

RAPPORTI DI FORZA TRA CORTI, SCONFINAMENTO DI COMPETENZE E COMPLESSIVO INDEBOLIMENTO DEL SISTEMA UE?

di Chiara Amalfitano*

(Professore associato confermato di diritto dell'Unione europea, Università di Milano)

SOMMARIO: 1. Il “non dialogo” tra Corte di giustizia e Corte costituzionale nella “saga *Taricco*”. – 2. (*Segue*): in particolare, la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale e l'appropriazione indebita del ruolo della Corte di giustizia. – 3. La continuità “ideologica” tra la sentenza n. 115/2018 e l'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017. – 4. I profili critici dell'*obiter dictum* ... – 5. (*Segue*): ... e le prime reazioni della giurisprudenza nazionale. – 6. L'inversione della “doppia pregiudiziale” nell'impostazione della Consulta e la sua “tenuta” di fronte alla Corte di giustizia.

1. Le tappe della “saga *Taricco*” sono ormai a tutti sin troppo note per essere analizzate nel dettaglio e pare qui opportuno richiamare solo i passaggi delle quattro pronunce (due della Corte di giustizia e due della Corte costituzionale) che mettono in luce (i) la diversità di prospettiva con cui viene affrontato il tema (centrale) del rispetto del principio di legalità (europea e nazionale) e, di fatto, (ii) l'assenza di dialogo (se non solo formale) tra le due istanze giudiziarie. Ciò al fine di esaminare, insieme con l'approccio che la Consulta fa proprio nella sent. n. 115/2018, quello da essa adottato nella precedente sent. n. 269/2017, *rectius* nel suo famoso *obiter dictum*, e verificare se l'impostazione che ivi è delineata possa reggere ad un eventuale vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione da parte del giudice di Lussemburgo.

Nella sentenza dell'8.9.2015, la Corte di giustizia, guidata da un marcato approccio funzionalistico teso alla tutela (costi quel che costi) degli interessi finanziari dell'Unione, impone al giudice nazionale la disapplicazione della normativa italiana sull'allungamento massimo dei termini di prescrizione (di cui agli artt. 160 ult co e 161 co 2 c.p.¹) se (i) la frode

* Il testo, corredato di note, costituisce la rielaborazione e lo sviluppo della relazione svolta al convegno «Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco” sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale», organizzato dall'Università del Piemonte Orientale ad Alessandria il 15 novembre 2018.

¹ Si trattava della disciplina fissata dalla c.d. legge ex Cirielli (v. l. 5.12.2005 n. 251, in *GURI* n. 285 del 7.12.2005), poi modificata ad opera dell'art. 2 co 36-vicies semel lett. l), del d.l. 13.8.2011 n. 138 (in *GURI* n. 188 del 13.9.2011), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 co. 1 della l. 14.9.2011 n. 148 (in *GURI* n. 216 del 16.9.2011). Il regime di prescrizione è stato, quindi, da ultimo modificato con la riforma c.d. Orlando (v. l. 23.6.2017 n. 103, in *GURI* n. 154 del 4.7.2017). Su tale riforma v. A. Cavaliere, *Le nuove disposizioni “emergenziali” in tema di prescrizione del reato*, in www.la legislazione penale.eu, 17.1.2018; L. Della Ragione, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa 2017, 57 ss., anche con riferimenti alla vicenda *Taricco*; S. Zirulia, *La riforma della prescrizione del reato (“Legge Orlando”)*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.12.2018 (e già in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, 2018). Come noto, la disciplina della prescrizione è stata nuovamente oggetto di una assai contestata proposta di riforma legislativa, di cui al ddl n. 1189-B, approvato con l. 9.1.2019 n. 3 (in *GURI* n. 13 del 16.1.2019) e su cui v. i contributi di G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato*

IVA rilevante è «grave» e si verifica in un «numero considerevole di casi» (violandosi in tal caso il principio di effettività di cui all'art. 325 § 1 TrFUE) o se (ii) la normativa che tutela corrispondenti interessi finanziari nazionali è sorretta da un regime di prescrizione più efficace/dissuasivo di quello applicabile ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione (in attuazione del principio di equivalenza/assimilazione, di cui all'art. 325 § 2 TrFUE)².

La Corte di giustizia sancisce, nella sostanza, l'efficacia diretta della norma pattizia in parola o, meglio, la disapplicazione della normativa nazionale controversa *in malam partem* (con operazione pressoché sempre negata rispetto alle direttive³), con la conseguenza che l'imputato si trova (al verificarsi delle condizioni fissate nella c.d. regola *Taricco*) in una situazione non prevedibile e deteriore rispetto a quella in cui si trovava (e che era nota, in quanto legislativamente definita) al momento della commissione del fatto; e ciò a prescindere dalla disciplina che venisse applicata dal giudice nazionale "al posto" di quella riconosciuta incompatibile (al verificarsi delle condizioni summenzionate) con l'art. 325 TrFUE e quindi da disapplicare, ovvero indipendentemente dal fatto che l'accertamento giudiziale si traduca nell'imprescrittibilità delle c.d. frodi carosello (rilevanti nel caso di specie), ovvero nell'applicazione – in luogo delle previsioni sull'allungamento dei termini massimi di prescrizione sino ad un quarto del termine base di cui alle menzionate disposizioni del codice penale – del regime che ne dispone l'allungamento sino a un terzo, o, ancora, nella statuizione del decorso *ex novo* dei termini di prescrizione (o, eventualmente, nella reviviscenza della normativa interna previgente⁴).

Evidentemente non del tutto ignaro del problema, il giudice del Kirchberg afferma, seppure per inciso, che la disapplicazione *de qua* non potrebbe operare se si riscontrasse una

nei giudizi di appello e di cassazione, in www.penalecontemporaneo.it, 21.1.2019, nonché di G. Insolera e G. Ruggiero, qui di seguito.

² Causa C-105/2014, *Taricco*, ECLI:EU:C:2015:555, punto 58. La bibliografia sulla sentenza è pressoché sterminata. Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a C. Amalfitano, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia?*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, a cura di I. Pellizzone, Milano 2017, 117 ss. (aggiornamento del lavoro pubblicato su www.forumcostituzionale.it/wordpress/, 5.10.2016).

³ V., per tutte, C.G.U.E, 3.5.2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, ECLI:EU:C:2005:270, punto 74. *Contra v.*, ad esempio, C.G.U.E, 11.11.2004, causa C-457/02, *Niselli*, ECLI:EU:C:2004:707, che la Corte "si rimangia" in tempi brevi nella citata sentenza *Berlusconi*. In dottrina si è parlato di effetto diretto verticale invertito, con conseguenze negative a carico dei singoli (imputati). Vero è che ci sono altri casi in cui la Corte di giustizia ha sancito anche rispetto a singoli (e nei rapporti tra singoli) l'effetto diretto (orizzontale, quindi) di norme primarie (v. sentenza 8.4.1976, causa 43/75, *Defrenne*, ECLI:EU:C:1976:56) o di principi generali di diritto (v. sentenze 22.11.2005, causa C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709 e 11.9.2018, causa C-67/18, *IR*, ECLI:EU:C:2018:696) e, più di recente, della Carta dei diritti fondamentali (v. sent. 17.4.2018, C-414/16, *Edenberger*, ECLI:EU:C:2018:257; nonché sentenze 6.11. 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871 e causa C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, ECLI:EU:C:2018:874), ma mai in fattispecie a rilevanza penale (anche se, quanto alle ricadute sul singolo che possono derivare dall'obbligo di interpretazione conforme della normativa nazionale rispetto a una decisione quadro, v. sent. 16.6.2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386).

⁴ In quest'ultimo senso v. le conclusioni del 30.4.2015, dell'avvocato generale Kokott, nella causa C-105/14, *Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:293, punto 126.

violazione dei diritti fondamentali dell'individuo⁵. Altresì, benché ancora più incidentalmente, esso dichiara che la verifica di tale violazione è rimessa al giudice nazionale⁶. Nella sostanza, tuttavia, siffatta valutazione è effettuata dalla stessa Corte, che giunge ad escludere qualsivoglia violazione⁷. Quest'ultima, infatti – acriticamente allineandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha considerato legittimo ex art. 7 CEDU il riconoscimento di natura processuale al regime della prescrizione⁸, e senza tenere in alcun conto le specificità dell'istituto nel nostro ordinamento⁹ – esclude la violazione del principio di legalità quale sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, dando ad esso una lettura corrispondente a quella del citato art. 7 CEDU (in linea sì con quanto disposto dall'art. 52 § 3 Carta, che però non vieta – anzi espressamente legittima – un innalzamento del livello di tutela fornito dalla Corte di Strasburgo).

Probabilmente non sarebbe stato risolto il profilo (*rectius*, problema dell'assenza) della determinatezza del regime prescrizionale applicabile e, a ben vedere (nell'ottica della Consulta), della stessa base legale dell'obbligo di disapplicazione (a meno, forse, di evitare l'approccio *de minimis* e imporre la disapplicazione sempre e comunque e non solo al verificarsi di certe condizioni). Ad ogni modo, il profilo dell'irretroattività *in malam partem* e, quindi, il rispetto del principio di legalità sotto questo *côté* avrebbe potuto essere garantito dalla Corte di giustizia – come meglio si è argomentato altrove¹⁰ – mediante una limitazione nel tempo degli effetti della sua sentenza, volto a predisporre la disapplicazione della normativa nazionale controversa solo per i reati commessi dal giorno della pronuncia, così assicurando che i loro autori fossero edotti (almeno) della caducazione del regime prescrizionale interno ed evitando una disapplicazione, e dunque (appunto) la retroattività, *in malam partem*.

La Corte di giustizia, tuttavia, non procede in tale direzione e le reazioni della giurisprudenza nazionale e della Corte costituzionale alla sua pronuncia, come noto, non si sono fatte attendere¹¹.

In particolare, la Consulta, investita di due questioni di legittimità costituzionale ad opera della Corte di appello di Milano e della Corte di cassazione¹² – che ritenevano, in sostanza che

⁵ Causa C-105/2014, *Taricco*, cit., punto 53, ove la Corte infatti dichiara che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale».

⁶ *Ibidem*, punto 55.

⁷ *Ibidem*, punto 58 e dispositivo.

⁸ V. sent. 22.6.2000, ricorsi nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, *Coëme e. a. c. Belgio*.

⁹ Si noti che la Corte di giustizia non dà rilievo neppure alla circostanza che la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo un intervento del legislatore che dispone l'allungamento del termine di prescrizione in corso di causa, mentre nel caso sottoposto al suo esame la disapplicazione – che potrebbe comportare, come visto, anche una sostanziale imprescrittibilità del reato – discende da una valutazione del (solo) giudice, senza alcun intervento legislativo.

¹⁰ V. C. Amalfitano, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., p. 139 ss.

¹¹ *Amplius*, sul punto, sia consentito rinviare a C. Amalfitano, *La "saga Taricco": dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-105/14 all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Primato del diritto dell'Unione e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Milano 2018, 3 ss.

¹² V. Corte di appello di Milano, ord. 18.9.2015, n. 6421/14 RG A, est. Locurto; Cass. pen., sez. III, ord. 30.3.2016, n. 28346/16, est. Riccardi. **Formalmente, entrambe le ordinanze promuovono**

la regola *Taricco* violasse tanto l'art. 25 co. 2 Cost., quanto gli artt. 3, 11, 24, 27 co. 3, e 101 co. 2 Cost. – anziché ricorrere immediatamente al controlimito come certa dottrina auspicava¹³, ha deciso di sollevare nuove questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia¹⁴ e quindi, almeno formalmente, di aprirsi al dialogo, in quell'ottica di leale cooperazione che viene espressamente richiamata nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale.

Tuttavia, a ben vedere, siffatta ordinanza, come sottolineato da autorevole dottrina nell'immediatezza della sua pubblicazione, è «garbata nella forma, [ma] rocciosa nella sostanza»¹⁵, poiché, fondandosi sulle peculiarità del regime italiano della prescrizione, avente natura sostanziale per consolidata giurisprudenza costituzionale¹⁶, minaccia apertamente l'utilizzo del controlimito nella misura in cui la Corte di giustizia non dovesse sostanzialmente accogliere la diversa lettura dell'art. 325 TrFUE prospettata dal giudice delle leggi, la sola idonea (appunto) a salvaguardare le specificità dell'ordinamento costituzionale italiano e a svuotare di fondamento le questioni costituzionalità¹⁷. In questa prospettiva, nessuna

incidente di legittimità costituzionale finalizzato alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 2.8.2008 n. 130 (ratifica ed esecuzione del trattato di Lisbona che modifica il TrUE e il TrCE), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325 §§ 1 e 2 TrFUE (nel testo consolidato con le modifiche apportate a Lisbona), come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-105/14, *Taricco*. Sostanzialmente adesiva v. quindi Cass. pen., sez. III, ord. 31.3.2016, n. 33538, est. Andronio, nonché la rimessione alla Consulta da parte del Tribunale di Siracusa (ord. 25.5.2016, R.G. 2211/14), che individua tra i parametri di legittimità anche l'art. 111 Cost.

¹³ V., ad esempio, M. Bassini, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in www.giurcost.org/, 12.2.2016, 11; A. Camon, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, online in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016, 5. Pare doveroso ricordare anche le voci critiche in dottrina circa l'opportunità di "scomodare" il controlimito (specie il principio di legalità in materia penale operativo anche) rispetto all'istituto della prescrizione e, addirittura, rispetto al regime prescizionale per reati che ledono, prima ancora che gli interessi finanziari dell'Unione, quelli dello Stato: v. E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *DPenCont*, 2016, 217 ss., spec. 224; F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.5.2016, 4 ss.; R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, *ibidem*, 7.11.2016, 2 e 19. In proposito v. anche D. Gallo, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, 249 ss., spec. 263 s. Si ricordi che nella dottrina penalistica italiana ci sono voci contrarie alla riconducibilità piena della prescrizione all'art. 25 co. 2 Cost.: v., ad esempio, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano 2001, 263; D. Pulitanò, *Legalità penale discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *RIDPP*, 2002, 1270 ss., spec. 1298; F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.12.2012.

¹⁴ V. ord. n. 24/2017 (che dà vita alla causa C-42/17), su cui v., per tutti, i commenti raccolti nel volume *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli 2017. Si ricordi che si tratta del terzo rinvio pregiudiziale del nostro giudice delle leggi, dopo il primo sollevato in un giudizio di legittimità costituzionale in via principale (v. ord. n. 103/2008, che diede vita alla causa C-169/08) e il secondo in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, dove la norma controversa di diritto dell'Unione era priva di efficacia diretta (v. ord. n. 207/2013, relativa alla causa C-418/13, *Napolitano e a.*).

¹⁵ V. Manes, **La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"**, in www.penalecontemporaneo.it, 13.2.2017, che parla di galateo istituzionale e di orgoglio costituzionale.

¹⁶ V. C. cost., sentenze n. 393/2006 e n. 236/2011.

¹⁷ V. ord. n. 24/2017, punti 7 e 10. Si esprimono in termini di *ultimatum* della Consulta alla Corte

rilevanza viene conferita all'art. 11 Cost., che pur rappresenta il sicuro fondamento dell'ingresso del diritto dell'Unione nel nostro ordinamento¹⁸, e che – proprio nell'ottica della leale cooperazione summenzionata – avrebbe potuto essere impiegato per (almeno formalmente, meglio) bilanciare i valori/principi dell'Unione europea con quelli invocati dai giudici rimettenti. Vero è che si sarebbe probabilmente trattato di operazione puramente cosmetica, nel senso che la Corte costituzionale, anche laddove avesse richiamato la previsione che fonda il processo di integrazione europea, non si sarebbe comunque discostata, come evidenziato in dottrina¹⁹, dalle conclusioni cui è infine giunta, seppur sulla base di un ragionamento parzialmente differente.

Secondo la Consulta, il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost. – che opera (come detto) anche rispetto alla prescrizione (in quanto istituto che incide sulla punibilità)²⁰ – esprime un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano, a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, esigendo che le norme penali siano determinate e non abbiano in alcun caso portata retroattiva²¹: ne discende che il giudice delle leggi dovrebbe impedire l'ingresso nell'ordinamento di una regola (derivante dall'applicazione dell'art. 325 TrFUE) contraria al principio di legalità in materia penale quale testé delineato²². Sempre secondo la Consulta, le statuizioni della Corte di giustizia difettano invece, innanzitutto, del requisito della precisione e della prevedibilità, specie laddove si debba assicurare il rispetto dell'art. 325 § 1 TrFUE, e lasciano eccessiva discrezionalità al giudice nel valutare la possibilità di disapplicare la normativa nazionale controversa. Questo diventa un giudice di scopo (in violazione dei principi costituzionali di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge) e il singolo rischia di essere punito per soddisfare esigenze di prevenzione ed è strumentalizzato per fini di politica criminale²³, con conseguente possibile violazione (anche) del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Esse, altresì, potendo trovare applicazione anche relativamente a condotte anteriori alla pronuncia della sentenza *Taricco*, determinano un aggravamento del regime di punibilità di natura retroattiva, come tale non ammissibile ex art. 25 co. 2 Cost.

Il giudice delle leggi ritiene, comunque, che la Corte di giustizia, nella sentenza *Taricco*, non abbia voluto imporre al giudice nazionale l'applicazione del diritto dell'Unione anche quando confligga con un principio cardine dell'ordinamento italiano, ma al contrario che abbia affermato che la regola tratta dall'art. 325 TrFUE è applicabile solo se è compatibile con

di giustizia A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in www.giurcost.org/, 27.1.2017; M. Caianiello, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, cit., 61 ss.; F. Viganò, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, *ibidem*, 475 ss.

¹⁸ V. C. cost., sent. n. 227/2010.

¹⁹ V., per tutti, R. Mastroianni, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2018, I ss., spec. IX, dove si critica «la sottovalutazione della reale portata e dei potenziali effetti dell'art. 11 Cost.».

²⁰ V. C. cost., sentenze n. 324/2008 e n. 143/2014.

²¹ V. ord. n. 24/2017, punto 2.

²² *Ibidem*, punto 2. Al contrario, se la Corte di giustizia accogliesse la diversa interpretazione suggerita dalla Consulta, «cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta» (*ibidem*, punto 7).

²³ *Ibidem*, punto 5. *Amplius*, v. V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.5.2016, 23.

l'identità costituzionale dello Stato, e che spetta alle competenti autorità nazionali farsi carico di questa valutazione²⁴. In altre parole, il primato del diritto dell'Unione non può mai ledere i valori sottesi a tale identità; se così accadesse, sarebbe ammissibile l'applicazione del controlimite, posto a salvaguardia di siffatti valori. Ne consegue, nella prospettiva della Consulta, che la sola soluzione capace di evitare quest'ultimo scenario è il riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, dell'identità costituzionale italiana; ed essa, in un'ottica di leale cooperazione, ripetutamente evidenzia che siffatta soluzione non pregiudica il primato (discostandosi la situazione *de qua* da quella oggetto della causa *Melloni*²⁵), ma assicura la corretta tutela dei diritti degli imputati ed altresì la corretta ripartizione di ruoli tra Lussemburgo e Roma. La Corte di giustizia definisce l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e interpreta (in modo qualificato) l'art. 325 TrFUE; tale ambito di applicazione e l'interpretazione fornita alla previsione pattizia non sono messi in discussione dalla Consulta che, da parte sua, definisce (in modo altrettanto non sindacabile dal giudice di Lussemburgo) ciò che è espressione dell'identità costituzionale dello Stato italiano; e come quest'ultima è tenuta al rispetto del primato, la Corte di giustizia è tenuta a rispettare le diversità degli Stati membri e le loro identità costituzionali, anche sulla base di quanto previsto dall'art. 4 § 2 TrUE²⁶.

Così, chiarita la portata del principio di legalità nell'ordinamento costituzionale italiano e formulate le premesse logico-argomentative testé sinteticamente riportate, la Consulta solleva tre quesiti pregiudiziali²⁷, che vengono poi sostanzialmente riformulati dalla Corte di giustizia (che fornirà risposta solo ai primi due, ritenendo "assorbito" il terzo²⁸).

Quest'ultima, nella sua pronuncia del 5.12.2017, senza tenere in considerazione i suggerimenti dell'avvocato generale Bot²⁹, risolve i quesiti pregiudiziali (formalmente, come

²⁴ *Ibidem*, punto 7, dove si richiama il – e si fa molta leva sul – menzionato punto 55 della sentenza *Taricco* e il ruolo che in esso la Corte di giustizia sembra rimettere al giudice nazionale nella verifica della violazione dei diritti fondamentali.

²⁵ Sent. 26.2.2013, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁶ *Ibidem*, punto 6. V. anche punto 8, dove si ribadisce che «non è in questione la regola enunciata dalla sentenza in causa *Taricco*, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice». Sull'uso (o il mancato uso) erroneo dell'art. 4 § 2 TrUE nell'ordinanza in esame (e in tutta la saga *Taricco*) v. G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, dattiloscritto, §§ 3-5.

²⁷ La Corte di giustizia è chiamata a stabilire se l'art. 325 §§ 1 e 2 TrFUE (i) «debba essere interpretato nel senso di *imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale* sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, *anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata [e/o] anche [ii] quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità*»; nonché, ancora, (iii) «se la sentenza [...] *Taricco*, debba essere interpretata nel senso di *imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale* sulla prescrizione [come quella testé descritta], *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*» (corsivi aggiunti).

²⁸ V. sent. 5.12.2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936, al cui punto 63 la Corte afferma che «[i]n considerazione della risposta fornita alle prime due questioni, non è necessario rispondere alla terza».

²⁹ Presentate in data 18.7.2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:564.

detto, solo i primi due, che sono analizzati congiuntamente) disinnescando la miccia dei controlimiti³⁰. Essa propone infatti una rilettura manipolativa della sentenza *Taricco*, sostanzialmente sterilizzandola³¹ ed evitando (il rischio di) uno scontro inter-ordinamentale.

La sentenza attesta un notevole *self-restraint* della Corte, dettato dalla delicatezza delle questioni trattate, e dunque dalla natura politica oltre che giuridica delle ricadute che essa avrebbe avuto nell'ordinamento del giudice *a quo* e, di conseguenza, nei rapporti tra ordinamento sovranazionale e nazionale³². La Corte stempera il conflitto, con un equilibrismo volto a dire il minimo indispensabile per ottenere il massimo risultato; essa dà prova di un atteggiamento distensivo che non deve essere confuso con un *revirement*, per quanto parziale, sottotraccia o in sordina³³.

La Corte, infatti, conferma il precedente *Taricco* e conferma anche (in modo, a nostro avviso, non condivisibile³⁴) la sostanziale efficacia diretta dell'art. 325 TrFUE³⁵, anche se sotto questo profilo la stessa Consulta non aveva sollevato alcun tipo di contestazione. Non che una richiesta di delucidazioni avrebbe imposto alla Corte di giustizia di rivedere la propria interpretazione della previsione in parola, ma forse l'avrebbe spinta (almeno) ad una riflessione più approfondita³⁶.

Ciò che cambia è l'esame della rilevanza del principio di legalità nell'ordinamento dell'Unione e in quello italiano, a fronte dei chiarimenti forniti nel nuovo rinvio pregiudiziale.

³⁰ Sulla sentenza *M.A.S. e M.B. v.*, per tutti, F. Viganò, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *RIDPP*, 2017, 1281 ss., nonché i diversi contributi in *Primato del diritto dell'Unione europea*, a cura di C. Amalfitano, cit., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

³¹ In tal senso v. P. Insolera, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *IP*, 2018, 247 ss., spec. 249.

³² Nel senso che si tratta di sentenza ispirata al massimo della diplomazia v. C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.12.2017, § 1.

³³ Parlano di *revirement* M. Bassini, O. Pollicino, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *VerfBlog*, 5.12.2017. Prospetta questa lettura della pronuncia, in alternativa a quella di una specificazione di *Taricco* D. Sarmiento, *To bow at the rhythm of an Italian tune*, in <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>, 5.12.2017. Ritengono che si tratti di una pronuncia che si colloca tra il *distinguishing* e l'*overruling* P. Faraguna, *Frodi sull'Iva e il caso Taricco: la Corte di Giustizia fa marcia indietro*, in www.lacostituzione.info, 6.12.2017; C. Cupelli, *Ecce Taricco II*, cit., § 4.2.

³⁴ I §§ 1 e 2 dell'art. 325 TrFUE sono norme programmatiche, che fissano un obbligo di risultato. Difficile sostenere, come fa la Corte, che contengano un obbligo incondizionato e siano, quindi, immediatamente precettive. Le due ipotesi paiono in contraddizione. A meno certo di concludere – ma tale conclusione è poco convincente, oltre che pericolosa – che l'effetto diretto altro non è che quello che la Corte statuisce che sia (in questo senso v. M. Cartabia, M. Gennusa, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino 2011, 35). Critici sull'effetto diretto dell'art. 325 TrFUE v. già, in particolare, R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.7.2016; E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2017, 45 ss., spec. 46; D. Gallo, *Controlimiti, identità nazionale*, cit., 259 ss.

³⁵ V. sent. 5.12.2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, cit., punto 38, che richiama il punto 51 della sentenza *Taricco*.

³⁶ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina controversa*, Milano 2018, 272 s., evidenzia che la Consulta avrebbe dovuto dubitare e chiedere delucidazioni in proposito. P. Insolera, *Politica e diritto penale europei*, cit., 262, afferma che un *revirement* sul punto forse sarebbe stato chiedere troppo.

La Corte riscontra che tale principio (che impone – a tutela dei diritti dei singoli – prevedibilità, determinatezza, irretroattività della legge penale applicabile) è comune all'Unione e agli Stati membri; *rectius*, ne tiene conto più di quanto avesse fatto in *Taricco*: non è certo una novità, infatti – e la giurisprudenza che la Corte richiama lo dimostra – che tale principio sia garantito nell'ordinamento dell'Unione per il tramite della Carta e già lo fosse, prima che essa acquisisse con Lisbona valore vincolante, in quanto principio generale di diritto. La Corte, quindi, facendo leva su due incisi della pronuncia *Taricco*³⁷, ammette che il giudice nazionale (cui si rimette la verifica in ultima battuta) possa non disapplicare la normativa interna (pur incompatibile con l'art. 325 TrFUE) laddove ciò implichi una violazione del principio di legalità, sotto il profilo tanto dell'irretroattività quanto della determinatezza (del regime di prescrizione applicabile a seguito della disapplicazione), che nell'ordinamento italiano copre anche il regime della prescrizione³⁸. Si assiste sì, dunque, ad un diverso bilanciamento tra interesse sotteso all'art. 325 TrFUE (ovvero tutela degli interessi finanziari dell'Unione) e principio di legalità, sulla base di un ragionamento impostato ad un funzionalismo invertito rispetto a quello che ha guidato la decisione in *Taricco*, ma senza alcuna rinuncia al primato, dal momento che ciò che il giudice nazionale è legittimato ad “applicare” è il principio di legalità quale assicurato anche dall'art. 49 Carta e quindi, sempre e comunque, da una norma (primaria) di diritto dell'Unione³⁹.

2. L'intervento della Corte costituzionale a valle della rilettura operata dalla Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.* della regola *Taricco*, *rectius* della sua efficacia nell'ordinamento italiano, è tutt'altro che dialogico, nonostante, come si vedrà, alcune dichiarazioni di formale (e quindi solo apparente) apertura a Lussemburgo. L'attitudine oppositiva e non cooperativa

³⁷ Contenuti nei più volte menzionati punti 53 e 55.

³⁸ V. punti 59-61, dove si afferma «59. [...] spetta al giudice nazionale verificare se la condizione [...] secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di *incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile*, incertezza che *contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile*. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale *non sarebbe tenuto a disapplicare* le disposizioni del codice penale in questione. 60. [Altresì, i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene, che si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA] ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco*, il giudice nazionale disapplichì le disposizioni del codice penale in questione. Infatti, la Corte ha già sottolineato, al punto 53 di tale sentenza, che a dette persone potrebbero, *a causa della disapplicazione* di queste disposizioni, essere inflitte sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. *Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assoggettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*. 61. *Se il giudice nazionale dovesse quindi essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo*, e ciò *neppure* qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione» (corsivi aggiunti). Si noti che la Corte, sempre al punto 61, come già ai punti 41 e 42 della sentenza, ribadisce l'obbligo del legislatore nazionale di intervenire per assicurare il rispetto dell'art. 325 TrFUE e della regola *Taricco*.

³⁹ Parla in proposito di “soluzione interna all'ordinamento UE” L.S. Rossi, *Come risolvere la “questione Taricco” ... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in www.sidiblog.org/, 17.5.2017.

della Consulta già si nota nel linguaggio impiegato nella sent. n. 115/2018⁴⁰, scomparendo qualsiasi riferimento alle tradizioni costituzionali comuni (richiamate invece nell'ord. n. 24/2017, oltre che dalla Corte di giustizia nella sentenza del 5.12.2017) e tutto il ragionamento essendo invece incentrato sull'affermazione dell'identità costituzionale (espressamente menzionata ai punti 5 e 11), che si manifesta nella primazia della legge penale di produzione legislativa. A fronte di quella che è stata ritenuta un'appropriazione indebita di competenza penale "diretta" da parte della Corte di giustizia in *Taricco*⁴¹ in violazione (in buona sostanza) del principio di separazione dei poteri, e nonostante gli "aggiustamenti" in *M.A.S. e M.B.*, la Consulta reagisce in modo *tranchante*, sottolineando ripetutamente (e in modo quasi ridondante) che soltanto il legislatore può elaborare il precetto penale per assicurare la prevedibilità del regime di punibilità (ivi compresa, ovviamente, la disciplina della prescrizione) di qualsiasi reato, con tanta e tale veemenza che le affermazioni del giudice delle leggi sembrano celare (neanche troppo velatamente) un riferimento a quello che era rimasto il convitato di pietra dell'ord. n. 24/2017⁴², ovvero la riserva (assoluta?) di legge (nazionale)⁴³.

⁴⁰ Su tale sentenza v., in particolare, i contributi di D. Gallo, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, M. Caianiello, *Quel che resta del dialogo*, V. Manes, *Taricco, finale di partita*, in *Primato del diritto dell'Unione europea*, a cura di C. Amalfitano, cit., rispettivamente 377 ss., 391 ss., 407 ss.; nonché C. Cupelli, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.6.2018; C. Amalfitano, O. Pollicino, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in www.diritticomparati.it/, 5.6.2018; P. Faraguna, *Roma locuta, Taricco finita*, *ibidem*, 5.6.2018; M. Donini, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.7.2018; A. Ruggeri, *Taricco, amaro finale di partita*, in www.giurcost.org/, 3.9.2018; F. Ferraro, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in www.federalismi.it/, 26.9.2018; P. Insolera, "La libertà non trova rifugio in una giurisprudenza del dubbio": *rivincita della legalità nell'epilogo della Saga Taricco?*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2018; Fe. Mazzacuva, *L'epilogo della "saga Taricco": spunti per una breve riflessione sulla legalità penale*, in *IP*, 2018, 651 ss.; G. Piccirilli, *The 'Taricco saga': the Italian Constitutional Court continues its European journey*, in corso di pubblicazione in *Eur. Const. Law Rev.*, 2018; G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti*, cit.; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta della sentenza n. 269/2017 e della saga Taricco*, in corso di pubblicazione in *Rivista AIC*, 2019.

⁴¹ G. Riccardi, *La Corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga Taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.5.2018 (nonché in *Primato del diritto dell'Unione*, a cura di C. Amalfitano, cit., 319 ss.).

⁴² Sul rischio che la Corte costituzionale ricorresse alla riserva di legge nella soluzione della questione di costituzionalità a valle della seconda pronuncia di Lussemburgo, pur senza avervi fatto richiamo esplicito nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale v. in particolare F. Viganò, *Le parole e i silenzi*, cit., 484 ss. Sul punto v. anche Id., *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale*, cit., 1302 ss.

⁴³ V., in particolare, i punti 11 e 12 della sent. n. 115/2018, dove si afferma che rispetto al «11. [...] diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che

La Corte costituzionale, a ben vedere, avrebbe potuto limitarsi a dichiarare inammissibili per difetto di rilevanza le questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di cassazione, concernendo i processi pendenti dinanzi ai giudici *a quibus* reati commessi prima della sentenza dell'8.9.2015, rispetto ai quali già la Corte di giustizia aveva sostanzialmente chiarito (al punto 60 della sentenza *M.A.S. e M.B.*) la non operatività della regola *Taricco*. Tuttavia, una pronuncia che dichiarasse prive di rilevanza le questioni di costituzionalità, e che riconoscesse dunque, sulla base della sola sentenza *M.A.S. e M.B.* l'avvenuta prescrizione, implicherebbe comunque l'applicazione della regola *Taricco*, sia pur individuandone i limiti temporali⁴⁴. Diversamente, per la Corte costituzionale tale regola non può mai trovare applicazione, a prescindere dalla collocazione temporale dei fatti (prima o dopo l'8.9.2015), perché essa confligge con il principio di determinatezza consacrato nell'art. 25 co. 2 Cost.⁴⁵. Ciò comporta che le questioni debbano considerarsi non fondate, la violazione di siffatto principio *sbarrando la strada senza eccezioni all'ingresso* della regola *Taricco* nel nostro ordinamento⁴⁶.

Con una pronuncia che ha efficacia sostanzialmente *erga omnes* la Consulta evita così che la valutazione circa la determinatezza della regola *Taricco* sia rimessa alla verifica discrezionale dei singoli giudici, con il rischio di valutazioni differenti e conseguenti disparità di trattamento. Questi ultimi infatti, specie alla luce delle indicazioni formulate dalla Cassazione sulla nozione di "numero considerevole di frodi gravi"⁴⁷, avrebbero potuto

un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. [...] *quand'anche la "regola Taricco" potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a «colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»* (sentenza n. 327 del 2008). 12. – *È persino intuitivo* (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza *Taricco*, pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, *non potesse* (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) *immaginare* che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. *Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche»* (sentenza n. 364 del 1988), *resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988)» (corsivi aggiunti).

⁴⁴ Come accaduto, ad esempio, nella sentenza della Corte di cassazione, sez. II, 2.3.2018, n. 9494, est. Rago, dove si afferma che «*ai reati tributari commessi antecedentemente alla sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea pronunciata il 08/09/2015 in causa C-105/14, T., continua ad applicarsi integralmente la normativa sulla prescrizione, non potendo il giudice nazionale disapplicarla stante il divieto di irretroattività, ai sensi dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, così come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) con sentenza del 05/12/2017, in causa C-42/17*» (corsivi aggiunti).

⁴⁵ V. sent. n. 115/218, punto 10.

⁴⁶ *Ibidem*, punti 9 e 14. Sulla scelta della Consulta di pronunciarsi per l'infondatezza anziché per l'irrilevanza v. in particolare A. Ruggeri, *Taricco, amaro finale di partita*, cit.

⁴⁷ V., ad esempio, Cass. pen., sez. III, sent. 14.3.2017, n. 12160, est. Andreatta; sez. III, sent. 22.6.2017, n. 31265, est. Molino.

giungere a conclusioni diverse da quelle elaborate dalla Consulta e, dunque, in taluni casi anche eventualmente applicare la regola tanto contestata (ovviamente rispetto a reati commessi successivamente alla sentenza dell'8.9.2015) e, di conseguenza, disapplicare la normativa nazionale controversa. Del resto, non sarebbe né il primo né l'ultimo caso in cui si lascia al giudice un ampio margine di discrezionalità circa l'operatività di certe previsioni normative e dei regimi da esse disciplinati⁴⁸. E di recente, la stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 43/2018, seppur a fronte della prevedibilità normativa del doppio binario sanzionatorio, rimette alla «discrezionalità giudiziaria» (sulla base di un giudizio casistico che tanto ricorda quello richiesto dalla regola *Taricco*) la verifica della sussistenza della «stretta connessione materiale e temporale dei procedimenti» (criterio fissato dalla Corte di Strasburgo, nella sentenza *A e B c. Norvegia*⁴⁹, che viene di fatto rappresentata quale *ius superveniens*), in presenza della quale il menzionato regime può non ritenersi in contrasto con il principio del *ne bis in idem*⁵⁰.

Il giudice delle leggi vuole evitare qualsivoglia (ulteriore) «distrazione del sistema»⁵¹ e, per le ragioni su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo, effettua in via esclusiva la valutazione della determinatezza della regola *Taricco* e dello stesso art. 325 TrFUE. Altresì, nel procedere in tale direzione, esso dimostra come il dialogo con la Corte di giustizia sia del tutto apparente. La Consulta, infatti, come già e più diffusamente aveva fatto ai punti 6 e 8 dell'ord. n. 24/2017, dichiara che resta ferma la competenza della «sola Corte di giustizia [ad] interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e [a] specificare se esso abbia effetto diretto»⁵². Tuttavia, essa afferma con forza che è «evidente il deficit di determinatezza che caratterizza, sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE [...], sia la «regola Taricco» in sé» e che si tratta di deficit irrimediabile, che non può essere colmato neppure «grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale», che è inidoneo a sopperire all'originaria carenza di precisione del precetto penale⁵³. Per tale via, la Consulta giunge nella sostanza a negare l'effetto diretto (di cui la «determinatezza» rappresenta il «nocciolo duro») dell'art. 325 TrFUE. E benché si possa concordare sul fatto che tale disposizione manchi dei

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all'art. 168-*quater* c.p., secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata in caso di *grave e reiterata* trasgressione al programma di trattamento. *Amplius*, sul tema, v. M. Caianiello, *Quel che resta del dialogo*, cit., 402 ss.

⁴⁹ C. eur. GC, sent. 15.11.2016, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11. Ivi la Corte EDU richiede che, sulla base del criterio menzionato nel testo, i due procedimenti possano considerarsi nella sostanza come preordinati ad una risposta punitiva prevedibile e non sproporzionata, avendo riguardo al *quantum* di pena complessivamente irrogato.

⁵⁰ V. in particolare i punti 7 e 8 della sent. n. 43/2018. Giustamente critico sulla distonia tra le affermazioni della Corte costituzionale nella sentenza in parola e quelle di cui alla sent. n. 115/2018 v. Fe. Mazzacava, *L'epilogo della «saga Taricco»*, cit., 668 s.

⁵¹ Rappresentata ad esempio, nella prospettiva della Corte costituzionale, dalla prima applicazione della regola *Taricco* da parte di Cass. pen., sez. III, sent. 17.9.2015, n. 2210 (dep. 26.1.2016), est. Scarcella, o dalla testé richiamata sent. n. 9494/2018. Senz'altro, una distrazione del sistema – in prospettiva più ampia e sulla base di quanto si dirà nel prosieguo e alla luce dell'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269/2017, è considerata dalla Consulta anche l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del giudice di Cuneo (Ufficio GUP, ord. 17.1.2014, est. Boetti) che ha dato origine all'intera saga *Taricco*.

⁵² V. sent. n. 115/2018, punto 12.

⁵³ *Ibidem*, punto 11.

caratteri di chiarezza, precisione e incondizionatezza che la Corte di giustizia le ha riconosciuto in *Taricco* (punto 51) e confermato in *M.A.S. e M.B.* (punto 38), non può non rilevarsi come il giudice delle leggi si appropri in tal modo surrettiziamente di un ruolo che non gli spetta, sostituendosi alla Corte di giustizia (forse – chissà – per “restituire” l’invasione di campo rispetto al ruolo del legislatore che è stato addebitato a quest’ultima, come detto, nella sentenza *Taricco*).

Ancora, non può non notarsi come la Corte di giustizia si sia riferita, al punto 59 della sentenza *M.A.S. e M.B.* (e con riguardo al solo art. 325 § 1 TrFUE) alla indeterminatezza del regime di prescrizione applicabile a seguito della disapplicazione del regime nazionale controverso di prescrizione, mentre la Consulta fa riferimento ad una indeterminatezza “a monte”, quella della base legale (dell’obbligo di disapplicazione), ritenendo, come visto, irrimediabilmente indeterminati tanto l’art. 325 §§ 1 e 2 TrFUE, quanto la regola *Taricco*. Vero è che già nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale, si è sostenuta l’inammissibile applicazione della regola *Taricco* in assenza di una base legale sufficientemente determinata. Nella sent. n. 115/2018, tuttavia, si evidenzia in modo più stringente che nell’ord. n. 24/2017 che la regola *Taricco* e ancor prima l’art. 325 TrFUE non possono considerarsi una base legale che soddisfa tale caratteristica. Così, anche con riguardo alla indeterminatezza dell’art. 325 § 2 TrFUE, alla luce dei silenzi della Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.* si sarebbe anche potuto sostenere che essa non si riscontra perché la disapplicazione della normativa nazionale controversa implica la sostanziale imprescrittibilità dei reati rilevanti (a seguito di applicazione del regime operativo per i corrispondenti reati lesivi di interessi finanziari nazionali⁵⁴): purché la nuova regola sia conoscibile (ovvero la si applichi nel rispetto del principio di irretroattività *in malam partem*), non dovrebbe aversi violazione del principio di legalità. Diversamente, e del resto coerentemente con la prima parte del suo ragionamento, la Consulta esclude siffatta soluzione ermeneutica: essa chiaramente afferma che «anche se il principio di assimilazione non desse luogo sostanzialmente a un procedimento analogico in *malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un’attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, essa, comunque sia, non troverebbe una base legale sufficientemente determinata nell’art. 325 TrFUE, dal quale una persona non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, desumere autonomamente i contorni della “regola *Taricco*”»⁵⁵.

In un primo commento alla sentenza in esame, si era sostenuto che fosse eccessivo parlare di controlimiti «accertati ma non azionati»⁵⁶, specie a fronte della circostanza che la Consulta, per sbarrare l’ingresso senza eccezioni alla regola *Taricco* nel nostro ordinamento, richiama non solo la nostra Costituzione, ma anche il diritto dell’Unione e l’interpretazione che dell’art. 49 Carta dei diritti fondamentali la Corte di giustizia ha dato in *M.A.S. e M.B.*, che vengono

⁵⁴ V. E. Lupo, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *DPenCont*, 2017, 109 ss., spec. 115 ss., secondo cui una violazione del requisito della determinatezza si avrebbe solo se fosse indeterminata la norma interna presa a comparazione. Il riferimento è, come noto, ai reati di associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di IVA cui – come già evidenziò la Commissione in *Taricco* (v. punto 48 di tale sentenza) – potrebbe applicarsi la disciplina prevista per i reati di cui all’art. 51 co. 3-bis e co. 3-quater c.p.p. (associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco). In senso critico su tale impostazione, ritenendo che si tratterebbe di applicazione analogica *in malam partem*, v., ad esempio, P. Insolera, *Politica e diritto penale europei*, cit., nota 74.

⁵⁵ V. sent. n. 115/2018, punto 13.

⁵⁶ C. Amalfitano, O. Pollicino, *Jusqu’ici tout va bien...*, cit.

dunque utilizzati per dare “copertura” alla soluzione accolta⁵⁷. Tuttavia, una lettura più approfondita della pronuncia fa propendere per la tesi di una sostanziale *attivazione del controlimite* da parte del giudice delle leggi: vero è che non si dichiara l’incostituzionalità della legge di ratifica ed esecuzione del trattato di Lisbona che ha apportato modifiche all’art. 325 TrFUE e nella parte in cui ne ha consentito l’entrata nel nostro ordinamento, in uno con l’interpretazione che poi di tale disposizione è stata data dalla Corte di giustizia, ma di fatto si impedisce sempre e comunque alla regola *Taricco* di trovare applicazione nel nostro ordinamento, con effetti sostanzialmente equivalenti a quelli che discenderebbero dall’operatività del controlimite⁵⁸.

Siffatto divieto inderogabile di operatività della regola *Taricco* obbliga i giudici comuni a continuare a dare applicazione al regime di prescrizione vigente all’epoca della commissione dei fatti che sono chiamati ad accertare (anche laddove esso non sia idoneo ad assicurare l’effettività della loro repressione: ma spetta al legislatore nazionale intervenire, come chiarito dalla Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.*, e anche se la Consulta non è tornata sul punto, che aveva invece trattato nell’ord. n. 24/27107). Una volta maturata, dunque, la prescrizione deve essere dichiarata.

Un problema avrebbe potuto porsi per le ipotesi in cui – in applicazione della regola *Taricco* – il regime interno di prescrizione sia stato disapplicato ed il processo sia continuato, concludendosi con una condanna degli imputati. Una soluzione a siffatta situazione è stata elaborata dalla Corte di cassazione già nelle more del deposito della pronuncia in esame, alla luce della pubblicazione del solo comunicato stampa della Corte costituzionale nell’immediatezza dell’udienza (tenutasi il 10.4.2018). Infatti, nella sent. n. 17401/2018⁵⁹ la Corte Suprema afferma che «*il dictum della Corte di Lussemburgo di cui alla sentenza del dicembre scorso, in base al quale l’interpretazione dell’art. 325 TFUE fatta propria dalla CGUE nella [...] sentenza Taricco si applica ai soli reati commessi in epoca successiva alla data di emissione di quest’ultima pronuncia, non può che riverberare i suoi effetti anche nel caso di che trattasi, non dissimilmente da quanto avverrebbe nel caso di pronuncia della stessa Corte di Lussemburgo che si presentasse incompatibile con una norma incriminatrice nazionale; ed ha perciò forza e valore tali da impedire che scenda il giudicato sulle statuizioni strettamente connesse a una difforme interpretazione del diritto dell’Unione, come quelle relative - nel caso che ne occupa - all’applicabilità o meno della disciplina nazionale in materia di prescrizione a reati in materia di IVA commessi in epoca precedente alla [...] sentenza Taricco*»⁶⁰. Statuendo nel senso della non formazione del giudicato nei casi di disapplicazione del regime controverso di prescrizione, la Cassazione riconosce efficacia sostanzialmente normativa alla sentenza *M.A.S. e M.B.*, considerandola *ius superveniens* produttivo di effetti *in bonam partem*

⁵⁷ V. sent. n. 115/2018, punti 7 e 14.

⁵⁸ Nel senso che si tratta di sostanziale applicazione del controlimite v., ad esempio, A. Ruggeri, *Taricco, amaro finale di partita*, cit.; G. Piccirilli, *The ‘Taricco saga’*, cit.; G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti*, cit., § 6; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE*, cit., § 4.

⁵⁹ V. Cass. pen., sez. IV, sent. 18.4.2018, n. 17401, est. Pavich, su cui v. C. Cupelli, *Aspettando (di nuovo) la Corte costituzionale... sul caso Taricco ritorna la Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27.4.2018. Si noti che la soluzione accolta dalla Cassazione era già stata sostanzialmente profilata da F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale*, cit., 1300, che prospettava una revoca in sede esecutiva delle sentenze emesse in attuazione della regola *Taricco* e divenute illegittime a seguito della pronuncia *M.A.S. e M.B.*

⁶⁰ *Ibidem*, punto 11.

e, come tali, da esplicitarsi retroattivamente e, quindi, anche rispetto a situazioni già decise⁶¹. Come già verificatosi a valle della pronuncia *El Dridi*⁶², la giurisprudenza europea sopravvenuta viene assimilata a una sorta di *abolitio criminis*, ricordando la Cassazione che l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di giustizia si estende anche *ultra partes* nei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giurisdizionali degli Stati membri⁶³.

Anche la nostra Corte costituzionale, già nel 1985 e poi nel 1989, ha riconosciuto che «qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di *sentenza dichiarativa* del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come *interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato* con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Pertanto, le *sentenze interpretative della Corte di giustizia sono parificate, quanto agli effetti, alla normativa comunitaria* e quindi, come questa, trovano applicazione nel nostro territorio»⁶⁴. Certamente, all'epoca, – così come, più di recente, ad esempio, nella sent. n. 284/2007, dove si ribadisce che le statuizioni del giudice di Lussemburgo, al pari delle norme comunitarie cui ineriscono, hanno operatività immediata negli ordinamenti nazionali – la Consulta non si riferiva a pronunce concernenti la normativa penale o che comunque potessero impattare sul diritto penale e processuale penale degli Stati membri, con conseguenze (anche) negative per gli indagati/imputati (come avvenuto nella saga *Taricco*). Altresì, non si può non cogliere che l'assimilazione della sentenza alla legge ad opera della Cassazione nella pronuncia da ultimo richiamata avviene (invece) rispetto ad una sentenza produttiva di effetti favorevoli per il reo.

Tuttavia, per un comunitarista il diritto oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e le conseguenze (positive o negative per i “destinatari”) delle sue pronunce non cambiano (*rectius*, non dovrebbero cambiare) l'approccio metodologico e la valutazione della portata e degli effetti da riconoscere alle sentenze del giudice del Kirchberg.

Per quanto sia almeno in parte comprensibile che i costituzionalisti e, ancor più, i penalisti (che già a fatica hanno acconsentito ad una cessione di sovranità in materia penale a favore del legislatore dell'Unione) siano restii ad accettare che anche le sentenze della Corte di Lussemburgo siano considerate fonte al pari della legge – specie, evidentemente, se l'interpretazione (come nel caso *Taricco*) produce conseguenze *in malam partem*⁶⁵ – una riflessione approfondita sul punto è auspicabile⁶⁶. Ciò non solo in considerazione del fatto che

⁶¹ Sempre al punto 11 della sentenza in esame la Cassazione afferma che va perciò constatata, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 609 co. 2 c.p.p., l'incompatibilità delle statuizioni della giurisprudenza nazionale che, sulla base della sentenza *Taricco*, avevano disapplicato le disposizioni nazionali controverse rispetto a reati di frode fiscale commessi prima dell'8.9.2015.

⁶² V. sent. 28.4.2011, causa C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268.

⁶³ V. sent. n. 17401/2018, punti 8 e 9.

⁶⁴ V. sent. n. 113/1985 (corsivi aggiunti), dove è stata sancita l'immediata applicabilità delle statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'allora art. 177 TrCEE (oggi art. 267 TrFUE). Analoga efficacia è stata riconosciuta, con sent. n. 389 del 1989, anche alle norme comunitarie come interpretate in pronunce rese dalla medesima Corte in sede contenziosa ai sensi dell'allora art. 169 TrCEE (oggi art. 258 TrFUE).

⁶⁵ Afferma che il potenziale dirompente della sent. n. 115/2018, pur non trascurabile, sarebbe attenuato se l'impostazione ivi abbracciata dalla Consulta valesse solo a fronte delle esigenze di democratizzazione insite nel diritto penale D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE*, cit., § 4, in fine.

⁶⁶ Per alcune recenti riflessioni sul ripensamento della nozione di “legge” proprio a valle della saga *Taricco* v., ad esempio, F. Ferraro, *Il conflitto reale e il dialogo apparente*, cit. Su tale nozione in base alla giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo v., da ultimo, P. Mori, *Il principio di legalità e il*

anche la nostra Corte costituzionale in alcuni casi sembra essersi pronunciata *in malam partem*⁶⁷, ma anche alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (richiamate da ultimo anche dalla Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.*) che accolgono una nozione materiale di "legge" e ammettono che la giurisprudenza possa completare la previsione normativa e diventare un tutt'uno con essa, purché si tratti di giurisprudenza chiara e consolidata e, dunque, il precetto (anche) penale applicabile sia prevedibile ai consociati⁶⁸.

Certo, sarebbe altresì opportuno che la Corte di giustizia restasse ancorata alla propria giurisprudenza tradizionale per cui in materia penale l'effetto diretto è tendenzialmente favorevole per i singoli e pertanto la disapplicazione dovrebbe potersi avere – a fronte di direttive, ma anche di norme primarie – solo *in bonam partem*. Del resto, se tale Corte svolge correttamente il proprio ruolo di propulsore del processo di integrazione a tutela dei singoli, con un più attento bilanciamento degli interessi in gioco, come ha dimostrato di saper fare in *M.A.S. e M.B.*, dovrebbero potersi evitare (o comunque ridurre) reazioni come quella della nostra Corte costituzionale, che a fronte di un atteggiamento di *self-restraint* del giudice di Lussemburgo, ha finito, come visto, per appropriarsi indebitamente di sfere di competenze che non le spettano⁷⁰.

3. L'approccio che la Corte costituzionale fa proprio nella sent. n. 115/2018 ricorda assai da vicino quello da essa seguito nella sent. n. 269/2017, *rectius* nel suo famoso *obiter dictum* di

ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee, in *DUE*, 2018, 97 ss.

⁶⁷ V., ad esempio, sentenze n. 394/2006, n. 28/2010, n. 5/2014, n. 32/2014.

⁶⁸ V., ad esempio, sentenze 22.11.1995 ricorso 20166/92, *S.W. c. Regno Unito*, § 36; 15.11.1996, ricorso n. 17862/91, *Cantoni c. Francia*, § 29; 14.4.2015, ricorso n. 66655/13, *Contrada c. Italia* (n. 3), § 60; 28.6.2018, ricorsi nn. 1828/06, 34163/07, 19029/11, *GIEM e a. c. Italia*, § 242. Proprio in questa prospettiva non si può escludere che sarebbe stato diverso (come si è detto nel § 1) – o avrebbe dovuto essere diverso – l'approccio della Consulta rispetto alla saga *Taricco* se la Corte di giustizia avesse limitato nel tempo gli effetti della sua pronuncia dell'8.9.2015, dichiarando che la regola ivi delineata operasse solo rispetto ai reati commessi dopo tale data. A ben vedere, una limitazione degli effetti nel tempo della sentenza *Taricco* si ha con la sentenza *M.A.S. e M.B.* nella misura in cui si dichiara la non operatività della regola *Taricco* se essa viola il principio di irretroattività (peraltro in deroga alla giurisprudenza tradizionale della Corte di giustizia per cui una sentenza pregiudiziale non può limitare nel tempo gli effetti di una precedente pronuncia). Per assicurare una maggior prevedibilità della regola *Taricco*, la limitazione degli effetti nel tempo si sarebbe dovuta avere rispetto alla sentenza del 5.12.2017, statuendo cioè la Corte che soltanto per i reati commessi dopo la sua emanazione avrebbe potuto disapplicarsi la normativa nazionale contrastante, sempre ovviamente al verificarsi delle condizioni fissate in *Taricco*.

⁶⁹ L'opportunità di una riflessione sul possibile conferimento alla giurisprudenza del valore di "legge", purché si tratti di giurisprudenza, come visto, consolidata e pertanto prevedibile, potrebbe derivare anche dalla recente questione rimessa alle Sezioni Unite circa l'assimilabilità della "inosservanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato" alla "violazione manifesta di legge", seppur ai diversi fini della responsabilità del magistrato. Su tale questione, attualmente al vaglio, come detto, delle Sezioni Unite, v. E. Scoditti, *Responsabilità civile del magistrato per inosservanza di orientamento giurisprudenziale consolidato?*, in <http://questionegiustizia.it/>, 10.12.2018.

⁷⁰ Nello stesso senso v. D. Gallo, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 1.7.2018 (nonché in *Primato del diritto dell'Unione*, a cura di C. Amalfitano, cit.).

cui al punto 5.2 del considerato in diritto⁷¹, (i) con una serie di iniziali affermazioni di principio (quanto *in primis* al riparto di competenze tra Corte di giustizia e giudice delle leggi nella prospettiva della leale cooperazione) che paiono sconfessate dalle successive statuizioni sulla c.d. questione prioritaria di costituzionalità, nonché (ii) con una (anche in questo caso) sostanziale appropriazione indebita da parte della Consulta di competenze interpretative proprie della Corte di giustizia, o almeno il rischio di una siffatta “sostituzione di ruoli” (*infra*, § 4).

La *ratio* sottesa alle due pronunce, meglio alla sent. n. 115 e al menzionato *obiter dictum*, è sostanzialmente la stessa, quella di riservare alla Corte costituzionale il compito di assicurare in via esclusiva (o quanto meno prioritaria) la tutela dei principi supremi del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona. Ciò benché nel caso più recente una violazione di tali principi e diritti potesse configurarsi in concreto, mentre nella pronuncia n. 269 un problema di rilevanza del controlimite si ponesse solo in astratto, nel senso che le indicazioni della Consulta sono elaborate in via generale e, appunto, astratta, come *monito* per i giudici comuni quanto al comportamento da seguire (da allora in avanti) nel caso in cui «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione», *rectius*, nel caso in cui (come meglio la Consulta specifica nel prosieguo del ragionamento) “una disposizione di diritto nazionale infranga sia le garanzie (a tutela dei diritti della persona) costituzionali, sia quelle dettate dalla Carta”⁷². In questa prospettiva, si potrebbe

⁷¹ V. sentenza 14.12.2017 e, per tutto il ragionamento della Consulta, i punti 5.1-5.2, nonché il punto 5.3, dove si afferma che nel caso di specie (che si chiude con una pronuncia di inammissibilità) il giudice remittente avesse l’onere di deliberare sulla compatibilità della normativa nazionale con il diritto dell’Unione, non avendosi violazione di diritti fondamentali e non trasmodando il suo giudizio «in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità». Tra i numerosi commenti alla sent. n. 269/2017 v. A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 15.12.2017; L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, www.forumcostituzionale.it/wordpress/, 18.12.2017; R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *ibidem*, 28.12.2017; Id., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 16.2.2018; G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2958 ss.; C. Schepisi, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficacia diretta?*, in *DUE, Osservatorio europeo*, dicembre 2017; Id., *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in www.federalismi.it/, 21.11.2018; G. Scaccia, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/, 25.1.2018; Id., *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Rivista AIC*, 7.5.2018; P. Mengozzi, *Norme costituzionali e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: un’incomprensione temporanea tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, 675 ss.

⁷² Per tutti, nel senso che l’*obiter dictum* in esame costituisce un «chiaro richiamo all’ordine per i giudici comuni», così che essi, nei casi indicati, coinvolgano nel dialogo anche la Corte costituzionale, evitando che (come accade sempre più spesso) «la tutela giurisdizionale dei diritti [finisca per] esaurirsi [...] in un dialogo esclusivo tra giudice comune e giudice europeo, con il giudice costituzionale alla finestra» v. D. Tega, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/, 24.1.2018. V. anche le osservazioni in proposito già

sostenere che (l'atteggiamento dei giudici che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale portando alla redazione del) l'ord. n. 24/2017 e la successiva sent. n. 115/2018 altro non sono che una corretta "applicazione" dell'approccio delineato, quanto al rapporto tra giudice comune e Corte costituzionale, nell'*obiter dictum* della sent. n. 269. Benché, a dire il vero, nell'arrogarsi lo *ius primi verbi* sul rispetto delle garanzie costituzionali, la Consulta non specifichi di essere obbligata a interpellare la Corte di giustizia (come nei fatti avvenuto nella saga *Taricco* con l'ord. n. 24) ed essendo quindi possibile, almeno stando al tenore letterale della sua «precisazione», che essa abbia non soltanto la prima ma anche l'ultima (e sola) parola sulla portata e l'estensione del diritto fondamentale dell'individuo volta a volta rilevante (pur dotato di copertura anche "comunitaria"). E se così fosse, si assisterebbe, come accennato, ad un indebito sconfinamento del giudice delle leggi nella competenza interpretativa della Corte di giustizia, con il rischio di violazione della sua consolidata giurisprudenza quanto al meccanismo del rinvio pregiudiziale (v. *infra*, §§ 4 e 6).

Ma andiamo con ordine. La Consulta, dopo aver richiamato il precedente *Granital*⁷³, quale elaborato in "recepimento" della pronuncia *Simmenthal* della Corte di giustizia⁷⁴ – e dunque aver ribadito che in caso di contrasto tra norma interna e norma UE dotata di effetto diretto spetta al giudice comune disapplicare immediatamente la prima, mentre laddove il contrasto sia con una norma UE priva di tali caratteristiche, se esso non è ricomponibile in via interpretativa, il giudice comune non può che sollevare incidente di legittimità costituzionale – rileva (a) che il trattato di Lisbona ha apportato trasformazioni quanto al diritto dell'Unione e al sistema dei rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri, *in primis* attribuendo effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura [quelli] garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»; e (b) che tali trasformazioni impongono «una precisazione» con riguardo, in buona sostanza, al ruolo del giudice comune a fronte di una disposizione interna che, come detto, infranga diritti fondamentali dell'individuo assicurati, al contempo, dalla Costituzione e dalla Carta, e al conseguente ruolo del giudice delle leggi.

Ci si soffermerà nel prossimo paragrafo sulle trasformazioni del ruolo di tali giudici (comuni e costituzionale) che la Consulta ritiene imposte dai cambiamenti apportati a Lisbona, qui limitandoci a dubitare che siffatto trattato davvero apporti modifiche sostanziali ai rapporti tra ordinamenti e tra giudici in connessione al diverso valore giuridico riconosciuto alla Carta. Se è innegabile che, dopo Lisbona, si assiste a quello che è stato definito un effetto di «traboccamento» della Carta⁷⁵, ovvero di un suo richiamo ed una sua applicazione eccessiva da parte dei giudici comuni, anche al di fuori del suo ambito di operatività e nonostante i tentativi della stessa Consulta di ripetutamente specificare i confini della sua rilevanza⁷⁶, è altresì indiscutibile che la Carta codifica per lo più principi generali di diritto che già si imponevano in passato agli Stati membri per il tramite della giurisprudenza

svolte in C. Amalfitano, O. Pollicino, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia*, cit.

⁷³ V. sent. n. 170/1984. Come in parte già ricordato (*supra*, nota 64), la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la diretta efficacia innanzitutto ai regolamenti (sent. n. 170/1984), poi alle pronunce rese dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (sent. n. 113/1985) e di procedura di infrazione (sent. n. 389/1989) e, ancora, alle direttive dettagliate (sent. n. 64/1990).

⁷⁴ V. sent. 9.3.1978, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

⁷⁵ V. A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 6.10.2017.

⁷⁶ V., in particolare, la sent. n. 80/2011 e, più di recente, la sent. n. 63/2016.

della Corte di giustizia⁷⁷; e l'opera di catalogazione e consolidamento realizzata (peraltro già a Nizza) con la riproduzione in un testo scritto dei diritti fondamentali garantiti anche dall'ordinamento dell'Unione non sembra poter giustificare di per sé sola il cambiamento di impostazione prospettato dalla Consulta quanto all'ordine di priorità delle questioni pregiudiziale e costituzionale⁷⁸.

Forse, un cambiamento non solo formale ma anche sostanziale più radicale si potrebbe sostenere che discenda dal trattato di Lisbona quanto all'impatto del diritto dell'Unione sul diritto penale e processuale penale degli Stati membri (rispetto a cui si è sviluppata la saga *Taricco* che ha, se non interamente motivato, senz'altro contribuito a giustificare la formulazione dell'*obiter dictum* in esame). Non può tuttavia non notarsi come, almeno con riguardo al ravvicinamento delle legislazioni nazionali ex artt. 82 § 2 e 83 TrFUE, il legislatore dell'Unione può intervenire oggi solo con direttive che necessitano, al pari delle decisioni quadro, di recepimento negli ordinamenti nazionali, benché certo – diversamente da queste ultime – esse possono produrre effetti diretti nella misura in cui contengano disposizioni chiare, precise e incondizionate. Altresì, rispetto alle ipotesi in esame, il trattato dispone il possibile ricorso al c.d. freno di emergenza (e poi eventualmente alla c.d. clausola di accelerazione) qualora uno Stato membro, in fase di adozione della normativa rilevante ritenga che essa possa incidere «su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale»: si conferisce in tal modo allo Stato il potere di far valere in fase ascendente la propria specificità nazionale e quello di non vincolarsi all'atto (che potrà essere poi adottato con il meccanismo della cooperazione rafforzata) se in Consiglio europeo non si raggiunge un compromesso. Ancora non può tacersi il fatto che le modifiche apportate a Lisbona in ambito penale siano nel senso di una maggior democratizzazione del sistema UE (essendo gli atti in tale settore adottati sempre con l'intervento del Parlamento europeo, che invece nella vigenza del terzo pilastro aveva solo una funzione consultiva, e non essendo il suo parere indispensabile per l'adozione dell'atto da parte del Consiglio) e quindi, a ben vedere, dovrebbero rassicurare anche la Corte costituzionale quanto ad una maggiore e più effettiva garanzia dei diritti fondamentali⁷⁹.

⁷⁷ Sul ruolo della Corte di giustizia nell'accertamento dei diritti fondamentali e, dunque, nell'elaborazione dei principi generali ad essi relativi v., per tutti, F. Capotorti, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409 ss.; A. Arnulf, *The General Principles in EEC Law and the Individual*, Leicester 1990; A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss.; R. Savino, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 57 ss.; X. Groussot, *General Principles of Community Law*, Groningen, 2006; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*², Oxford 2006; K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *CMLR*, 2010, 1629 ss.

⁷⁸ Per le stesse ragioni ritiene non pienamente condivisibile l'insistenza nell'*obiter dictum* della novità in parola apportata a Lisbona R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 22 s.

⁷⁹ Si ricordi che per attuare il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali ex art. 82 § 1 TrFUE, così come per istituire la Procura europea ex art. 86 TrFUE, si (rispettivamente) possono e deve impiegare il regolamento. Anche in questi casi si prevede comunque l'intervento del Parlamento europeo, cui si riconosce un sostanziale potere di veto (anche se non partecipa formalmente alla definizione del contenuto dell'atto) qualora si ricorra alla procedura legislativa speciale ai sensi del citato art. 86.

A ben vedere, il vero cambiamento cui si è assistito, certo in misura più estesa a partire da Lisbona (ampliandosi il novero delle materie in cui sono adottabili atti produttivi di effetti diretti), ma in generale negli ultimi decenni, è l'aumento della normativa UE direttamente applicabile o, appunto, dotata di effetto diretto, con conseguente aumento dei casi di disapplicazione della normativa nazionale contrastante ad opera del giudice comune, previa eventuale pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, a fronte perciò di un dialogo sempre più stretto tra questi due giudici, anche laddove sono in gioco diritti fondamentali dell'individuo. Dialogo da cui la Corte costituzionale si è evidentemente sentita (ed è stata, come dimostrano i dati⁸⁰) sempre più estromessa, benché essa per prima vi si sia sottratta a lungo, negando di essere «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TrFUE sino, come noto, al 2013⁸¹.

Nel quadro normativo e "dialogico" da ultimo delineato va pertanto contestualizzata la «precisazione» quanto al ruolo del giudice comune e di quello delle leggi quando una norma interna viola i diritti protetti sia dalla Costituzione, sia dalla Carta; «precisazione» che trova giustificazione nella necessità di un intervento *erga omnes* della Consulta, «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». In questa prospettiva, è più che naturale, come anticipato, che nella sent. n. 115 – dove un problema di controlimiti si poneva – il giudice delle leggi abbia rivendicato siffatto controllo accentrato di costituzionalità, adottando una decisione che, come visto, ha efficacia sostanzialmente *erga omnes*, per evitare, come detto, distrazioni del sistema e il rischio di interpretazioni difformi del principio di legalità quale sancito nella nostra carta costituzionale⁸².

4. La Consulta, nell'avocare a sé il ruolo di interprete privilegiato dei diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, dichiara di rispettare il diritto dell'Unione e di agire «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico». Essa, però, al di là delle dichiarazioni di principio, prospetta un rapporto tra questione di costituzionalità e di compatibilità "comunitaria" che difficilmente sembra possa reggere al vaglio della Corte di giustizia (v. *infra*, in questo § e § 6)⁸³.

⁸⁰ Per alcuni dati sul calo dei giudizi incidentali di costituzionalità v. G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 4.

⁸¹ V. *supra*, nota 14. Nel senso che «pemane l'impressione che l'incursione effettuata dalla Consulta al punto 5.2. della sentenza [n. 269], più che imporre una pregiudiziale costituzionale, esprima il disagio nell'assistere al progressivo depauperamento del proprio ruolo costituzionale derivante, *per un verso*, dall'efficacia diretta del diritto dell'Unione, ivi incluse (alcune) disposizioni della Carta, e, per altro verso, dalla scelta di non essersi considerata giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE sino al 2008 (ord. n. 103) per i giudizi in via principale, e sino al 2013 (ord. n.207) per quelli incidentali» v. G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti*, cit., § 5.

⁸² V. sent. n. 115/2018, punto 8, dove si afferma appunto che «spetta [alla Consulta] in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona» e si evidenzia come «[a] tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto».

⁸³ Evidenzia la dubbia corrispondenza tra le dichiarazioni di forma e la sostanza del ragionamento della Consulta in particolare G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 7.

Problematico è altresì il passaggio dell'*obiter dictum* in cui la Consulta afferma che essa – investita della questione di costituzionalità nelle situazioni sopra menzionate – «giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito». Benché il giudice delle leggi richiami a sostegno di questa impostazione l'atteggiamento di altri corti costituzionali nazionali (in particolare quella austriaca), esso sembra appropriarsi, come anticipato, di un ruolo che non gli spetta⁸⁴, essendo piuttosto compito della Corte di giustizia interpretare il diritto dell'Unione e la Carta, anche alla luce delle tradizioni costituzionali comuni in virtù delle disposizioni teste menzionate⁸⁵. Ciò a meno di non ritenere, anche alla luce del richiamo al principio di leale cooperazione, che il giudice costituzionale intenda dire che, laddove la priorità sia data al parametro europeo, è d'obbligo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, così che sia essa ad esercitare le prerogative che le spettano, ma avvalendosi delle idonee delucidazioni in merito all'identità costituzionale fornite dalla Consulta nell'ordinanza di rinvio⁸⁶. Se questa è la lettura corretta delle intenzioni della Corte costituzionale, sarebbe stata oltremodo opportuna un'esplicita (o più esplicita) affermazione in tal senso, non essendo per nulla scontato che tale conclusione possa evincersi dal passaggio conclusivo di tutto il ragionamento della Consulta in cui, dopo aver delineato la priorità dell'incidente di costituzionalità, si afferma che è «fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni

⁸⁴ E in questa prospettiva le tradizioni costituzionali richiamate dalla Consulta paiono, di fatto, quelle italiane.

⁸⁵ Nel senso che con l'affermazione riportata nel testo la Consulta, come accaduto nella sent. n. 115/2018, si appropria di un ruolo che non le compete v., ad esempio, D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE*, cit., § 3. Come altri Autori (v., ad esempio, C. Schepisi, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017*, cit., 7) anche D. Gallo si interroga sul fatto che il potere del giudice delle leggi si estenda anche alla determinazione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, con una violazione (anche in tal caso, però) della "naturale" competenza della Corte di giustizia in proposito. Si noti qui soltanto che è vero che nella citata ord. n. 24/2017, al punto 6, la Corte costituzionale ha dichiarato che spetta alla Corte di giustizia definire l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Tuttavia, poiché nella sent. n. 115/2018 la Consulta si è di fatto sostituita alla Corte di Lussemburgo per stabilire quando una norma dell'Unione ha effetto diretto, non è peregrino immaginare che un'analogia sostituzione si potrebbe avere quanto alla delimitazione della sfera di operatività del diritto dell'Unione.

⁸⁶ Sull'opportunità delle delucidazioni fornite dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 24/2017 (a fronte dei silenzi del giudice di Cuneo) si è espressa anche la Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S. e M.B.*, ai punti 22-28. G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione*, cit., 7, suggerisce un'interpretazione dell'*obiter dictum* conciliante e coerente con gli obblighi "comunitari", prospettando una mera *evoluzione e non una rivoluzione* nei rapporti tra Corti e ordinamenti ed evidenziando come lo *ius primi verbi* di cui si investe la Consulta è finalizzato ad evitare di avere a disposizione solo l'arma brutale (il «confine esterno ed estremo») dei controlimiti e a consentire alla Consulta di spiegare alla Corte di giustizia in cosa consiste l'identità costituzionale, così che quest'ultima la impieghi come «essenziale coordinata ermeneutica delle disposizioni della CDFUE». Per una lettura sostanzialmente analoga dell'*obiter dictum*, affermandosi che «[e]videntemente i giudici del Palazzo della Consulta tengono al loro ruolo di *viva vox constitutionis* anche quando si tratta di illustrare all'Europa ciò che non solo dà struttura all'identità nazionale italiana, ma contribuisce a conformare gli stessi diritti fondamentali come principi generali di diritto», v. D. Tega, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali*, cit.

di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». Non è chiaro, infatti, se la salvezza del rinvio sia fissata in generale o rispetto alla questione di costituzionalità di cui sia investito in via prioritaria il giudice delle leggi; né, comunque, fare salvo il rinvio pregiudiziale significa per la Consulta vincolarsi a sollevarlo⁸⁷. Una più esplicita affermazione di quali obblighi incomberebbero in capo ad essa in casi siffatti non è detto che non si abbia (ed è anzi auspicabile che intervenga) nel chiarimento della «precisazione» che è stato richiesto, come noto, al giudice delle leggi dalla Corte di cassazione (v. *infra*, § 5).

La Consulta, invece, non specifica alcunché (non almeno in modo sufficientemente chiaro) quanto al suo rapporto con il giudice di Lussemburgo una volta che sia stata obbligatoriamente e prioritariamente investita della questione di legittimità costituzionale qualora una legge «sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta [...] in ambito di rilevanza comunitaria». E se è vero che, in chiusura del proprio ragionamento, essa dichiara (in modo peraltro, come testé ricordato, non inequivocabile) che resta salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TrFUE*, è altresì vero che, nel delineare quella che risulta un'inversione logica e cronologica⁸⁸ della c.d. doppia pregiudizialità⁸⁹, non è del tutto confacente il richiamo che essa fa, a sostegno di tale inversione, delle pronunce della Corte di giustizia nei casi *Melki e Abdeli* e *A. c. B. e altri*⁹⁰, in cui erano al vaglio di tale giudice la

⁸⁷ Benché non espressamente, forse suggerisce una lettura dell'*obiter dictum* nel senso se non del dovere quanto meno della possibilità per la Consulta di adire la Corte di giustizia, là dove afferma che il giudice delle leggi con la sent. n. 269/2017 si è voluto arrogare il diritto alla prima, ma non anche all'ultima parola, D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in <http://questionegiustizia.it/>, 12.3.2018.

⁸⁸ V. G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 1. A. Ruggeri, *Corte costituzionale, corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in www.giurcost.org/, 24.10.2018, 547 ss., spec. 561, afferma, al contrario, di «non vedere neppure un rigo nella 269 a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudizialità. Di contro, in essa si ribadisce che il giudice comune può in ogni tempo avvalersi dello strumento del rinvio: la novità sta, dunque, nel fatto che d'ora innanzi potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza; solo che, laddove dovesse rivolgersi al giudice dell'Unione dopo aver adito la Consulta, ad avviso di quest'ultima potrebbe – a quanto pare – farlo solo per profili diversi da quelli indicati nella questione di legittimità costituzionale» (su tale aspetto v. *infra*, nel testo).

⁸⁹ O, come meglio definita, della teoria delle c.d. pregiudizialità successive (v. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, 204), dal momento che, pur in astratto potendo profilarsi problemi di compatibilità tanto «comunitaria» quanto costituzionale (e quindi di «doppia», appunto, pregiudiziale), quest'ultimo problema potrebbe essere superato dalla risposta del giudice di Lussemburgo cui deve necessariamente ricorrersi in prima battuta e solo laddove residuasse il dubbio di costituzionalità dopo la risposta della Corte di giustizia sarebbe esperibile, come successiva ed eventuale, la questione di costituzionalità. Tra le sentenze della Corte costituzionale che affermano la doppia pregiudiziale v., ad esempio, n. 389/1990; n. 536/1995; n. 284/2007; e così che affermano la priorità della questione pregiudiziale a pena di *inammissibilità* della questione costituzionale v., per tutte, le sentenze n. 170/1984; n. 284/2007; n. 75/2012.

⁹⁰ V., rispettivamente, sent. 22.6.2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, su cui per tutti v. D. Sarmiento, *L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2010, 588 ss.; A. Pliakos, *Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne: la réaffirmation du principe de primauté*, in *CDE*, 2010, 487 ss.; e sent. 11.9.2014, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, su cui v. R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 4089 ss.; D. Paris, *Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2015, 389 ss.

questione prioritaria di costituzionalità quale concepita nel sistema rispettivamente francese e austriaco.

Testuale è, infatti, il richiamo di tali precedenti là dove si ricorda che la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione «non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi (i) di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria» e (ii) di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»⁹¹. Il richiamo dei precedenti risulta, invece, interpolato (a “uso e consumo” della Consulta, che pare voler evitare di essere sconfessata dalla Corte di giustizia o, peggio ancora, direttamente dal giudice comune) là dove si riporta la terza condizione che deve essere soddisfatta nel caso di questione prioritaria di costituzionalità, ovvero il fatto che i giudici restino liberi (iii) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione. L'inciso «per altri profili» non si rinviene, infatti, nelle due pronunce in parola e non trova conferma nella giurisprudenza del giudice del Kirchberg che ha ripetutamente affermato, anche di recente, che un rinvio pregiudiziale è ammissibile – e doveroso da parte del giudice di ultima istanza – anche per gli stessi profili sottoposti al vaglio di legittimità costituzionale⁹², e che in caso di difformità di soluzioni la decisione di Lussemburgo prevale su quella del giudice costituzionale nazionale⁹³.

Per ridimensionare l'inciso, in dottrina si è, ad esempio, sostenuto che esso deve essere interpretato nel senso che se la Consulta ritiene legittima la norma interna, non è ammissibile una immediata disapplicazione da parte del giudice comune, ma è necessario un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia perché sia essa a pronunciarsi sulla sostanziale incompatibilità della normativa rilevante con una previsione della Carta, così da assicurare che le due Corti – costituzionale e di giustizia – siano sentite, “congiuntamente” o alternativamente⁹⁴. La stessa dottrina rileva che il carattere prioritario della questione di costituzionalità, benché non neghi (come in effetti visto) il possibile rinvio pregiudiziale,

⁹¹ Come rilevato da R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, cit., 9, i giudizi dinanzi ai giudici di legittimità non conoscono meccanismi attivabili d'ufficio di natura cautelare. Pertanto, non potendo essere soddisfatta la condizione in esame, pare che la sola via per assicurare l'efficacia del diritto dell'Unione sia – in quei giudizi – quella (se evidentemente sussistono i requisiti) della disapplicazione (senza previa rimessione alla Consulta e, al più, previo rinvio pregiudiziale).

⁹² V., ad esempio, sentenze 4.6.2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, punti 29-38; 20.12.2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985, punti 21-26.

⁹³ V., ad esempio, sent. 19.11.2009, C-314/08, *Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719. C'è chi ha sostenuto, come appena ricordato (v. D. Tega, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali*, cit.) che la Consulta nel suo *obiter dictum* voglia affermare solo il suo diritto alla prima parola, ma non anche all'ultima: se così davvero fosse, e dunque un ipotetico contrasto tra una decisione della Corte di giustizia (a fronte di un rinvio pregiudiziale contestuale o successivo all'incidente di costituzionalità) e una sentenza della Corte costituzionale dovesse risolversi a vantaggio della prima, la giurisprudenza “comunitaria” da ultimo richiamata sarebbe rispettata. Ma siamo davvero sicuri che la Corte costituzionale accetterebbe la prevalenza di una pronuncia difforme del giudice di Lussemburgo e non azionerebbe, a quel punto, i controlimiti rispetto ad una pronuncia europea che non tiene conto delle specificità nazionali delineate dal giudice delle leggi?

⁹⁴ V. G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione*, 6.

anche successivo (si incorrerebbe altrimenti in un diniego di efficacia del diritto UE), rischia di comportare, nella prassi, che i giudici non di ultima istanza siano meno invogliati ad esperire il rinvio, risultando così la Corte di giustizia confinata ad ruolo meramente sussidiario ed eventuale di tutela dei diritti fondamentali⁹⁵. Non può poi ad ogni modo non notarsi, tra i tanti rilievi che potrebbero essere sviluppati, che se la prioritaria rimessione alla Consulta implica una pronuncia di illegittimità costituzionale, non è più possibile il rinvio pregiudiziale, poiché la norma interna che confliggeva con la previsione costituzionale a garanzia di un diritto fondamentale è stata eliminata⁹⁶. Se è vero che siffatta (pronuncia di) garanzia del diritto fondamentale potrebbe (*rectius*, dovrebbe) essere soddisfacente anche per il sistema dell'Unione, essa, almeno in teoria, potrebbe pregiudicare altri interessi generali dell'ordinamento sovranazionale (in linea di principio, "coperti" dall'art. 11 Cost. e perseguiti tramite la norma espunta dalla Consulta) che, in un giudizio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, avrebbero potuto essere ritenuti prevalenti in un'opera di bilanciamento con il diritto fondamentale rilevante.

Nell'*obiter dictum* in esame la Consulta pare proporre una rilettura, un aggiustamento, una specificazione (o delimitazione per certi versi, ed estensione per altri) della giurisprudenza *Granital*, elaborata, come ricordato, per allinearsi alle indicazioni della Corte di giustizia in *Simmenthal*⁹⁷: indicazioni che risultano ivi parzialmente disattese, in relazione alle ipotesi in cui, essendo in gioco un diritto fondamentale, potrebbe venire in rilievo un controlimite, come di fatto accaduto nella saga *Taricco*. Le violazioni di tali diritti postulano, come visto, la necessità di un intervento *erga omnes* del giudice delle leggi: ne deriva che il criterio distintivo per un sindacato diffuso o accentrato di costituzionalità non è più (solo), come in *Granital*, l'effetto diretto o meno della previsione di diritto dell'Unione, ma il suo contenuto, ovvero il fatto che essa sia o meno posta a presidio di un diritto fondamentale. In altre parole, in base all'*obiter dictum*, se sussiste un rischio di violazione di un diritto fondamentale occorre sempre investire *in primis* della questione la Corte costituzionale (ovvero anche se il conflitto è con una norma UE direttamente applicabile o dotata di effetto diretto), perché potrebbe rilevare un controlimite e, come anche ribadito in *Granital*, il giudice del controlimite è, e non può che essere, la Consulta⁹⁸.

Questo ampliamento dei casi in cui si deve ricorrere al giudice delle leggi implica però, evidentemente, una sottrazione di competenza al giudice comune (riducendosi la sfera di

⁹⁵ *Ibidem*, 7.

⁹⁶ Nel senso che, in caso di sentenza di accoglimento, non possono riattivarsi i poteri dei giudici comuni, che non condividano l'opinione della Consulta in punto di diritto dell'Unione, essendovi preclusione connessa al giudicato costituzionale *ex art. 136 Cost.*, v. R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 28. Analogamente v. A. Ruggeri, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in www.giurcost.org/, 23.2.2018.

⁹⁷ R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 25, parla di nuova lettura dell'art. 11 Cost. rispetto a quella data in *Granital*, nel senso che si inverte, «nei casi in cui viene in rilievo l'applicazione della Carta, il rapporto regola/ eccezione su cui quest'ultima [sentenza] si basava»; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE*, cit., presenta l'*obiter* di cui alla sent. n. 269/2017 come «*lex specialis* della logica *Simmenthal-Granital*».

⁹⁸ Per una soluzione analoga a quella prospettata nella sent. n. 269/2017, volta ad evitare – tramite un aggiornamento dei criteri di cui alla sentenza *Granital* – l'emarginazione della Consulta (e della Costituzione), e un effetto di *spill over* dell'uso della Carta da parte dei giudici comuni (anche al di fuori del suo ambito di applicazione) e ad assicurare una collaborazione più intensa e diretta tra Consulta e Corte di giustizia, v. A. Barbera, *La Carta dei diritti*, cit.

operatività del controllo diffuso di compatibilità “comunitaria” e della disapplicazione) e alla Corte di giustizia (cui pare possibile ricorrere, come detto, solamente in via sussidiaria ed eventuale)⁹⁹. E se la Consulta, con tale impostazione, mira ad anticipare la soglia di rilevanza e giustiziabilità del controlimita, il risultato cui si giunge è una violazione della giurisprudenza *Simmenthal*¹⁰⁰ e del ruolo che essa riconosce al giudice comune di disapplicare le norme nazionali contrastanti con il diritto UE che sia direttamente applicabile (o dotato di effetto diretto), senza che rilievo alcuno acquisisca il contenuto del diritto UE rilevante. Il dovere di rivolgersi in via preventiva alla Corte costituzionale non può, infatti, coesistere con *Simmenthal* se la questione prioritaria di costituzionalità finisce con l'impedire al giudice nazionale di ricorrere sempre e comunque al rinvio pregiudiziale e di dare sempre, comunque, applicazione al diritto dell'Unione direttamente applicabile o dotato di efficacia diretta, quale interpretato dalla Corte di giustizia¹⁰¹.

Prima di analizzare le prime reazioni dei giudici nazionali alla «precisazione» e di saggiarne la tenuta (se dovesse essere confermata) dinanzi alla Corte di giustizia, pare opportuno evidenziare ancora un aspetto problematico dell'*obiter dictum*, inerente all'estensione della competenza prioritaria della Corte costituzionale. Come rilevato in dottrina, risulta infatti poco chiaro dalle affermazioni della Consulta se il suo intervento sia indispensabile solo quando rileva l'interpretazione e applicazione di una norma della Carta che sancisca un diritto fondamentale o anche quando si tratti di un'altra norma di diritto primario (inclusi i principi generali di diritto) o derivato posta a salvaguardia di un diritto fondamentale o – forse meglio, anche alla luce di quanto *infra* al § 5, sulla sent. n. 269 come reazione alla vicenda *Taricco* – rispetto ad una situazione in cui l'esigenza di tutela di tali diritti venga comunque in rilievo, anche se il rinvio pregiudiziale, come in *Taricco*, ha ad oggetto una diversa norma dell'Unione¹⁰². Nonostante l'interpretazione più letterale della «precisazione» potrebbe far optare per l'obbligatorietà del previo ricorso alla Corte costituzionale solo quando si ha (il rischio di) una formale violazione della Carta, un intervento più esteso del giudice delle leggi sembra più coerente con la *ratio* sottesa alla

⁹⁹ Si ricordi, peraltro, che già, ad esempio, nella sent. n. 133/2016 la Consulta ha “rispolverato” «il sistema pre-Granital di controllo accentrato della “comunitarietà” delle leggi»: v. R. Mastroianni, *La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi “anticomunitarie”: il passo del gambero?*, in *DUE, Osservatorio europeo*, luglio 2016.

¹⁰⁰ Come confermata, più di recente e dopo le pronunce *Melki e Abdeli* e *A c. B. e altri*, ad esempio dalle sentenze 4.6.2015, causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, EU:C:2015:354, punti 29-38; e 24.10.2018, causa C-234/17, *XC e a.*, ECLI:EU:C:2018:853.

¹⁰¹ Così chiaramente G. Di Federico, *Identità nazionale e controlimiti*, cit., § 6.

¹⁰² V., per tutti, R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 30 s., secondo cui non è chiaro se l'inversione dell'ordine delle pregiudizialità riguardi solo i casi di sovrapposizione tra diritti garantiti dalla Carta e dalla Costituzione, ovvero possa estendersi: (i) al conflitto tra norme interne e diritti della Carta che non trovano corrispondenza in regole costituzionali; (ii) al conflitto tra norme interne e diritti fondamentali non contenuti nella Carta ma tutelati dall'ordinamento dell'Unione in quanto principi generali del diritto; (iii) al conflitto tra norme interne e libertà economiche fondamentali garantite dai trattati. Si noti che, a rigore, questa fattispecie era al vaglio del giudizio di rimessione nella sent. n. 269/2017, dove la Consulta si è pronunciata nel senso della inammissibilità della questione (v. *supra*, nota 71). Ma non può escludersi che anche in un'ipotesi siffatta venga in rilievo anche il rispetto della Carta. Nel senso che il coinvolgimento della Consulta dovrebbe aversi ogniquale volta si abbia antinomia tra norma interna e norma dell'Unione che sancisce principi e/o obiettivi (come accadeva, appunto, nel caso *Taricco*) e, quindi, non solo quando sia da interpretare una previsione della Carta v., per tutti, A. Barbera, *La Carta dei diritti*, cit.

«precisazione» e, dunque, con l'esigenza di una pronuncia *erga omnes* ogniqualvolta possa rilevare un controlimite; ciò benché, accogliendo tale lettura, si rischi una violazione più estesa e sistematica della giurisprudenza "comunitaria".

5. La «precisazione» contenuta nella sentenza risulta poco incoraggiante nella prospettiva del dialogo tra Corti, dopo lo sforzo dei giudici di Lussemburgo di accogliere le ragioni della Consulta in *M.A.S. e M.B.* Essa potrebbe intendersi come una reazione alla sentenza della Corte di giustizia nel citato caso *Melloni*, rivendicando di fatto il giudice delle leggi il potere di assicurare un livello di tutela dei diritti fondamentali più elevato di quello offerto dal giudice del Kirchberg. Altresì, l'*obiter dictum* pare finalizzato ad evitare situazioni "alla *Taricco*", dove un qualunque giudice comune, incapace di contestualizzare in modo appropriato la questione pregiudiziale (e rischiando di incorrere in quello che è stato definito un uso eversivo del rinvio pregiudiziale¹⁰³), consente alla Corte di giustizia di elaborare interpretazioni del diritto dell'Unione assolutamente non prevedibili e soluzioni inidonee a tutelare efficacemente i diritti fondamentali: come la stessa saga *Taricco* dimostra, quando poi alla Corte di giustizia si è rivolta la Consulta (non più emarginata dai giudici comuni), il rischio di violazione di tali diritti è venuto meno.

Certo non deve passare inosservato che la «precisazione» esaminata – forse peraltro interpretata in modo eccessivamente catastrofista nei primi commenti di dottrina¹⁰⁴, ma senz'altro emblematica di quello che si vorrebbe fosse il nuovo rapporto "triangolare" tra giudici comuni, Corte di giustizia e Corte costituzionale – è contenuta in un *obiter dictum*, cui non sembra riconoscibile un valore giuridico vincolante. La dottrina si è interrogata sulla sua portata¹⁰⁵, si è chiesta se essa vari a seconda che il problema di violazione di un diritto assicurato tanto dalla Costituzione quanto dalla Carta sorga dinanzi ad un qualsiasi giudice comune o, piuttosto, dinanzi ad un giudice di ultima istanza, e se occorra motivare la mancata previa rimessione alla Corte costituzionale (e, quindi, la decisione di non allinearsi all'*obiter dictum*) e, ancora, quali potrebbero essere le reazioni "interne" a fronte della mancata previa

¹⁰³ Pare esprimersi in questo senso, ad esempio, R. Bin, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea*, Relazione al seminario di Trento, 25.5.2018, in corso di pubblicazione in *Dir. pubb. comp. eur.*

¹⁰⁴ Per una lettura meno drastica e più conciliante della sent. n. 269/2017 quanto ai rapporti futuri della Consulta (anche) con la Corte di giustizia v., ad esempio, L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari*, cit.; D. Tega, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali*, cit.; L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it/, 31.1.2018; G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione*, cit., 7, che suggerisce, come detto (*supra*, nota 86) un'interpretazione dell'*obiter dictum* coerente con gli obblighi "comunitari", prospettando una mera *evoluzione e non una rivoluzione* nei rapporti tra Corti e ordinamenti.

¹⁰⁵ In particolare, secondo L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari*, cit., 3 ss., la «precisazione» della Consulta si impone ai giudici comuni sia per il rilievo formale che viene svolta in un autonomo paragrafo del Considerato in diritto – e volutamente forzando il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato – sia per la ragione sostanziale che essa «esprime un preciso principio che la Corte ha ritenuto di dovere enunciare, per orientare l'interpretazione dei giudici comuni», stabilendo nuove regole in ordine alla relazione fra ordinamento interno e "comunitario"; condivide questa lettura G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 12.

rimessione alla Consulta, con immediato rinvio pregiudiziale¹⁰⁶, e quali le reazioni “europee” in caso di rispetto dell'*obiter dictum* e non immediato esperimento del rinvio pregiudiziale¹⁰⁷.

In giurisprudenza, una prima reazione alla «precisazione» della Corte costituzionale si rinviene nell'ord. n. 3831/2018 della Cassazione¹⁰⁸: ivi, a fronte di un contrasto della normativa nazionale oggetto di applicazione (due disposizioni del d. lgs. n. 58/1998, c.d. T.U.F.) tanto con il parametro costituzionale quanto con quello della Carta¹⁰⁹, i giudici di Piazza Cavour hanno sì privilegiato l'incidente di costituzionalità, chiedendo però chiarimenti alla Consulta sulla portata dell'*obiter dictum*, *in primis* sul significato dell'inciso “altri profili” di cui si è detto (ovvero se il potere di disapplicazione sussista davvero soltanto rispetto a profili diversi da quelli che abbiano superato il vaglio di legittimità costituzionale o se possa estendersi ai medesimi aspetti già valutati dalla Consulta, ma che si ritengano in contrasto con la Carta¹¹⁰) e sulla possibilità per il giudice di ultima istanza di rinviare alla Corte di giustizia laddove il giudice delle leggi non rinvii e risolva la questione autonomamente (dichiarandola infondata), anche (eventualmente) alla luce della Carta¹¹¹. Essi, inoltre, suggeriscono i quesiti pregiudiziali che la Corte costituzionale dovrebbe porre al giudice di Lussemburgo, ritenendo senza esitazione alcuna che un intervento di tale giudice sarebbe opportuno data la natura delle questioni da risolvere¹¹².

In un diverso caso di “doppio” contrasto (a livello costituzionale ed “europeo”) della normativa nazionale con il principio di non discriminazione sulla base dell'età, sempre la Corte di cassazione¹¹³, anziché rimettere prioritariamente alla Consulta, ha rinviato alla Corte

¹⁰⁶ Per alcune possibili soluzioni/reazioni v. G. Scaccia, *L'inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., 13, che conclude nel senso che l'effettività della regola enunciata dalla Corte costituzionale è rimessa dunque, oltre che allo spontaneo adeguamento dei giudici comuni, al contegno che assumerà la Corte di giustizia.

¹⁰⁷ Per qualche accenno v., ad esempio, D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE*, cit., § 3.

¹⁰⁸ V. Il sez. civ., ord. 16.2.2018, n. 3831, *Bolognesi c. Consob*, su cui v., per tutti, R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi*, cit.; A. Ruggeri, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione*, cit.; D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit.

¹⁰⁹ Vengono in rilievo il diritto di difesa, *sub specie* divieto di autoincriminazione, il principio di proporzionalità delle pene e il diritto di proprietà e, rispettivamente, gli artt. 3, 24 e 42 Cost. e gli artt. 47, 49 e 17 Carta.

¹¹⁰ Si noti che la domanda sembra retorica (come evidenziato da L.S. Rossi, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in www.federalismi.it/, 1.8.2018, spec. 6), dal momento che la stessa Cassazione, nel porla, evidenzia come la limitazione ad altri profili sarebbe incompatibile con la citata sentenza *Global StarNet* della Corte di giustizia, secondo cui il giudice nazionale è sempre libero di effettuare rinvio pregiudiziale anche se la Corte Costituzionale si è pronunciata sugli stessi aspetti. L'A. ritiene altresì (p. 8) che l'ordinanza in esame costituisca «un atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza, alla Corte costituzionale».

¹¹¹ Si esprime nel senso che in capo a qualunque giudice, e non solo a quello di ultima istanza, dovrebbe residuare il potere di rinviare alla Corte di giustizia se ad essa non si sia rivolta la Corte costituzionale o quest'ultima abbia poi violato le indicazioni della prima, L.S. Rossi, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit., 14.

¹¹² Certo – come evidenzia D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit. – un eventuale rinvio pregiudiziale dalla Consulta alla Corte di giustizia potrebbe implicare un giudizio di quest'ultima sull'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269/2017. Questo eventuale controllo potrebbe disincentivare la Corte costituzionale dall'operare un rinvio, non prima di aver chiarito la portata dell'*obiter* stesso.

¹¹³ V. sez. lavoro, ord. 30.5.2018, n. 13678, est. Leone, su cui v., in particolare, A. Cosentino, *Il dialogo*

di giustizia, ricordando la portata non vincolante della «precisazione» e, sulla base di un percorso argomentativo ancorato all'esegesi "selettiva" dell'*obiter dictum*¹¹⁴, la possibilità (fatta salva, come visto, dalla sent. n. 269/2017) di disporre comunque il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TrFUE che, nella specie, rappresentava «lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»¹¹⁵.

Seguendo un ragionamento pressoché identico, sempre la sezione lavoro della Corte di cassazione ha recentissimamente esperito un nuovo rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 31 § 2 Carta (e dell'art. 7 § 2 della direttiva 2003/88) sul diritto alle ferie annuali retribuite (che trova tutela anche nell'art. 36 co. 3 Cost.), per accertare nella sostanza se esso debba maturare anche nel periodo intercorrente tra un licenziamento dichiarato illegittimo e l'ordine di reintegrazione giudizialmente disposto (che ripristina retroattivamente il rapporto lavorativo)¹¹⁶.

Analogamente, in un caso di violazione "doppia" del principio dell'effettività (ed equivalenza) della tutela giurisdizionale, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, senza tener conto delle indicazioni della sent. n. 269/2017 (che non viene neppure menzionata), è stato esperito dal Tribunale di Milano¹¹⁷.

Ancora, si rinvengono casi in cui, ottenuta la soluzione pregiudiziale del giudice di Lussemburgo (richiesta prima dell'emanazione della sent. n. 269/2017), la Cassazione ha deciso autonomamente la causa senza rimessione alla Consulta, (i) in un primo caso ritenendo non possibile, in tema di non discriminazione sulla base dell'età, una tutela più elevata in base alle nostre norme costituzionali di quella offerta dal diritto dell'Unione (rispetto a cui la Corte di giustizia ha sancito la compatibilità della normativa nazionale controversa)¹¹⁸; (ii) in un secondo caso, affermando che l'*obiter dictum* non ha portata obbligatoria per i giudici nazionali, essendo solo una «proposta metodologica» e che, comunque, la normativa nazionale rilevante può essere disapplicata (dalla Corte di appello, cui si rinvia) in quanto (ritenuta) contrastante (dalla Corte di giustizia) con una direttiva (la 2006/54, in particolare con il suo art. 14) e non con la Carta, *sub* art. 21 in tema di non discriminazione basata sul

fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea, in <http://questionegiustizia.it/>, 1.10.2018; già C. Ubiali, *Sui meccanismi di composizione dei contrasti tra diritto interno e diritto dell'UE: nuovo fermento nella giurisprudenza (per ora extrapenale) a seguito di Corte cost. n. 269/2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.6.2018.

¹¹⁴ In tal senso v. L.S. Rossi, *Il "triangolo giurisdizionale"*, cit., 9; A. Cosentino, *Il dialogo fra le Corti*, cit.

¹¹⁵ V. ord. 30.5.2018, n. 13678, cit., punto 16 dei motivi della decisione.

¹¹⁶ V. ord. 10.1.2019, n. 451, est. Cinque, punto 47 dei motivi della decisione.

¹¹⁷ V. Trib. Milano, sez. specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'UE, 9.5.2018, RG. n. 44718/2017, est. Flamini, con commento di A. Adinolfi, *Diritto dell'Ue e soggiorno del richiedente protezione internazionale in attesa dell'esito del ricorso in Cassazione: qualche osservazione a margine dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano (n. 44718/2017)*, in <http://questionegiustizia.it/>, 29.6.2018. V. anche C. Schepisi, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017*, cit., 13 ss.

¹¹⁸ V. Corte di cassazione, sez. lavoro, 21.2.2018, n. 4223, est. Bronzini, con nota di V. Piccone, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 16.3.2018.

nesso (per tale via eludendo il “tema” della doppia pregiudizialità, e della sua inversione, per come delineato dalla Consulta nella sent. n. 269/2017)¹¹⁹.

Da ultimo, si segnalano due sentenze, sempre della Corte di cassazione¹²⁰, che – anche qui a fronte di una pronuncia della Corte di giustizia sul tema del doppio binario sanzionatorio dello scorso 20.3.2018¹²¹ – fanno diretta applicazione di una previsione della Carta dei diritti fondamentali (l’art. 50 sul principio del *ne bis in idem*) senza affrontare la questione posta dalla sent. n. 269/2017. L’intervento giudiziale assicura la non violazione del diritto in parola e il rispetto del principio di proporzionalità alla luce delle indicazioni del giudice di Lussemburgo e per tale ragione, probabilmente, non è parso necessario sollevare incidente di costituzionalità¹²².

Oltremodo attesa è, ad ogni modo, la risposta della Consulta alla citata ord. n. 3831¹²³ o, eventualmente, una sua presa di posizione in altri giudizi pendenti dinanzi ad essa e in cui si abbia la possibilità di chiarire la «precisazione»¹²⁴. Il chiarimento pare infatti necessario, oltre che opportuno nell’ottica della certezza del diritto e dell’uniformità di trattamento dei consociati, prima di un rinvio pregiudiziale (magari ad opera della stessa Cassazione che non si ritenesse soddisfatta della risposta alle richieste contenute nell’ord. n. 3831) che investa il giudice del Kirchberg di un quesito sulla sostanziale compatibilità della questione prioritaria di costituzionalità “all’italiana” con la giurisprudenza di Lussemburgo in tema, appunto, di meccanismo pregiudiziale e di obbligo dei giudici nazionali di assicurare sempre e comunque l’effettività del diritto dell’Unione¹²⁵. Ciò perché la precisazione, per come attualmente formulata, sembra difficilmente poter reggere al vaglio della Corte di giustizia (v. *infra*, § 6).

¹¹⁹ V. Corte di cassazione, sez. lavoro, 17.5.2018, n. 12108, est. Lorito, su cui v., in particolare, A. Cosentino, *Il dialogo fra le Corti*, cit.; L.S. Rossi, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit.; G. Comazzetto, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in www.federalismi.it/, 19.12.2018, 32 s., in senso critico rispetto alla scelta di non rimettere la questione alla Consulta.

¹²⁰ V. Corte di cassazione, V sez. penale, sent. 10.10.2018, n. 45829, est. De Gregorio; V sez. civile, sent. 30.10.2018, n. 27564, est. Chindemi.

¹²¹ V. causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*, ECLI:EU:C:2018:193, emanata lo stesso giorno delle sentenze nella causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, e nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca* ECLI:EU:C:2018:192.

¹²² In questo senso v. A. Cosentino, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, spec. 12 ss., che brevemente esamina le due decisioni della Cassazione.

¹²³ D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., evidenzia come l’ord. n. 3831/2018 dia la possibilità alla Consulta di tornare in modo più organico sull’*obiter dictum*, essendo «naturale che la sentenza n. 269/17 segni solo l’avvio di un ripensamento interpretativo, non certo una dottrina organica e completa, e che le tappe successive diano l’occasione non solo per confermare, ma anche per *rimeditare*, approfondire, *eventualmente ricalibrare la nuova posizione*» (corsivi aggiunti).

¹²⁴ V., ad esempio, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Lazio, sez. prima quater, RG n. 167/2017, est. Bottiglieri.

¹²⁵ Nel senso che ci sono «plurime ragioni per indurre i giudici comuni – di merito e di legittimità – più coraggiosi e consapevoli della reale posta in gioco a decidere [...] di interpellare la Corte di giustizia sulla tenuta eurounitaria della costruzione pretoria espressa dalla Corte costituzionale, visto che tra le righe della sentenza n. 269/2017 non è dato intravedere un divieto di adire la Corte europea sul tema della compatibilità del meccanismo anzidetto con le coordinate generali del diritto UE» v. R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura*, cit., 13.

L'*obiter dictum* in parola potrebbe essere temperato dalla Corte costituzionale mediante una specificazione che, ad esempio, legittimi (*rectius*, continui a legittimare, coerentemente con *Simmenthal*) l'immediata disapplicazione della normativa nazionale contrastante con una previsione della Carta dotata di effetto diretto¹²⁶ o il cui ambito applicativo sia più esteso, con riguardo al *quantum* di tutela offerto, di quello di una previsione della nostra Costituzione, e quindi, di fatto, un problema di controlimiti non si ponga¹²⁷.

Così, sembrerebbe opportuno un chiarimento circa il rapporto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia laddove la prima ritenga necessario dare priorità al parametro europeo, anche se è difficile immaginare che la Consulta si vincoli espressamente ad un obbligo di rinvio pregiudiziale in casi siffatti¹²⁸, ipotizzandosi piuttosto che essa preferisca avere piena discrezionalità a seconda delle circostanze del caso volta a volta sottoposto al suo giudizio¹²⁹.

Altresì, sembra difficile che si giunga all'eliminazione dell'inciso "per altri profili", perché, come visto, esso pare posto a presidio delle prerogative della Corte costituzionale che, rinunciando all'inciso, finirebbe (i) con il ribadire il sostanziale controllo diffuso di compatibilità "comunitaria" nelle "ipotesi *Simmenthal*" e rinunciare (di nuovo) al controllo accentrato di costituzionalità, o alla sua portata innovativa (se anche venisse rispettata la priorità dell'incidente di costituzionalità, il rigetto della questione da parte della Consulta

¹²⁶ G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'UE*, cit., 5, nel suggerire una lettura della questione prioritaria di costituzionalità delineata nell'*obiter dictum* che sia coerente con tutte le affermazioni contenute nel punto 5.2 della sent. n. 269/2017, *in primis* con la volontà dichiarata dalla Consulta di rispettare la giurisprudenza della Corte di giustizia, ritiene che non sussista l'obbligo di sollevare incidente di costituzionalità se il contrasto è con una norma dell'Unione dotata di diretta applicabilità, ivi potendosi immediatamente procedere alla disapplicazione e altrimenti sacrificandosi il primato.

¹²⁷ V. tuttavia quanto *infra*, nel testo e nota 129.

¹²⁸ A tal proposito pare opportuno ricordare che la Corte costituzionale federale tedesca si è impegnata ad esperire un rinvio pregiudiziale prima di dichiarare che le istituzioni dell'Unione abbiano adottato un atto *ultra vires*, ovvero, andando oltre al principio di attribuzione e, quindi, in violazione della clausola della carta costituzionale tedesca (v., decisione del Secondo Senato del 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, spec. punto 60, dove si legge: «This means for the ultra vires review at hand that the Federal Constitutional Court must comply with the rulings of the Court of Justice in principle as a binding interpretation of Union law. Prior to the acceptance of an ultra vires act on the part of the European bodies and institutions, the Court of Justice is therefore to be afforded the opportunity to interpret the Treaties, as well as to rule on the validity and interpretation of the legal acts in question, in the context of preliminary ruling proceedings according to Article 267 TFEU. As long as the Court of Justice did not have an opportunity to rule on the questions of Union law which have arisen, the Federal Constitutional Court may not find any inapplicability of Union law for Germany (see BVerfGE 123, 267 <353>»). La base di tale impostazione è già contenuta nella sentenza sul trattato di Lisbona (*Lissabon Urteil*: decisione del Secondo Senato del 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09), d'altronde citata in *Honeywell*, dove però siffatto "obbligo" è sancito espressamente.

¹²⁹ Peraltro, se anche la Consulta si vincolasse espressamente a esperire rinvio pregiudiziale solo rispetto alle ipotesi in cui ritenesse prevalente il *côté* "comunitario" su quello costituzionale, come potrebbe sindacarsi la scelta di non rinviare alla Corte di giustizia laddove il giudice delle leggi ritenesse prevalente il parametro interno? Anche magari laddove altri giudici comuni hanno invece ritenuto prevalente il parametro "comunitario" (v. *infra*) e rinviato *ex art.* 267 TrFUE? In ipotesi siffatte, dove la Corte di giustizia venisse comunque coinvolta nel dialogo, i problemi di mancato rispetto e diniego di efficacia del diritto dell'Unione dovrebbero tuttavia ridursi. La reazione per un mancato rinvio pregiudiziale cui conseguisse una violazione del diritto dell'Unione pare potrebbe essere l'avvio di una procedura di infrazione (oltre che di un'azione di responsabilità dello Stato per fatto del suo giudice: v. *infra*, § 6).

potrebbe essere superato da una diversa valutazione del giudice comune, previo eventuale rinvio pregiudiziale¹³⁰); e (ii) con il riconoscere *apertis verbis* la prevalenza delle pronunce di Lussemburgo. Pronunce cui, nell'ottica dell'ordinamento dell'Unione, ma anche di quello interno, almeno sino alla sent. n. 269, si è riconosciuta sostanziale preminenza: certo è che l'indietreggiamento operato con tale pronuncia a favore del controllo accentrato di costituzionalità (in funzione della preservazione dell'autonomia del bilanciamento costituzionale¹³¹) qualcosa vuol significare¹³² ed è difficile che la Consulta lo sconfessi apertamente così a breve distanza dal nuovo orientamento delineato in tale sentenza (e benché non vada dimenticato che di *obiter dictum* si tratta)¹³³.

¹³⁰ Vero che, in questo caso, la pronuncia della Corte di giustizia che dovesse discostarsi da quella della Consulta e comportare la disapplicazione dovrebbe (almeno in astratto) implicare un aumento del livello di tutela del diritto fondamentale interessato e, pertanto, dovrebbe essere ben accolta anche dal giudice delle leggi. Non si può, tuttavia, escludere, che il *quantum* di tutela offerto dal giudice di Lussemburgo sia garantito sulla base di un bilanciamento di diritti, valori e principi su cui la Consulta non concorda, e che ha risolto a favore di un interesse diverso da quello prescelto dalla Corte di giustizia. Ciò analogamente a quanto, come detto (*supra*, § 4), potrebbe accadere nel caso inverso in cui sia la Consulta, accogliendo la questione di legittimità costituzionale, ad assicurare un *an e quantum* di tutela che la Corte di giustizia potrebbe non condividere appieno.

¹³¹ In tal senso v. E. Scoditti, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *Foro it.*, 2018, I, 406 ss.

¹³² D. Tega *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., ritiene, come visto, che con l'*obiter dictum* la Consulta si sia voluta attribuire solo il diritto alla prima, ma non anche all'ultima parola e che di esso sono possibili ripensamenti. Forse allora, se la Consulta confermasse questa lettura della sua «precisazione», potrebbe eliminare l'inciso in parola?

¹³³ Sarebbe interessante riflettere sulla possibilità di elaborare un meccanismo processuale che consenta la disapplicazione della disposizione nazionale per contrasto con la norma UE direttamente applicabile o dotata di effetto diretto e, al contempo, l'investitura della Corte costituzionale perché elimini la disposizione controversa con effetti *erga omnes* (per un accenno v., ad esempio, R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, cit., 13), in virtù di una formula binaria capace di soddisfare contestualmente l'insegnamento di *Simmenthal* e l'esigenza di certezza del diritto. Una soluzione siffatta trova ostacolo oggi nella previsione dell'art. 23 della l. 11.3.1953, n. 87 (in *GURI* n. 62 del 14.3.1953), secondo cui, come noto, il giudice ha il potere-dovere di rimettere gli atti alla Consulta solo allorché il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla soluzione della questione di legittimità costituzionale: evidente, infatti, che con l'incidente di costituzionalità il giudizio *a quo* è sospeso, mentre la disapplicazione è tecnica capace di condurre – almeno nella più gran parte dei casi – all'immediata definizione del giudizio, facendo venire meno la rilevanza della questione di costituzionalità. Non sembra potersi escludere categoricamente una modifica legislativa delle regole inerenti al controllo di costituzionalità che possa legittimare tale soluzione “combinata”, immaginando ad esempio una “definizione in via cautelare” (mediante disapplicazione) del giudizio in attesa della conferma da parte della Corte costituzionale. Certo, essa potrebbe comunque sollevare criticità in considerazione del fatto che (i) il giudice comune anticiperebbe, mediante la disapplicazione, il giudizio di costituzionalità, di fatto sostituendosi al giudice delle leggi nella tutela dei diritti fondamentali (a favore del primato e del livello di protezione offerto dall'ordinamento sovranazionale); (ii) la scelta di disapplicare la norma interna per conflitto con la norma UE potrebbe non essere condivisa dalla Corte costituzionale che, sulla base di un diverso bilanciamento dei valori in gioco, potrebbe ritenere prevalente un controlimite (sotteso alla normativa nazionale) e decidere di procedere non nel senso della dichiarazione di incostituzionalità della norma interna confliggente con il diritto dell'Unione (seguendo le orme del giudice comune), ma in quello dell'espunzione della norma interna che ha dato ingresso a quella europea confliggente con il

Ci si può, infine, chiedere se possa trovare più facile accoglimento, da parte della Consulta, un'attenuazione dell'*obiter dictum* nel senso di rimettere al giudice comune la possibilità di scegliere l'ordine con cui sollevare le due pregiudizialità, costituzionale e "comunitaria", in virtù della prevalenza, in concreto, dei profili di diritto interno o di quelli di diritto europeo¹³⁴: si tratta di soluzione che forse rispecchia già in buona misura la prassi seguita dal giudice comune, e pur rappresentando una rinuncia al previo controllo accentrato di costituzionalità ogniqualvolta rileva un diritto fondamentale, essa si giustificerebbe in ragione della prevalenza del *côté* "comunitario" su quello nazionale e potrebbe reggere al vaglio della Corte di giustizia, se si facesse leva sul fatto che priorità all'incidente di costituzionalità deve essere assicurata solo quando il profilo di legittimità costituzionale è prevalente su (se non addirittura assorbente) quello di compatibilità "comunitaria". Anche se poi, dovrebbe potersi censurare – e come – l'operato del giudice che sbagli la valutazione di prevalenza? Non è infatti da escludersi, anche in questi casi, e specie se l'errore induca a non esperire il rinvio pregiudiziale ed esso sia imputabile ad un giudice di ultima istanza (che infine non applica correttamente il diritto dell'Unione), che siffatta (combinata) violazione venga censurata con una procedura di infrazione (v. *infra*, § 6).

6. È solo ipotizzabile, come visto, quello che sarà il prossimo passo della Corte costituzionale. Quel che è certo è che si tratta di passo tanto indispensabile quanto delicato e che, affinché l'*obiter dictum* possa essere inteso davvero (come suggerito dalla dottrina¹³⁵) quale *evoluzione e non rivoluzione* dei rapporti tra Corti e tra ordinamenti, è necessario che – nella prospettiva evidentemente "comunitaria" – si delinei come chiarimento della «precisazione» che possa reggere al vaglio della Corte di giustizia e non essere censurato per il tramite di una pronuncia pregiudiziale che ne attesti la sostanziale incompatibilità con il diritto dell'Unione o di una procedura di infrazione.

Senza dubbio, l'*obiter* è espressione (conferma, si potrebbe dire) di quel predominio assiologico della Costituzione che il giudice delle leggi aveva già sancito, rispetto alla CEDU, nella sent. n. 49/2015¹³⁶. È a tutti nota la differenza che rivestono, e sempre hanno rivestito,

controlimite. Quest'ultimo, ad ogni modo, sarebbe un caso eccezionale e alcuni meccanismi processuali per risolvere la dicotomia tra pronuncia del giudice comune e decisione della Corte costituzionale paiono già conosciuti al sistema (v., ad esempio, rispetto alla saga *Taricco* la soluzione di cui alla sopra esaminata sent. n. 17401/2018).

¹³⁴ V. A. Ruggeri, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018, 18.11.2018, spec. 27 s. La proposta è avallata da A. Cosentino, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità*, cit., 14. Suggerisce, invece, una rilettura della «precisazione» in esame nel senso di escludere l'obbligo dei giudici ordinari di procedere ad un previo controllo di conformità al diritto dell'Unione nei casi in cui esista un conflitto fra uno standard nazionale di protezione dei diritti individuali più alto di quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali e, in generale, dall'ordinamento dell'Unione L.S. Rossi, *Il "triangolo giurisdizionale"*, cit., 14. Si tratta di soluzione che potrebbe non essere percorribile nella misura in cui il *quantum* di tutela offerta dall'ordinamento dell'Unione e nazionale sia decifrabile solo a valle di un rinvio pregiudiziale e di un incidente di costituzionalità.

¹³⁵ V. G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione*, cit., 7.

¹³⁶ V. punto 4 del considerato in diritto. Sulla sentenza v., per tutti, B. Randazzo, *Interpretazione delle sentenze della corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, 25.5.2015, e i contributi di M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*; G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale*; D. Pulitanò, *Due approcci*

nella giurisprudenza costituzionale, gli atti dell'Unione e la giurisprudenza di Lussemburgo e la convenzione e i suoi protocolli e la giurisprudenza di Strasburgo. Eppure la recente presa di posizione della Consulta – per quanto di *obiter* si tratti e per quanto, come detto, non ne debba essere sopravvalutata la portata – pare (anche) un sintomo di sfiducia nei confronti dell'Unione, al pari di quella manifestata, più o meno recentemente, in altri Paesi membri¹³⁷. Sfiducia che rischia di minare l'autorevolezza della Corte di giustizia e di indebolire, insieme con la Corte, il processo di integrazione europea, sottoposto a continui *stress* a fronte dei rigurgiti sovranisti ormai sempre più diffusi e difficilmente arginabili. Si pensi, solo per citare l'esempio più recente di questo “attacco” all'ordinamento sovranazionale e, in particolare, al meccanismo del rinvio pregiudiziale – che costituisce la chiave di volta del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione¹³⁸ – al ricorso presentato dal governo polacco (certo uno Stato dove assai elevato è il rischio di violazione sistematica dei valori fondanti l'Unione di cui all'art. 2 TUE¹³⁹) alla Corte costituzionale locale per far dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 267 TrFUE «so far as it permits the national court to submit preliminary references on the interpretation of the Treaties or on the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union in matters relating to the system, form and organization of the judiciary as well as proceedings before judicial authorities of the EU Member State»¹⁴⁰.

opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte di Corte cost. n.49/2015; A. Ruggeri, Fissati nuovi palette alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno; F. Viganò, La Consulta e la tela di Penelope, Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in DPenCont, 2015, 288 ss.

¹³⁷ Tra le più note prese di posizione delle supreme Corti di altri Stati membri in merito ai rapporti interordinamentali a “vantaggio” del diritto nazionale su quello dell'Unione, si ricordano: (i) quella del Tribunal constitucional de España che, nel 2011, nel rinvio pregiudiziale che diede vita alla causa *Melloni*, invocò i controlimiti, seppur poi sostanzialmente adeguandosi ai *dicta* della Corte di giustizia nella decisione emessa dopo la sentenza *Melloni*; (ii) quella del Bundesverfassungsgericht che, nel 2013 e poi nel 2016, ha invocato l'*ultra vires* nel rinvio pregiudiziale relativo al caso *Gauweiler* e nella decisione adottata a valle della pronuncia dei giudici del Kirchberg, analogamente alla Corte costituzionale ceca nel 2012 rispetto alla pronuncia *Landtová* della Corte di giustizia. E ancora, nel 2015, nell'ordinanza ribattezzata *Solange III*, tale giudice, per tutelare (la natura inalienabile del)la dignità umana, si è discostato dalla giurisprudenza *Melloni*, senza rinviare pregiudizialmente a Lussemburgo ritenendo che la questione non desse adito ad alcun ragionevole dubbio; (iii) quella della Corte suprema danese che, a fine 2016 nel caso *Ajos*, a valle della sentenza 19.4.2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, ECLI:EU:C:2016:278, ha dichiarato che i principi generali di diritto dell'Unione non possono vincolare l'ordinamento danese non avendo base giuridica nei trattati, con la conseguenza che la citata giurisprudenza *Mangold* (confermata nel caso *Küçükdeveci* del 2010 e poi, appunto, nel caso *Dansk Industri*) sulla non discriminazione in ragione dell'età non può (più) trovare applicazione in tale Stato.

¹³⁸ In questo senso v., in particolare, parere 18.12.2014, 2/13, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 176 e, più di recente, sent. 6.3.2018, causa C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, punto 37.

¹³⁹ Per una sintesi delle recenti riforme polacche e dei diversi procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di giustizia v. M. Aranci, ____, in corso di pubblicazione in ____.

¹⁴⁰ V. G. Repetto *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in www.diritticomparati.it/, 7.11.2018 e, *amplius*, S. Biernat, M. Kawczyńska, *Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, 26.10.2018.

E un “attacco” all’ordinamento dell’Unione, in un’epoca di sovranismo ed euroscetticismo esasperati, si sta purtroppo realizzando (*rectius*, cercando di realizzare) nel nostro Paese anche in sede legislativa. Si pensi, da ultimo, sia alla proposta di modifica costituzionale finalizzata ad eliminare dalla Costituzione (ovvero dagli artt. 97, 117 e 119 Cost.) le clausole europee¹⁴¹, sia a quanto disposto nella relazione programmatica sulla partecipazione dell’Italia all’Unione europea per l’anno 2018 - relazione consuntiva sulla partecipazione dell’Italia all’Unione europea, relativa all’anno 2017, ancora in fase di approvazione¹⁴². Nella versione emendata ed approvata al Senato lo scorso 5.12.2018 si legge che il Governo dovrà impegnarsi «a riportare sul giusto piano il rapporto tra le fonti comunitarie e quelle nazionali, restituendo al Parlamento, che rappresenta il popolo sovrano, la titolarità del pieno potere legislativo, oggi sottomesso ai vincoli dell’ordinamento europeo, impropriamente ritenuto superiore e preminente rispetto alla Costituzione; a sottoporre l’introduzione delle norme europee ad un vaglio di compatibilità con la tutela dell’interesse nazionale, subordinandone il recepimento e l’adozione ad una preventiva valutazione di impatto sui principi e diritti fondamentali della Costituzione italiana». Si rischierebbe di assistere, anche per tale via, ad un capovolgimento dell’impostazione classica quanto al *rapporto tra ordinamenti*. Un capovolgimento generalizzato, con una sorta di controllo del rispetto dei controlimiti prima che la norma possa fare ingresso nel nostro ordinamento. Capovolgimento di cui già si trova traccia, ad esempio, in alcune leggi di trasposizione di decisioni quadro¹⁴³, ma trattandosi di materia penale la soluzione poteva essere più comprensibile (anche se, comunque, non per questo più giustificabile). Certo è giusto e doveroso che l’Italia, e così tutti gli altri Stati membri, facciano valere le loro specificità nazionali in fase ascendente, di formazione della normativa europea (come peraltro lo stesso TrFUE consente – come visto *supra*, § 3 – ad esempio quanto al ravvicinamento delle legislazioni penali e processuali degli Stati membri). Ma in base alle vigenti regole “comunitarie”, una volta che la normativa è adottata, questa deve essere recepita (se necessario), applicata e rispettata da tutti gli organi dello Stato e dai consociati. Fatto salvo, certamente, il controlimite, che dovrebbe però operare soltanto come estremo baluardo di difesa dell’ordinamento nazionale. E se potrebbe obiettarsi che si tratta di un’ottica prettamente “comunitarista”, non può non ribattersi che si tratta di ottica che la stessa Corte

¹⁴¹ V. AC 298, il cui esame è iniziato l’11.10.2018 e su cui L. Bartolucci, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle “clausole europee” dalla Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, che ritiene che la «proposta di legge costituzionale in commento rappresenta – forse – il primo caso espresso di sovranismo giuridico: cioè la traduzione, in ambito giuridico-costituzionale, dell’ideologia sovranista che sta caratterizzando alcuni partiti politici italiani» (p. 3).

¹⁴²

Consultabile

qui

<http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/ProcANL/ProcANLscheda40493.htm>.

¹⁴³ V., ad esempio, l’art. 1 della l. 22.4.2005 n. 69, *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13.6.2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* (in *GURI* n. 98 del 29.4.2005) e l’art. 1 del d. lgs. 7.9.2010 n. 161, *Disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell’Unione europea* (in *GURI* n. 230 del 1.10.2010), dove chiaramente si afferma che gli atti in parola recepiscono la normativa europea «nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo».

costituzionale, a partire dalla sentenza *Frontini*¹⁴⁴, ha pienamente sposato, presentando il controlimito come clausola eccezionale di salvaguardia dell'ordinamento.

Così, tornando all'*obiter dictum*, esso, per come attualmente formulato, rischia, come visto (*supra*, § 4), di tradire l'appartenenza stessa del nostro ordinamento a quello dell'Unione europea, realizzando uno sfaldamento dei rapporti tra ordinamenti e della tenuta del "sistema" che senza dubbio rallenta il processo di integrazione. Anticipare, come detto, la soglia di rilevanza e rilevabilità (e valutazione) del controlimito svilisce il ruolo della Corte di giustizia, alzando inutili barricate *a priori*, frustrando l'effettività del diritto dell'Unione e pregiudicando il funzionamento del meccanismo pregiudiziale che tutte le autorità giurisdizionali nazionali e, *in primis*, la Corte costituzionale dovrebbero proficuamente assicurare.

Se la Corte di giustizia dovesse vagliare oggi la "tenuta" della questione prioritaria di costituzionalità (come formulata nella «precisazione») rispetto al diritto dell'Unione assai difficilmente l'esito della valutazione sarebbe positivo. Come visto, non ci sono stati rinvii pregiudiziali formulati *ad hoc* da giudici nazionali sul contenuto dell'*obiter dictum* e la sua sostanziale compatibilità con la giurisprudenza della Corte di giustizia, anche se non è escluso che, nei rinvii formulati di recente dalla Cassazione (*supra*, § 5), il giudice di Lussemburgo non perda l'occasione (se ne avrà la possibilità) di dire qualcosa in merito. Ad ogni modo, diverse sono le pronunce emanate dalla Corte di giustizia dopo la sent. n. 269/2017 in cui essa conferma la propria giurisprudenza consolidata quanto ai rapporti tra giudici e ordinamenti e tali decisioni possono essere lette come risposte, seppur certo solo implicite e indirette, alla presa di posizione della Consulta.

In particolare, si possono rammentare – oltre alla *Global Starnet*¹⁴⁵, emanata (però) soltanto 6 giorni dopo la sent. n. 269, e quindi, a ben vedere, deliberata ben prima del 14.12.2017 e ormai in traduzione al momento del deposito di quest'ultima – la sentenza del 24.10.2018, nella causa *XC e a.*¹⁴⁶, e, ancora più diffusamente, la sentenza del 4.12.2018, nella

¹⁴⁴ V. sent. n. 183/1973.

¹⁴⁵ Sentenza del 20.12.2017. Qui, come ricordato, la Corte di giustizia ha affermato che «23. [...] l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte. [...] 25. Il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione. 26. Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra esposte, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione».

¹⁴⁶ Causa C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853. Tale sentenza è presentata come "reazione" alla sent. n. 269/2017 da A. Ruggeri, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*,

causa *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*¹⁴⁷. Ivi, infatti, la Corte di giustizia ribadisce la giurisprudenza *Simmenthal* senza fare menzione alcuna degli “aggiustamenti” di cui in *Melki e A c. B e altri*, ricordando come «il primato del diritto dell’Unione impone che i giudici nazionali incaricati di applicare, nell’ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell’Unione abbiano l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»¹⁴⁸ e che da ciò consegue che è «incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell’Unione qualsiasi disposizione facente parte dell’ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto dell’Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all’atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme direttamente applicabili dell’Unione»¹⁴⁹.

Pare altresì opportuno ricordare la sentenza del 4.10.2018, *Commissione c. Francia*¹⁵⁰, dove la Corte di giustizia ha censurato il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato francese in una situazione in cui l’interpretazione del diritto dell’Unione non si imponeva con evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio (situazione attestata dall’errore interpretativo commesso da tale giudice) e, pertanto, non era venuto meno l’obbligo per il giudice di ultima istanza di esperire rinvio ex art. 267, 3 co. TrFUE in base alla giurisprudenza *Cilfit*¹⁵¹. Si tratta della prima procedura di infrazione che attesta l’inadempimento dello Stato per fatto del suo giudice di ultima istanza a fronte di un mancato rinvio pregiudiziale, a completamento della giurisprudenza che afferma, in ipotesi siffatte, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’Unione¹⁵². E non è escluso che la Commissione, prima, e la Corte, poi, potrebbero seguire la stessa strada per attestare l’inadempimento dello Stato italiano nella misura in cui i giudici di ultima istanza (ma probabilmente, come nel caso francese, anche uno soltanto), anziché sollevare un rinvio pregiudiziale, ricorressero alla Consulta in via prioritaria, secondo le indicazioni contenute nell’*obiter dictum*. Certo, anche in tal caso alla violazione strumentale dovrebbe

in *Rivista di Diritti Comparati*, 8.11.2018.

¹⁴⁷ Causa C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979.

¹⁴⁸ Sent. 24.10.2018, punto 44; sent. 4.12.2018, punto 35.

¹⁴⁹ Sent. 4.12.2018, punto 36.

¹⁵⁰ Causa C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811, su cui v. D. Sarmiento, *Judicial Infringements at the Court of Justice – A brief comment on the phenomenal Commission/France (C-416/17)*, in <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>, 9.10.2018; C. Fasone, *Violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale “composito” nell’Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in www.diritticomparati.it/, 3.12.2018.

¹⁵¹ Sent. 6.10.1982, causa 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

¹⁵² V. 30.9.2003, causa C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513 e 13.6.2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, ECLI:EU:C:2006:391. Si ricordino anche le sentenze in cui la Corte ha accertato l’inadempimento dello Stato a fronte di una prassi giudiziaria contraria al diritto dell’Unione (9.12.2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2003:656) e per fatto del legislatore, la cui normativa era avallata dalla giurisprudenza dei giudici di ultimo grado (12.11.2009, causa C-154/08, *Commissione c. Spagna*, ECLI:EU:C:2009:695).

accompagnarsi (come nel caso francese) una violazione materiale e quindi, a fronte dell'inversione della doppia pregiudiziale, si dovrebbe giungere ad una decisione del giudice di ultima istanza che (senza che sia interpellata, neppure dalla Consulta, la Corte di giustizia) viola nella sostanza il diritto dell'Unione. Analogamente, la procedura di infrazione potrebbe essere avviata rispetto ad uno o più degli altri profili critici dell'*obiter dictum* sopra esaminati laddove la sua sistematica applicazione da parte dei giudici comuni (eventualmente in uno con il comportamento della Corte costituzionale) rischiasse di scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale¹⁵³.

Alla luce di tutto quanto sopra, pare evidente che, se la «precisazione» dovesse essere confermata, e non più come *obiter dictum*, si assisterebbe al rischio di un corto circuito¹⁵⁴, assolutamente da evitare, specie in tempi così difficili per il processo di integrazione europea¹⁵⁵.



¹⁵³ Nel senso che se uno Stato membro volesse scardinare il meccanismo del rinvio pregiudiziale sarebbe possibile avviare una procedura di infrazione v., ad esempio, L.S. Rossi, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit., 10.

¹⁵⁴ D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE*, cit., § 3, dove si propongono soluzioni che la Consulta potrebbe fornire per un chiarimento dell'*obiter dictum* “comunitariamente” orientato.

¹⁵⁵ Sul ruolo che anche la Corte di giustizia è chiamata a svolgere per contribuire proficuamente al processo di integrazione europea v. *supra*, § 2, in fine.