posto in discussione, perché non verrebbe in gioco ‘la regola enunciata dalla sentenza in causa *Taricco*, e desunta dall'art. 325 TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice”<sup>103</sup>.

Nel caso *Melloni*, l'armonizzazione imposta dalla decisione quadro 2009/299/GAI non poteva permettere ad un Paese membro di basarsi sull'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di un condannato in contumacia a condizioni non previste dalla stessa decisione quadro. Se così fosse stato, si

---

<sup>101</sup> *Ivi*, cit. a pag. 5.

<sup>102</sup> Cfr. in particolare G. e P. Insolera, *Dialogo tra Corti o 'rimprovero' della Corte? Note a margine dell'Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in “Rivista Parola alla difesa”, Fascicolo 2/2017. Gli autori su questo tema precisano che “l'indeterminatezza dello *standard* da applicarsi, e la conseguente enorme dilatazione del potere del giudice, strumentalizza il singolo per scopi politico-criminali, e ciò sulla base di un bilanciamento irragionevole tra valori mercantilistici e valori personalistici (tutela delle finanze eurounitarie *versus* diritti fondamentali del reo), che manifesta una volta di più le enormi difficoltà nel processo di integrazione politico-giuridica dell'Unione Europea” (cit. a pag. 19).

<sup>103</sup> R. Kostoris, *op. cit.*, cit. a pag. 9.

sarebbe messa in pericolo l'uniformità dello standard di tutela dei diritti definito dalla normativa europea, ledendo i principi della fiducia e del riconoscimento reciproco che la stessa mirava a rafforzare e pregiudicandone l'effettività. "Nel caso *Taricco*, al contrario, secondo la Corte costituzionale, sarebbe più proporzionato che l'Unione rispetti il più elevato livello di protezione accordato dalla Costituzione italiana agli imputati dal momento che non si intende mettere in discussione il primato del diritto dell'UE e concretamente l'interpretazione dell'art. 325 TFUE ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale, esterno quindi all'ordinamento UE, alla sua applicazione diretta da parte del giudice e dato dal fatto che in Italia la prescrizione appartiene al diritto penale sostanziale"<sup>104</sup>. Il distinguo operato dalla Consulta è finalizzato a tranquillizzare i giudici di Lussemburgo sul fatto che non viene disconosciuta la *primauté* eurounitaria né l'interpretazione data da questi all'art. 325 TFUE. La Corte italiana si limita solamente a porre un impedimento dal carattere costituzionale all'applicazione diretta del suddetto articolo; l'impedimento come detto ha un'origine esterna rispetto all'Unione, e si basa sul fatto che la prescrizione italiana ha natura sostanziale e pertanto risponde al principio di legalità penale.

Alla base del ragionamento del giudice costituzionale sta il fatto che il principio di leale collaborazione (ex art. 4, par. 3 TUE) non può contrastare con i valori fondamentali dei Paesi membri. In fondo, sono gli stessi Trattati a stabilire che la ricerca di una coesione sempre maggiore non deve far dimenticare la necessità di salvaguardare l'identità nazionale di ogni Stato membro (art. 4, par. 2 TUE), concedendo un certo qual spazio di diversità. Tuttavia la Corte di Lussemburgo non si è posta il problema della compatibilità degli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE con l'ordine costituzionale italiano. Attraverso il richiamo ai paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, la Consulta intravede però la possibilità, concessa dai giudici di Lussemburgo, di un controllo da parte dei giudici nazionali a difesa dei diritti fondamentali degli imputati. Di conseguenza, l'interpretazione dell'art. 325 data dal giudice europeo "sarebbe applicabile solo se compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, spettando alle autorità competenti, nel caso di specie alla Consulta, in quanto «custode dei controlimiti», accertarne nell'ambito di un incidente di legittimità costituzionale la non conformità e, conseguentemente, escludere che la regola possa avere applicazione nell'ordinamento italiano, a causa del carattere sostanziale della prescrizione dei reati, la quale è sottoposta al principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost."<sup>105</sup>.

Quindi la qualificazione di questo istituto dipende solo dal diritto interno, e si pone come esterna all'ambito dell'art. 325 TFUE e al concetto di legalità così come inteso ex artt. 49 Carta e 7 CEDU. Proprio questa sua dimensione nazionale permette di poter dire che non vengono compromesse le esigenze di uniformità del diritto eurounitario né il rispetto del principio di leale collaborazione; in sostanza, non viene messo in discussione il contenuto dell'art. 325 TFUE così come interpretato dalla Corte di giustizia. Quindi se

---

<sup>104</sup> V. Faggiani, *op. cit.*, cit. a pag. 10.

<sup>105</sup> *Ivi*, *op. cit.*, cit. a pag. 8.

questa disposizione venisse interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali così come tutelati dalle Costituzioni nazionali, si avrebbe una manifesta lesione dell'art. 53 della Carta, con la conseguenza che "il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)"<sup>106</sup>.

Questi argomenti sono tuttavia andati incontro a forti critiche in dottrina<sup>107</sup>. In particolare, "si può davvero sostenere che l'impedimento – assoluto e generalizzato – di applicare una regola dell'Unione, il quale dipenda da un principio costituzionale interno di maggior tutela, non ponga appunto quest'ultimo in una sostanziale frizione con quella regola? Inoltre, si potrebbe osservare che qui la posta in gioco dovrebbe considerarsi – nell'ottica dell'Unione – semmai ancora più alta che nel caso *Melloni*: lì si trattava di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; qui l'efficace lotta contro le frodi contro gli interessi economici euro unitari, cioè contro interessi che l'Unione considera da sempre fondamentali per la sua stessa sopravvivenza"<sup>108</sup>. Di fatto, è quantomeno discutibile ritenere che la non-applicazione della regola *Taricco* non si porrebbe in violazione del primato eurounitario. In entrambe le sentenze si ha a che fare con questioni che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto europeo. L'unico elemento di differenza è dato dalla circostanza che "il mandato d'arresto europeo sarebbe un settore totalmente armonizzato, che non lascia spazi di discrezionalità agli Stati membri, i quali sono tenuti a rispettare lo standard previsto a livello europeo; l'IVA, invece, sarebbe un settore parzialmente armonizzato, in relazione al quale le autorità e i giudici nazionali possono adottare i propri standard purché tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come interpretata dalla Corte di giustizia, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"<sup>109</sup>.

In definitiva, vista la scarsa tenuta delle argomentazioni giuridiche, il *distinguishing* operato dalla Consulta è stato soprattutto letto come una presa di posizione dal sapore più 'politico' che altro, con l'obiettivo di discostarsi dall'atteggiamento maggiormente 'remissivo' tenuto dal *Tribunal constitucional* nella vicenda *Melloni*<sup>110</sup>. Parimenti delle preoccupazioni di stampo 'politico', in

106 Ordinanza n. 24/2017, punto 8 del 'Considerato in diritto'. Ciò contrasterebbe anche con quanto sostenuto nel caso *Omega* (Corte di giustizia UE, sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, par. 39), ove si concedeva agli Stati di proteggere i diritti umani in conformità al proprio ordinamento costituzionale.

107 Vedi in particolare V. Manes, *op. cit.*; M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in "Dir. pen. cont.", 24 febbraio 2017, 3 s; R. Kostoris, *op. cit.*; V. Faggiani, *op. cit.*; A. Bernardi, *op. cit.*; G. De Amicis, *Il 'caso Taricco' e le Corti nel prisma dei controlimiti: dialogo o supremazia?*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*

108 R. Kostoris, *op. cit.*, cit. a pag. 10.

109 V. Faggiani, *op. cit.*, cit. a pag. 10.

110 Cfr. in particolare A. Bernardi, *op. cit.*, ove si afferma che "sembra quindi legittimo il sospetto che questo diverso atteggiamento sia dovuto non già, o comunque non solo, a ragioni strettamente giuridiche, ma piuttosto al clima generale a carattere marcatamente nazionalista susseguente alla sentenza *Melloni*; clima manifestatosi in molti Paesi membri e tradottosi nel vigoroso rilancio del tema

senso lato, sembrano aver guidato anche le risposte dei giudici di Lussemburgo, confluite nella sentenza *Taricco bis*<sup>111</sup>.

### 5.3 Il caso *Taricco bis*: uno scontro evitato? Luci e ombre della decisione della Corte di giustizia

Dopo le ferme Conclusioni dell'Avvocato generale del luglio 2017, l'*affaire Taricco* era rimasto per mesi pericolosamente sospeso in uno stato di calma apparente che sembrava preludere ad un inevitabile scontro. Con la decisione del 5 dicembre, la Corte di giustizia ha invece disatteso le argomentazioni di Bot in favore di una maggiore attenzione nei confronti delle istanze della Corte costituzionale italiana<sup>112</sup>. La sentenza pare infatti accogliere l'impostazione della Consulta, che nel rispetto della *primauté* eurounitaria si era comunque battuta per il rispetto, anche da parte dei giudici di Lussemburgo, dei principi supremi dell'ordinamento interno. Ciò che ha stupito gran parte della dottrina è stato però il cambio radicale di approccio alle dinamiche dei rapporti inter-ordinamentali; "alla richiesta di Bot di rigida applicazione della *primauté*, la Corte risponde che va tenuto in considerazione l'obbligo per i giudici nostrani di rispettare i diritti fondamentali dell'imputato"<sup>113</sup>. In queste aperture vi è chi ha intravisto la concretizzazione del concetto di '*constitutional tolerance*'<sup>114</sup>, dato che si è sostanzialmente concessa la copertura del principio di legalità sulla materia prescrizione così come prevista dal sistema giuridico italiano. La soluzione adottata è dunque il frutto di un approccio diplomatico, che ha saputo disinnesicare "i potenziali effetti deflagranti di una contrapposizione frontale che

dei controlimiti e più in generale in una sorta di 'rinazionalizzazione' del diritto UE attraverso la rilettura delle clausole di identità nazionale contenute nei Trattati (art. 4.2 e 6.3 TUE, art. 67.1 TFUE)" (cit. a pag. 32).

111 Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, proc. pen. a carico di *M.A.S. e M.B.*

112 Ruggeri a questo proposito ricorda però che "quello di Bot non era (e non è) il solo punto di vista registratosi in ambito eurounitario; in altra vicenda (*Scialdone*, C-574/15), per più versi analoga a quella in esame, di ben altro orientamento si presentavano le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale M. Bobek, dalle quali traspariva attenzione per le istanze facenti capo al principio di legalità in materia penale. Un principio trascurato dalla pronuncia del 2015 e invece oggi fatto oggetto di scrupolosa considerazione, riconoscendosene il carattere fondamentale, espressivo non soltanto dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano ma – di più – dell'identità anche degli altri Stati membri dell'Unione e pure di quest'ultima, si da assurgere al rango di principio generale dell'Unione stessa (p. 51 ss., spec. 53)" (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 "Rivista di Diritti Comparati", 11 dicembre 2017).

113 F. Urbinati, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, in "Archivio penale", Rivista 3/2017, 5 dicembre 2017.

114 L'espressione è di M. Bassini e O. Pollicino, *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de). Gli studiosi citati inseriscono questo concetto nell'ottica dei mutevoli atteggiamenti che la Corte di giustizia ha mostrato nel tempo in relazione al delicato equilibrio fra primato e rispetto delle istanze nazionali; "*in other words, there is a time for the enforcement of the radical primacy of EU law as in Melloni and Taricco I, and a time for internalizing the counterlimits, as in the Taricco II decision (M.A.S. and M.B. case) handed down today by the ECJ*" (cit. a pag. 1).

sembrava inevitabile, compiendo una prudente retromarcia, che trova il suo acme nell'affermazione del ruolo primario e fondante del principio di legalità dei reati e delle pene nel nostro ordinamento e, più in generale, nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"<sup>115</sup>.

Non tutti però concordano con l'atteggiamento di generale approvazione riservato alla sentenza in esame. Non mancano infatti le ricostruzioni critiche volte a far emergere alcune incongruenze tanto nel *dictum* quanto nelle argomentazioni. Più in generale, basti segnalare che a destare perplessità è financo l'atteggiamento complessivo dei giudici di Lussemburgo giudicato di 'resa totale' nei confronti della Consulta, destinataria di una 'generosità inaspettata e francamente eccessiva', dai risvolti addirittura potenzialmente problematici nell'ottica della futura integrazione europea<sup>116</sup>. Altre critiche si focalizzano invece sull'eccessiva sinteticità della pronuncia e sull'ambiguità e contraddittorietà di fondo consistente nell'alternanza fra impostazione diplomatica e decisa affermazione della supremazia del diritto europeo e della stessa Corte di giustizia, lasciando intendere che per il futuro non tutte le questioni possono dirsi pienamente risolte<sup>117</sup>.

Ciò che viene generalmente apprezzato è comunque il tentativo di distendere i rapporti tra le Corti in questione e, di conseguenza, tra i rispettivi ordinamenti. Una pronuncia in linea con le Conclusioni di Bot avrebbe di fatto messo in pericolo l'intero assetto del sistema europeo; in sostanza, "se si fossero create le condizioni per l'attivazione dei controlimiti nel caso italiano, il probabile scenario futuro sarebbe stato caratterizzato, al livello macro-sistemico, da possibili proliferazioni di atteggiamenti di 'ribellione' delle varie Corti costituzionali nazionali – alla luce di una riscoperta valorizzazione dei principi fondanti l'identità costituzionale – in tutte le ipotesi, anche quelle marginali, in cui i valori strutturali nazionali siano messi potenzialmente in discussione dall'appartenenza all'ordinamento dell'Unione"<sup>118</sup>.

A questo proposito è importante evidenziare il fatto che la soluzione prospettata dalla Corte non si è basata sul riconoscimento della specificità della disciplina italiana, ma ha finito con l'includere nel contesto europeo, allacciandosi tanto alla CEDU quanto alla Carta, le ulteriori garanzie richieste dalla Consulta. Così facendo, "la Corte di giustizia ha affermato questa volta l'esigenza di salvaguardare l'integrità del 'principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile' (par. 51), osservando come tale principio 'appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri' (par. 53)"<sup>119</sup>. Si è così evitata una pericolosa discussione sulla sostanza dell'identità costituzionale

---

<sup>115</sup> C. Cupelli, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in "Dir. pen. cont.", Fascicolo 12/2017, 11 dicembre 2017, pp. 177 ss., cit. a pag. 177.

<sup>116</sup> Cfr. G. Vitale, *L'attesa sentenza "Taricco bis": brevi riflessioni*, in "European Papers", European Forum, Insight of 8 January 2018, pp. 1-14, cit. a pag. 2.

<sup>117</sup> Cfr. M. L. Ferrante, *La vicenda "Taricco" e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea - Grande Sezione, 5 dicembre 2017*, in "Dirittifondamentali.it", Fascicolo 1/2018, 9 gennaio 2018, pp. 35 ss.

<sup>118</sup> G. Vitale, *op. cit.*, cit. a pag. 5.

italiana, disattendendo i suggerimenti dell'Avvocato generale in favore dell'inclusione nei parametri eurounitari dell'interpretazione che la Consulta ha dato al principio di legalità inteso come principio fondamentale dell'ordinamento. D'altra parte però, il fatto di avere sostanzialmente ignorato i richiami ai principi costituzionali nazionali potrebbe mostrare come la Corte di giustizia sia rimasta arroccata sulla sua tradizionale visione monista che rende impossibile un riconoscimento anche solo formale del tema dei controlimiti o del rispetto di valori nazionali non compresi nello schema eurounitario. Su queste considerazioni si avrà modo di tornare più avanti.

Per quanto riguarda il rapporto tra le argomentazioni della sentenza in esame e quanto sostenuto dalla stessa Corte di giustizia nel caso *Taricco I*, in dottrina non c'è una vera e propria opinione condivisa. Da un lato si schiera chi ritiene che la Corte abbia chiaramente sconfessato le proprie precedenti posizioni, giocando "sul labile confine che passa tra *distinguishing* e *overruling*, dicendo in sostanza che soltanto con il nuovo rinvio della Corte costituzionale le era stato presentato il più ampio quadro normativo, e che sulla base di quel quadro in effetti l'obbligo di disapplicazione delle norme che regolano la prescrizione può comportare delle controindicazioni pesanti e indesiderabili"<sup>120</sup>.

Dall'altro lato vi è invece chi ritiene che la sentenza in esame si collochi in linea di continuità con la giurisprudenza europea sul tema dei diritti e con la stessa decisione *Taricco I*, dato che anche le nuove argomentazioni succitate possono ritrovare degli agganci già nella pronuncia del settembre 2015 (il riferimento è in particolare ai paragrafi 53 e 55 della stessa). Anziché di *revirement* o di *overruling*, parte della dottrina preferisce dunque parlare "di una più ampia analisi del problema alla luce del diverso e più completo quadro normativo delineato nell'ordinanza della Corte costituzionale e della conseguente applicazione di principi giurisprudenziali già presenti e consolidati nella giurisprudenza europea"<sup>121</sup>. La stessa Corte in effetti precisa nelle considerazioni preliminari di dover considerare il contesto materiale e normativo così come definito dalla decisione di rinvio; in questo senso, i quesiti sollevati dalla Consulta in tema di violazione della legalità penale non erano stati posti altrettanto chiaramente all'attenzione dei giudici di Lussemburgo nel caso *Taricco I*<sup>122</sup>.

Una terza opinione su questa questione mostra al contrario come in realtà tale argomentazione della Corte altro non sia che una sorta di 'distorsione' sul

---

119 P. Faraguna, *Frodi sull'Iva e il caso Taricco: la Corte di Giustizia fa marcia indietro*, in "Lacostituzione.info", 6 dicembre 2017, cit. a pag. 2.

120 *Ibidem*.

121 P. Mori, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in "Il diritto dell'Unione Europea", dicembre 2017, cit. a pag. 9.

122 Dello stesso avviso è Andrea Natale, che a tal proposito parla di 'difetti di comunicazione giudiziaria', richiamando i punti 24-28 della sentenza in esame ove la Corte si lamenta delle carenze del rinvio pregiudiziale operato dal GUP del Tribunale di Cuneo. "Come dire: se il GUP di Cuneo ci avesse meglio illustrato il contesto in cui si sarebbe innestata la decisione, la sentenza *Taricco* avrebbe potuto essere, quantomeno in parte, diversa o meglio chiarita in alcuni suoi passaggi" (A. Natale, *Le tappe della cd Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in "Questione giustizia", 7 dicembre 2017, cit. a pag. 10).

piano tecnico-processuale, finalizzata a far prevalere la volontà 'politica' (in senso lato) volta alla soluzione del 'dialogo-scontro' tra le Corti. In concreto, i giudici del Kirchberg avrebbero 'finto' di "non aver affrontato, già nel 2015, il profilo relativo alla compatibilità della disapplicazione con il principio di legalità penale, che invece era stato trattato e risolto"<sup>123</sup>. Così facendo, secondo questa tesi essi avrebbero legittimato quello che, nei fatti, si presentava come un palese cambio d'opinione sul merito della questione, senza farlo formalmente passare come un *revirement*. Si noti tuttavia che queste considerazioni non sono caratterizzate da una connotazione marcatamente critica o negativa; allargando il campo alle riflessioni sul tema delle dinamiche del rapporto fra Corti, la dimensione parzialmente 'politica' qualificante alcune scelte in quest'ambito viene spesso vista come fisiologica, se non necessaria. D'altronde, forzature sul piano tecnico-procedurale ve ne sono state anche nell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale; qui si fa notare come la Consulta avesse chiesto chiarimenti ai giudici di Lussemburgo in relazione al *dictum* di *Taricco I* che, in realtà, appariva chiaro (finanche nella sua lesività rispetto al sistema costituzionale italiano) nei suoi contenuti fin dall'origine. Nell'uno come nell'altro caso, dunque, i giudici hanno optato per delle soluzioni giuridicamente non impeccabili, ma con il preciso scopo di creare uno scenario favorevole al dialogo costruttivo fra gli stessi<sup>124</sup>.

### 5.3.1 Il labile confine tra 'europeizzazione dei controlimiti' e monologo del giudice europeo

Qual è dunque il ruolo della teoria dei controlimiti nella vicenda *Taricco II*? A questo proposito Ruggeri, uno dei maggiori teorizzatori del concetto di 'europeizzazione dei controlimiti'<sup>125</sup>, ritiene che tale decisione si ponga in linea di continuità con questo fenomeno. A sostegno di tale affermazione, lo studioso mostra come nel caso di specie la Corte di giustizia abbia ritenuto opportuno tutelare il principio di legalità sulla base della considerazione che esso viene posto alla base dello stesso diritto europeo. Questo principio fa da "*punctum unionis* del diritto interno e di quello eurounitario, espressione qualificante di un processo d'integrazione sovranazionale che vuol portarsi avanti e giungere a maturazione non solo col rispetto ma – di più – con la promozione e valorizzazione di tutto quanto fa l'identità costituzionale degli Stati membri, e non già di certo col suo impoverimento o, addirittura, l'intollerabile sacrificio"<sup>126</sup>. In questo senso la tesi della 'europeizzazione' portata avanti da Ruggeri non va ad influire sulla competenza giudiziale in materia di controlimiti, spostandola dalle Corti costituzionali ai giudici di Lussemburgo, ma prevede che la Corte del Kirchberg, in attuazione dell'art. 4.2 TUE, debba riferirsi costantemente alle

---

<sup>123</sup> M. Nisticò, *op. cit.*, cit. a pag. 5.

<sup>124</sup> Inoltre, Nisticò sottolinea che "il caso Taricco ha dimostrato in modo effettivamente esemplare l'importanza dell'esistenza, tipica dei rapporti tra giudici nazionali e Corte di Lussemburgo, di strumenti formalizzati del dialogo, che consentano cioè di instradare i contrasti istituzionali entro dinamiche processuali più consone all'agire giudiziale" (M. Nisticò, *op. cit.*, cit. a pag. 5).

<sup>125</sup> Cfr. il paragrafo 4.3 del primo capitolo.

<sup>126</sup> A. Ruggeri, *op. cit.*, cit. a pag. 5.

interpretazioni che vengono date in ambito interno ai principi di cui si pone a tutela<sup>127</sup>. Solo così può concretizzarsi la cooperazione fra le Corti come strumento fondamentale per l'affermazione e lo sviluppo dell'integrazione fra ordinamenti. Tuttavia non è detto che questo procedimento si compia in relazione ad ogni principio fondamentale, bloccando gli effetti delle norme di matrice europea, soprattutto ove ci si trovi di fronte a valori non pienamente condivisi in tutti gli Stati membri o nella stessa Unione. I bilanciamenti vengono fatti caso per caso, e non è dunque possibile prevederne l'esito *a priori*.

Le diverse varianti del concetto di 'europeizzazione', analizzate in precedenza, si ripropongono altresì in relazione ai commenti sulla sentenza in esame. In particolare, anche qui vi è chi sostiene che tale fenomeno abbia affidato la competenza sui controlimiti alla Corte di giustizia, estromettendo la Corte costituzionale<sup>128</sup>. Per i sostenitori di questa tesi, con riguardo alla decisione *Taricco II* la richiesta ai giudici di Lussemburgo di porre un limite alla disapplicazione della normativa interna appare del tutto superflua. La Corte di giustizia, infatti, si è occupata fin da *Taricco I* della potenziale lesione di principi supremi dell'ordinamento interno. Di fatto, "il passaggio con cui la Corte di Giustizia, nella prima sentenza *Taricco*, precisava che sarebbe spettato comunque al giudice nazionale il compito di assicurarsi che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati (§§ 53 e 55), non rappresentava un semplice *obiter dictum*, ma, al contrario, una considerazione tanto necessaria quanto fisiologica nella configurazione del meccanismo dei controlimiti. La Corte europea, difficile negarlo, 'liquidava' la questione in maniera troppo sbrigativa, nascondendosi in maniera quasi apodittica dietro la pretesa natura processuale della prescrizione, ma si trattava pur sempre di argomentazioni che per il giudice nazionale non erano in alcun modo vincolanti"<sup>129</sup>.

Ma siamo davvero sicuri che nella saga *Taricco* la teoria dei controlimiti abbia giocato un ruolo da protagonista? Tale dubbio è posto in particolare da chi fa notare che né la Corte di giustizia né la Consulta hanno espressamente richiamato i concetti di 'identità costituzionale' e di 'controlimiti'<sup>130</sup>. Più precisamente, la Corte costituzionale cita l'art. 4, par. 2 TUE solo in sede argomentativa ma evita di inserirlo nei quesiti, mentre al posto dei controlimiti parla di una sorta di 'impedimento costituzionale' che osterebbe all'applicazione

---

127 In riferimento al principio di legalità, Ruggeri specifica che "è fuor di dubbio che esso goda del supporto di un ampio e radicato indirizzo interpretativo che ne ammette l'appartenenza al novero dei principi di struttura del nostro come pure degli ordinamenti in genere di tradizioni liberal-democratiche: dunque, come si dice nel testo, riscuote il conforto di una vera e propria *consuetudine di riconoscimento* del suo carattere fondamentale. Della qual cosa – come si viene dicendo – dà oggi atto la stessa pronuncia in commento. Non è, dunque, qui il fuoco della questione, che si situa invece laddove si tratta di stabilire se il bilanciamento oggi effettuato tra gli interessi in campo appare essere quello meglio rispondente all'obiettivo di darne il congruo temperamento, senza alcuna aprioristica riduzione o esclusione. Su ciò – a quanto pare (e, in attesa, del finale di partita che si avrà con la pronuncia del giudice del rinvio) – le due Corti ormai convengono; ed è da pensare che all'accordo da esse oggi raggiunto gli operatori chiamati a darvi seguito fedelmente si conformeranno" (A. Ruggeri, *op. cit.*, cit. a pag. 6, nota 15.).

128 Cfr. in particolare A. Massaro, *op. cit.*

129 *Ivi*, cit. a pag. 4.

130 Cfr. G. Vitale, *op. cit.*

del diritto dell'UE. A questa considerazione, tuttavia, è facile controbattere facendo presente che la Consulta ha rarissimamente utilizzato il termine 'controlimiti' nella propria giurisprudenza, preferendo delle perifrasi la cui chiarezza di significato, come in questo caso, è difficilmente contestabile<sup>131</sup>. Per parte sua però la Corte di Lussemburgo non si cimenta nella riformulazione delle domande, scansando la questione della portata da attribuire all'art. 4 TUE. Questo comportamento secondo parte della dottrina era sostanzialmente prevedibile, "perché la portata dell'art. 4, non solo nella giurisprudenza precedente del Kirchberg, ma anche nell'ottica complessiva dell'ordinamento dell'Unione, poco o nulla ha a che vedere con quella pretesa dalla Consulta. La Corte di giustizia, infatti, ha sempre inteso l'art. 4, par. 2, TUE e il criterio dell'identità nazionale ivi sancito, come parametro di legalità degli atti dell'Unione e criterio interpretativo per norme di diritto primario e di diritto secondario"<sup>132</sup>. Tale principio, inoltre, pare non sia stato mai invocato "dinanzi alla Corte di giustizia dagli Stati membri o da un giudice nazionale per interpretare il diritto primario dell'Unione in maniera da giustificare il mantenimento di regole interne divergenti rispetto a quelle europee in un settore coperto da queste ultime quale la tutela degli interessi finanziari dell'Unione"<sup>133</sup>.

Nella sentenza in esame, anziché all'art. 4, par. 2 TUE, la Corte pare preferire una sorta di richiamo implicito all'art. 6, par. 3 TUE, laddove fa riferimento alle 'tradizioni costituzionali comuni' degli Stati membri. Tale richiamo permette di aggirare la spinosa questione dei controlimiti attraverso una 'scaltra' rielaborazione del principio di legalità, (ri)analizzato approfonditamente nei profili della prevedibilità, determinatezza e irretroattività. Questi profili secondo i giudici di Lussemburgo sono rilevanti sia nel sistema europeo che in quello italiano. Tale affermazione rappresenta una novità rispetto a *Taricco I*, e risulta dall'arricchimento della nozione di legalità ex art. 49 Carta avuto grazie all'apertura al significato che questo principio acquisisce alla luce delle tradizioni costituzionali comuni e dell'interpretazione della Corte EDU. In questo modo, la Corte porta lo scontro a livello del diritto dell'Unione; "*it is no longer the national understanding of the principle of legality to be in contrast with the obligations stemming from Article 325 TFEU. We are no longer facing a counter-limit (...) but a very limit that it is EU law to provide, first of all through Article 49*"<sup>134</sup>. Estendendo le ipotesi coperte dal principio di legalità, la Corte è disposta ad ammettere che il *dictum* di *Taricco I* potrebbe non essere del tutto rispettoso dei diritti fondamentali degli imputati. Il potenziale conflitto con la Consulta viene tuttavia evitato senza mettere in discussione la *primauté* europea; è solo inglobando a livello di diritto europeo

---

131 In particolare nel terzo quesito, ove si afferma "...anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro", il riferimento alla teoria dei controlimiti è piuttosto palese. In fin dei conti l'utilizzo espresso del termine 'controlimiti' da parte della Consulta è sinora rinvenibile solo nelle sentenze 349/2007 e 238/2014; in particolare quest'ultima decisione, è famosa per la teorizzazione dell'utilizzo dei controlimiti in relazione al diritto internazionale.

132 G. Vitale, *op. cit.*, cit. a pag. 11.

133 Cfr. R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia*, cit. a pag. 13.

134 M. Bassini e O. Pollicino, *op. cit.*, cit. a pag. 4.

ulteriori aspetti della legalità che è possibile ammettere delle deroghe agli obblighi provenienti dall'art. 325 TFUE.

Il riferimento cruciale è dunque al concetto di 'tradizioni costituzionali comuni', quasi a sottolineare che la sentenza in esame non può essere letta quale concessione alla 'identità costituzionale' di un solo Paese membro. In questo senso i controlimiti, senza neanche essere nominati, pare che vengano implicitamente esclusi fin dai presupposti logici alla base della loro teorizzazione. La Corte da questo punto di vista si porrebbe in linea di continuità con la propria giurisprudenza e con la tradizionale visione monista in tema di rapporti inter-ordinamentali. Secondo la tesi di Ruggeri, *a contrario*, questo fenomeno non è altro che l'ultimo 'stadio evolutivo' della teoria dei controlimiti che sono giunti, attraverso un processo di europeizzazione, ad influenzare il *modus operandi* della Corte di giustizia. Quest'ultima, a prescindere dalle posizioni 'eurocentriche' di facciata, opererebbe ormai indirettamente nel senso della valorizzazione e della tutela delle identità costituzionali dei Paesi membri.

È altresì interessante notare che la Corte non nomina mai direttamente il dibattutissimo art. 53 della Carta<sup>135</sup>. In realtà al paragrafo 47 la Corte pare riprendere implicitamente l'interpretazione che di questo articolo aveva dato essa stessa nel caso *Melloni* e che Bot aveva riproposto con fermezza nelle Conclusioni del caso in esame; "resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione". Tale affermazione, ambigua nel suo tentativo di conciliare una teorica apertura e al tempo stesso una sostanziale chiusura al criterio del '*best standard*', sembra perdere significato nel momento in cui la Corte afferma che in realtà i giudici nazionali possono disattendere gli obblighi europei in questione laddove ravvisino una violazione del principio di legalità alla luce di tutti i suoi corollari. Anche qui però può ravvisarsi un certo scollamento tra forma e sostanza. Se nei fatti la Corte sembra contraddire se stessa, partendo dall'affermazione della *primauté* eurounitaria per poi concedere delle deroghe ai giudici nazionali, a livello teorico essa ha cercato di legittimare il tutto evitando delle contraddizioni formali. Ampliando la nozione di legalità nei termini visti, essa legittima l'eventuale mancata disapplicazione dei giudici nazionali

---

<sup>135</sup> Questo silenzio si lega più in generale a quello relativo al terzo quesito, concernente il tema dei controlimiti. Secondo Marcenò, tale silenzio "attenua l'indole 'rassicurante' di questa decisione, non essendo stato affrontato (volutamente, data la delicatezza delle conseguenze sia sul piano del rapporto tra giudici nazionali e giudice sovranazionale, sia su quello del rapporto tra giudici comuni e giudice costituzionale) l'aspetto che più tradisce un problema oggi irrisolto (o, meglio, un problema che oggi riappare in tutta la sua complessità): quello della spettanza della sovranità. Sia la Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, sia la Corte di giustizia nella sua pronuncia in risposta al rinvio, rivendicano la sovranità dell'ordinamento di cui sono custodi: la prima, attraverso la tutela, anche dinanzi al diritto europeo, dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cui appartiene il principio di legalità penale); la seconda, attraverso una specifica distribuzione dei compiti (tra giudice nazionale e legislatore nazionale) in ossequio al prevalente interesse europeo" (V. Marcenò, *op. cit.*, cit. a pag. 2).

attraverso dei bilanciamenti interni al diritto dell'Unione. Così, tutto ciò è possibile poiché il principio di legalità, ex art. 49 della Carta, si impone e prevale anche in relazione agli obblighi imposti dall'art. 325 TFUE, che non possono porvisi in contrasto<sup>136</sup>. Tutto ancora una volta viene ricomposto, almeno formalmente, all'interno del diritto dell'Unione.

### 5.3.2 La ricerca del giusto equilibrio nel dialogo tra le Corti

Rileggendo la sentenza in esame alla luce dell'intera saga *Taricco* e, più oltre, dell'intero 'dialogo fra le Corti' di questi ultimi anni, risulta tuttavia chiaro che le posizioni da ultimo espresse dalla Corte di giustizia sono il risultato di un sostanziale 'compromesso' risultante dall'affrontarsi di due opposte esigenze. In sostanza, come detto più sopra, le precisazioni dei giudici di Lussemburgo sono volte a salvare la forma e, in un certo senso, le 'apparenze'. Al pari di quanto fatto a suo tempo dal *Tribunal constitucional* a margine del caso *Melloni*, qui la Corte di giustizia opera un sostanziale *revirement* su sollecitazione della 'controparte', ma fa il possibile per dimostrare che tali nuove elaborazioni sono il frutto del proprio ragionare, alla luce di un'autonoma rilettura di principi già saldamente presenti nell'ordinamento di sua competenza. Al contrario, in questi dialoghi il contributo dato dall'altro interlocutore è certamente fondamentale. È chiaro infatti che sempre di dialoghi si tratta, poiché anche laddove una Corte paia portare avanti una sorta di soliloquio, in realtà essa ha sempre ben presenti le ragioni dell'altra parte e ne viene fortemente influenzata.

Alla luce di ciò, va dunque sottolineata l'importanza sistemica che ha avuto la teoria dei controlimiti in questa vicenda<sup>137</sup>. Poco importa infatti che i giudici di Lussemburgo continuino a ignorarne il riconoscimento; essa ha in sostanza guidato il reciproco rapportarsi delle Corti, poiché agisce quale strumento silente indirizzante le ultime frontiere dell'integrazione europea, facendo da 'valvola di sicurezza' volta alla preservazione di alcuni caratteri pregnanti degli ordinamenti nazionali che non possono venir meno nell'ottica di uniformazione dell'Unione. "Senza che sia esplicitamente evocata, la dottrina dei controlimiti è, dunque, presente nel dialogo tra le due Corti. Il suo diretto utilizzo (da parte della Corte costituzionale, per opporsi al diritto europeo e recuperare così spazi di identità costituzionale; da parte della Corte di giustizia, per affermare il diritto europeo) avrebbe trasformato il dialogo in due monologhi. Il suo utilizzo indiretto, invece, ha consentito che le distanze si riducessero"<sup>138</sup>.

In quest'ambito, lo strumento del rinvio pregiudiziale ha avuto un'importanza fondamentale, instradando i contrasti entro binari consoni al dialogo

---

<sup>136</sup> Questo ragionamento emerge chiaramente al paragrafo 52, ove la Corte afferma che "tale principio, quale sancito all'articolo 49 della Carta, si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione, conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, come avviene allorché essi prevedano, nell'ambito degli obblighi loro imposti dall'articolo 325 TFUE, di infliggere sanzioni penali per i reati in materia di IVA. L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può quindi contrastare con tale principio".

<sup>137</sup> Cfr. M. Nisticò, *op. cit.*

<sup>138</sup> V. Marcenò, *op. cit.*, cit. a pag. 3.

istituzionale. Con riguardo alla saga *Taricco* “solo grazie a simili previsioni, infatti, è stato possibile per la Corte costituzionale illustrare alla Corte di giustizia la portata effettiva dei rischi che si presentavano e, d’altro lato, per la Corte di giustizia riconsiderare la propria posizione, in questo modo *disinnescando la bomba* prima della sua deflagrazione”<sup>139</sup>. Di fatto, è la stessa Corte di giustizia a riconoscere la valenza del procedimento di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, affermando che esso “instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri” e “funge dunque da strumento di cooperazione”<sup>140</sup>.

Ciò non significa che tutti i problemi siano risolti; la saga *Taricco* trascina con sé alcune questioni che da una parte potrebbero creare dei contrasti nella giurisprudenza interna, dall’altra pongono importanti interrogativi sulla futura evoluzione del diritto penale di matrice europea e del suo rapporto con gli ordinamenti nazionali e i loro principi supremi<sup>141</sup>. Piuttosto, quello che possiamo trarre fin d’ora dalle vicende esaminate è un’indicazione di metodo, più che di contenuto. Un utilizzo sagace del pericoloso strumento dei controlimiti all’interno di un costruttivo dialogo tra le Corti è, in fin dei conti, quanto di più positivo ci si potesse aspettare in relazione all’evoluzione dell’integrazione europea nella turbolenta epoca dell’euroscetticismo.

## 6. Considerazioni conclusive

Come è emerso in modo particolarmente dirompente nelle saghe *Melloni* e *Taricco*, il difficile coordinamento fra ordinamenti dalla differente vocazione porta con sé delle tensioni strutturali che conducono ad una sostanziale modificazione della natura stessa di tutti gli elementi in gioco. La dimensione prevalente, almeno apparentemente, è quella dello scontro. Principi fondanti quali l’applicazione uniforme ed il primato del diritto europeo sono spesso destinati a scontrarsi con le tradizionali acquisizioni del costituzionalismo moderno così come interpretate di volta in volta da ciascuno degli Stati membri. La problematicità di un tale contrasto deriva dal fatto che i rapporti tra differenti ordini giuridici “mettono definitivamente in crisi l’idea dell’esistenza di un

139 M. Nisticò, *op. cit.*, cit. a pag. 5. Nisticò fa inoltre presente che “La rilevanza centrale che lo strumento del rinvio pregiudiziale ha avuto nella vicenda marca dunque anzitutto una differenza netta rispetto alle ipotesi in cui simili raccordi mancano, come tipicamente avviene nei rapporti tra i giudici nazionali e la Corte EDU, con la quale i conflitti devono essere risolti per altre, più tortuose e comunque più *faticose*, vie; in secondo luogo, contribuisce a evidenziare la bontà degli argomenti di chi ha salutato con favore la scelta fatta a suo tempo dalla Corte costituzionale italiana di considerare se stessa abilitata al dialogo *diretto* con la Corte di giustizia. Se, infatti, la Corte costituzionale non avesse rinunciato al proprio isolamento già nel 2013, in quel caso accedendo ad una lettura del diritto processuale costituzionale non del tutto condivisa, si sarebbe reso oggi inevitabile andare, in un modo o nell’altro, allo scontro in campo aperto” (cit. a pag. 5-6).

140 Citt. dai paragrafi 22 e 23 della sentenza *Taricco II*.

141 Si segnala che successivamente al completamento di questa trattazione la ‘saga Taricco’ si è arricchita di un nuovo capitolo in seguito all’udienza della Consulta tenutasi in data 10 aprile 2018. Nel momento in cui si scrive è possibile consultare solamente il comunicato stampa relativo a tale decisione ([www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20180410195603.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180410195603.pdf)), che comunque non sorprende con riguardo agli esiti cui giunge.

*comprendivo* ordine sociale, determinato e concluso ('We the people'), fondato su una fonte *ultima* dell'autorità politica, espressa - in termini giuridici - dal *primato* assoluto delle costituzioni"<sup>142</sup>. La gerarchizzazione tipica degli ordinamenti nazionali tende a risolvere unitariamente a livello interno qualsiasi questione, financo la relazione con altri sistemi giuridici. Questo meccanismo però si incrina proprio nella gestione dei rapporti con ciò che fuoriesce dall'assetto costituzionale, portando ad una vera e propria crisi del modello gerarchico. Infatti, "nella vicenda *Taricco* le coerenti garanzie approntate dai principi costituzionali sembrano venire meno a causa dello slittamento del baricentro del sistema a favore dell'ordinamento europeo che si è sviluppato come ordinamento plurale ed eterarchico. Nel caso *Melloni* i principi costituzionali sono recessivi rispetto all'esigenza di applicare uniformemente la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo"<sup>143</sup>. La soluzione, a questo punto, non può essere ancora una volta l'accentramento della competenza nelle mani di un'unica autorità, ma deve consistere nella promozione di una proficua interazione fra i diversi ordinamenti.

L'apertura all'interazione è un fenomeno che negli anni si è fatto spazio con difficoltà fra le statiche teorie monista e dualista caratterizzanti rispettivamente la giurisprudenza europea e quella costituzionale. Negli ultimi tempi una maggiore comunicazione tra le Corti ed un maggior coordinamento fra le norme dei rispettivi ordinamenti<sup>144</sup> ha favorito la formazione di un fenomeno detto di 'pluralismo costituzionale', caratterizzato da una comunanza di principi e valori non ordinata in termini gerarchici bensì organizzata orizzontalmente<sup>145</sup>. Tale nozione "*recognizes that the European order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of international law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exists alongside the continue claims of states. The relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical*"<sup>146</sup>.

---

142 F. De Vanna, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in "Federalismi.it", 20 dicembre 2017, cit. a pag. 24.

143 *Ibidem*.

144 Si pensi ad esempio agli artt. 4 e 6 TUE per quanto riguarda l'UE, e a norme quali l'art. 117 della Costituzione italiana, l'art 23 della Costituzione tedesca e l'art. 88 della Costituzione francese per quanto riguarda gli ordinamenti nazionali.

145 In dottrina si parla anche di '*multilevel constitutionalism*', fenomeno per cui "la tutela dei diritti si svolge su più livelli costituzionali che si integrano e condizionano reciprocamente" (F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in "Relazione al Convegno annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa', La Corte e le Corti", Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002, cit. a pag. 36).

146 N. Walker, *The idea of Constitutional Pluralism*, in "The Modern Law Review", n. 3/2002, p. 337. A questo proposito De Vanna osserva che "Il dialogo tra le Corti, anche quando si paventa il ricorso ai controlimiti, è una tecnica funzionale a questo nuovo costituzionalismo poiché, sulla base di un comune impegno a *prendere sul serio* le altrui ragioni, conduce all'individuazione di valori condivisi. Ciò rende plausibile la distinzione tra 'ordinamento' e 'sistema' avanzata da Kaarlo Tuori: mentre il primo rappresenta un fenomeno essenzialmente simbolico, il secondo rinvia alle pratiche giuridiche concrete (aggiudicazione, dottrina, processi legislativi) in cui la semantica dell'ordinamento è costruita e riprodotta. Quello europeo, secondo questa ipotesi, è il *sistema* giuridico all'interno del quale sia le corti nazionali sia la Corte di Giustizia assumono l'impegno di integrare i rispettivi *ordinamenti* sulla base di un

Il dogma della verticalità sta a poco a poco venendo sostituito da una visione orizzontale; una concezione sistemica dell'ordinamento europeo porta a considerare che norme e valori dei singoli Paesi membri costituiscono una peculiare manifestazione di principi comuni. D'altronde, la stessa Corte di giustizia ha di recente rifiutato di utilizzare un approccio strettamente monistico in relazione all'ordinamento internazionale, innalzando una sorta di controlimito in opposizione ad alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU<sup>147</sup>. Parimenti, anche la concezione dualista è destinata ad entrare in crisi di fronte al concetto di pluralismo. L'interazione ed il reciproco condizionamento tra ordinamenti sostituisce sempre di più un approccio basato sull'esclusività dei singoli sistemi<sup>148</sup>, che guardano "alle fonti esterne come meri fatti, prive di capacità normativa se non in forza di una ricezione volontaria da parte dell'ordinamento interno"<sup>149</sup>. Per una vera svolta in questi termini sarà importante considerare l'atteggiamento che avrà la Corte di giustizia, auspicando che riesca a bilanciare il suo ruolo di giudice supremo dell'ordinamento dell'UE e di interlocutore accorto rivolto ad un dialogo costruttivo con le alte corti degli Stati membri<sup>150</sup>. Inoltre, la speranza è che

---

comune impegno al riconoscimento e al *coordinamento*. L'ordinamento dell'Unione introduce negli ordinamenti nazionali principi di 'apertura' che li induce a *coesistere* e a prendere in considerazione interessi esterni, altrimenti non presenti nei processi legislativi, che derivano da altri Stati membri" (F. De Vanna, *op. cit.*, cit. a pag. 25).

147 Il riferimento è qui al caso *Kadi*, sent. 3 settembre 2008, cause riunite c 402/05 e c 415/05, *Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*. Qui la Corte, di fronte all'obiezione che non può esservi controllo su atti comunitari attuativi di una risoluzione vincolante del Consiglio di Sicurezza, statuisce che "il controllo, ad opera della Corte, della validità di ogni atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo internazionale. La Corte sottolinea che il controllo di legittimità garantito dal giudice comunitario ha ad oggetto l'atto comunitario volto ad attuare l'accordo internazionale di cui trattasi, e non quest'ultimo in quanto tale. Un'eventuale sentenza di un giudice comunitario con cui si stabilisca che un atto comunitario volto ad attuare una risoluzione del Consiglio di sicurezza è contrario a una norma superiore facente parte dell'ordinamento giuridico comunitario non comporterebbe che venga rimessa in discussione la prevalenza, sul piano del diritto internazionale, di tale risoluzione. La Corte conclude che i giudici comunitari devono garantire un controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ivi compresi gli atti comunitari che, come il regolamento in questione, mirano ad attuare risoluzioni del Consiglio di sicurezza" (cit. da *Comunicato stampa n. 60/08*, 3 settembre 2008, pag. 2).

148 A questo proposito Cassese utilizza un'immagine alquanto evocativa, descrivendo il giudice come 'costruttore di passerelle tra ordinamenti' (S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 3 ss., 41 ss.).

149 F. De Vanna, *op. cit.*, cit. a pag. 26-27.

150 Un convinto sostenitore dell'importanza del dialogo tra le Corti è Ernesto Lupo, che sostiene che la decisione *Taricco bis* "costituisce la prova più evidente della utilità di un colloquio tra il giudice europeo ed i giudici degli Stati membri" e, più in generale, l'intera '*saga Taricco*' "rimane emblematica non solo delle particolari difficoltà che presenta il primato del diritto dell'Unione nel settore della normativa penale (entrato di recente nella competenza diretta dell'Unione), ma anche dell'aiuto fondamentale che al superamento di tali difficoltà può apportare un dialogo tra i giudici, che sia idoneo a realizzare progressivamente il non facile equilibrio tra l'uniformità dell'Unione europea e l'identità nazionale degli Stati membri" (E. Lupo, *La sentenza Taricco-bis e i suoi effetti*, in "Forum di Quaderni costituzionali", 12 gennaio 2018, citt. a pag. 1 e 3).

queste ultime colgano l'occasione per aprirsi al confronto reciproco, senza trincerarsi dietro una vuota ed indiscriminata difesa di qualsivoglia particolarità nazionale.

La centralità dello strumento dialogico è strettamente legata ad un uso corretto dell'attività interpretativa, che non va indirizzata verso l'utopistico fine della 'ricerca della verità', bensì verso uno sforzo argomentativo comune che porti a risultati che siano condivisibili da parte del maggior numero possibile di soggetti in gioco<sup>151</sup>. Alla base di questo confronto deve esserci un mutuo riconoscimento e rispetto fra le Corti, senza il bisogno di concepire un'autorità sovraordinata rispetto alle altre con il potere di decidere e risolvere ogni conflitto in modo accentrato ed unilaterale<sup>152</sup>.

In fondo, se un insegnamento utile può essere tratto dalle saghe *Melloni* e *Taricco*, questo consiste essenzialmente nel suggerimento metodologico volto all'utilizzo del dialogo fra Corti. Tuttavia proprio il fatto che si parli di dialogo come strumento di metodo lascia aperte una serie di problematiche sostanziali su cui è difficile fare delle previsioni. Effettivamente le vicende *Melloni* e *Taricco*, pur condividendo la forma dello scambio-confronto fra la Corte di giustizia e una Corte nazionale, sono giunte ad esiti che potremmo definire opposti, laddove nel primo caso sono prevalse le argomentazioni del giudice del Kirchberg, mentre nel secondo hanno avuto la meglio le rivendicazioni del giudice nazionale. Il problema sostanziale che rimane sullo sfondo di tali questioni è dunque quello per cui il fenomeno del 'costituzionalismo multilivello' può comportare che "il medesimo diritto venga tutelato da diversi soggetti e a più livelli, con una evidente sovrapposizione delle tutele"<sup>153</sup>, che possono differire di molto per quantità e qualità. In questo delicato contesto, principi generali come quello della maggior tutela (ex artt. 53 Carta e 53 CEDU) non hanno una garanzia di prevalenza assoluta, finendo anch'essi per essere 'merce di scambio' nel bilanciamento fra Corti<sup>154</sup>. Questo, in effetti, è uno degli

---

151 Su questo tema cfr. A. Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009.

152 In relazione a ciò Sarmiento ritiene che il dialogo fra Corti debba basarsi soprattutto sullo strumento della persuasione, e mette in guardia sui rischi legati all'utilizzo di approcci differenti. In sostanza, è fondamentale porre in essere "*careful and well-thought decisions that persuade national courts. The Court of Justice and national supreme courts are not antagonists, they share the same task of interpreting and upholding the law. But interpretation among different legal cultures will demand special attention towards the courts that are more strategically located. And to simply tell them that my decision stands because I have the authority, is a risky way of flirting with disaster*" (D. Sarmiento, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, *VerfBlog*, 2017/2/02, consultabile al sito [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de)).

153 F. Salmoni, *op. cit.*, cit. a pag. 36.

154 In effetti, nel caso *Melloni* tale principio è stato formalmente disconosciuto dalla Corte di giustizia, che nel caso di specie ha fatto prevalere un minor livello di tutela in nome dei principi di uniformità, armonizzazione e primato del diritto dell'UE. Per quanto riguarda la saga *Taricco*, il fatto che sia prevalsa la tesi della Corte costituzionale non deve trarre in inganno: i giudici di Lussemburgo hanno infatti confermato l'interpretazione che dell'art. 53 Carta era stata data nella decisione *Melloni*, per cui teoricamente rimane il dogma secondo cui una maggior tutela dei diritti non può mai prevalere se contraria alla *primauté* eurounitaria.

aspetti più critici del sistema orizzontale creato da un pluralismo costituzionale acefalo, che rischia di essere in balia di bilanciamenti dagli esiti imprevedibili.

Ecco perché, allora, si suggerisce che la teoria dei controlimiti possa ancora avere un ruolo di rilievo nell'evoluzione dell'integrazione europea e dei rapporti fra ordinamenti. Tale dottrina, ponendosi a difesa dei più delicati e preziosi principi e valori di un ordinamento, è ormai l'ultima garanzia di tutela dell'identità di ogni soggetto dialogante nel caotico costituzionalismo multilivello. In un confronto sempre più soggetto a compromessi e mutevoli rapporti di forza influenzati da dinamiche sociali, politiche e culturali, i controlimiti sono l'ultimo baluardo dell'essenza stessa di ogni ordinamento. Come ha dimostrato la loro lunga storia, il loro migliore utilizzo è quello che li vede come strumento indiretto di dialogo, per ricordare a ciascun interlocutore che ogni Stato, anche laddove si apre alla condivisione di obiettivi comuni sacrificando parte della propria sovranità, è caratterizzato da un 'nucleo duro' intangibile che non può essere sacrificato in nome di altri scopi. Tuttavia, come richiede il concetto stesso di compromesso, sforzi e rinunce devono essere posti in essere da ambo le parti<sup>155</sup>. Per questo se da un lato la Corte di giustizia è chiamata a compiere un passo verso gli ordinamenti nazionali aprendosi al riconoscimento in sede europea di istanze provenienti dai vari sistemi costituzionali, così le Corti dei Paesi membri sono tenute a venire incontro alle esigenze eurounitarie attualizzando e riducendo all'essenziale il nocciolo duro a cui non intendono rinunciare.

I controlimiti, in sostanza, sono al contempo '*limes*' che circonda e definisce il terreno su cui le Corti sono chiamate a confrontarsi in tema di principi e diritti fondamentali, e '*archè*' da cui tutto deve partire per la creazione di un costituzionalismo multilivello nel panorama continentale. Da '*spauracchio*' posto a simbolo della temuta dissoluzione del '*sogno europeo*', i controlimiti hanno dunque la possibilità di diventare la vivida incarnazione del motto dell'Unione, ponendosi alla base di un sistema di valori che intenda realizzare in concreto un modello virtuoso di '*unità nella diversità*'.

\*\* Laureato magistrale in Giurisprudenza, Università di Trento

---

155 Non può mancare, in questo contesto, un riferimento al principio di leale cooperazione, valore fondante dell'intero processo di integrazione europea. Si ricorda che lo stesso è riconosciuto altresì a livello normativo, in particolare all'art. 4.3 TUE, che prevede che "in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati".