

*Ai miei genitori,
rocce salde su cui mi sono eretta.*

INDICE

I CONTROLIMITI NEI PIU' RECENTI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO 1. I IL CAMMINO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO VERSO L'APERTURA AGLI ORDINAMENTI COMUNITARIO E INTERNAZIONALE.	
1.1 L'ingresso delle fonti sovranazionali nell'ordinamento italiano.	5
1.2 L'esigenza di una nuova categoria giuridica: i controlimiti.	12
1.3 Integrazione normativa ex artt. 10 e 11 della Costituzione.	25
CAPITOLO 2. EVOLUZIONE E DIALOGO TRA CORTI. UN INCONTRO-SCONTRO TRA CARTE E CORTI.	
2.1 CEDU: una convenzione <i>sui generis</i> .	38
2.2 Corte di Giustizia e Corte Edu.	52
2.3 Il dialogo tra le diverse corti.	60
2.4 La possibilità di un controllo diffuso del giudice.	80
CAPITOLO 3. I CONTROLIMITI ANALIZZATI SOTTO LALENTE DEL DIRITTO COMPARATO. I CONTROLIMITI COME ISTITUTO E NON SOLO COME TEORIA.	
3.1 Uno sguardo all'applicazione dei controlimiti fuori dall'Italia.	87
3.2 In particolare : le reazioni di Francia, Spagna e Germania .	98
3.3 Il caso Federfarma.	140
3.4 I controlimiti: una reale categoria giuridica? Il caso Taricco .	151
CONCLUSIONI	195

Introduzione

Da parecchi decenni lo Stato italiano si confronta e si scontra con l'ordinamento sovranazionale.

A seguito del secondo conflitto mondiale l'attenzione nei confronti dei diritti fondamentali della persona e della sovranità statale si è acuita al punto di rendere la relazione interstatale, per utilizzare una metafora, un parto travagliato.

Con passi in avanti e altri indietro seppur sotto un cielo costellato da piccole porzioni di cessioni concesse con mille e più riserve, il cammino verso l'integrazione europea, quant'anche a rilento non si è mai arrestato.

Da una prospettiva europea incentrata sul solo aspetto economico, finanziario, commerciale e industriale, del tutto protesa ad uno sviluppo le cui maglie erano intrise di soli valori venali, si è passati, non senza conflitti indolori, ad una prospettiva europea tesa all'antropocentrismo.

Il rapporto tra Stati membri e Unione europea potrebbe essere rappresentata nella nostra mente immaginando un continuo tiro alla fune: nessuno dei due gareggianti vuole mollare la presa, nessuno dei due vuole uscirne sconfitto.

Ma per cosa si lotta?

E, soprattutto, può ancora parlarsi di gara?

L'evoluzione relazionale tra le Corti Supreme si è allontanata, al prezzo, talvolta, di retrocedere su questioni da sempre considerate di esclusiva prerogativa statale, dall'immagine di tiro alla fune, per avvicinarsi - a volte spontaneamente, altre con forzature - ad un gioco di squadra (almeno così sembra).

L'ardua impresa non può dirsi né semplicemente raggiunta, né totalmente compiuta.

L' intento del mio scritto è quello di esporre l' *iter* dell' integrazione europea cominciando da un'analisi storica dei fatti e finendo con un grande punto interrogativo del presente alla luce del travagliato passato .

Saranno analizzati i punti deboli e i punti di forza di quello che , da taluni , viene definito come para-federalismo .

Alla fine di questo lavoro , soprattutto a seguito degli ultimi grandi avvenimenti ¹ , avremo la possibilità di sbizzarrirci sul possibile futuro dell' Italia nell' Europa .

L' indagine verrà svolta adottando una lente particolarissima : i controlimiti quale mezzo , ma anche impedimento , di una piena integrazione europea.

¹ E qui ci si riferisce all' ordinanza 24 del 2017 emanata dalla Corte Costituzionale .

CAPITOLO 1

IL CAMMINO DELL'ORDINAMENTO ITALIANO VERSO L'APERTURA AGLI ORDINAMENTI COMUNITARI E INTERNAZIONALE.

1.1 L'ingresso delle fonti sovranazionali nell'ordinamento italiano

Il diritto positivo che regola l'ordinamento italiano proviene da diverse fonti , alcune interne, altre esterne .

Le fonti esterne si suddividono in norme europee e norme internazionali , i loro effetti all'interno del sistema italiano vengono prodotti con meccanismi differenziati a seconda che si tratti dell'una o dell'altra .

Non è possibile raggruppare indistintamente le norme comunitarie poiché alcune di esse interagiscono più intensamente di altre a ragione della loro natura : nella categoria sono individuabili fonti di "diritto primario " e fonti di "diritto derivato" .

Tra le prime rientrano i trattati istitutivi e modificativi ed i principi generali del diritto comunitario ; tra le seconde , invece, i regolamenti , le direttive , le decisioni , le raccomandazioni e i pareri della Comunità.

La distinzione non è puramente teorica, avendo, invece, grande rilevanza la qualificazione di una fonte come facente parte dell'uno o dell'altro gruppo ai fini dell' applicazione delle stesse e del *modus* in cui operano .

Le fonti di diritto primario godono del principio dell' efficacia diretta e del *primauté* per cui innanzi una di queste norme il giudice è tenuto a disapplicare la norma interna a favore di quella esterna , ma se ad oggi non vi è alcun dubbio sulla diretta applicabilità di tali fonti , lo stesso non può dirsi per il passato : il principio dell' efficacia diretta e del primato non nacquero , infatti , contemporaneamente all'ordinamento comunitario , prima dell' affermazione di

tali principi si seguì un percorso costellato da non poche difficoltà di omogeneizzazione tra gli ordinamenti nazionali e quello europeo, iter che nel corso dei decenni non solo ha condotto all'applicazione diretta dei trattati e dei principi generali dell'UE, ma ha assorbito all'interno di tale sfera taluni regolamenti e direttive².

Gran parte del lavoro che ha reso l'ordinamento comunitario quello che è oggi lo si deve soprattutto alla giurisprudenza europea, gli stessi principi fondamentali dell'efficacia diretta e del primato sono il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale raffinata e attenta all'evoluzione dei sistemi nazionali e comunitario assieme, sebbene inizialmente la Corte di Giustizia europea fu restia al confronto, in ben poco tempo, con grande astuzia, iniziò un dialogo, seppur delle volte velato, con le Corti costituzionali statali.

Il breve excursus delle principali pronunce a riguardo renderà più chiaro al lettore i passi del giudice comunitario e del giudice nazionale verso un ordinamento che, sebbene ad oggi non è possibile definire federale, può comunque essere classificato come unico nel suo genere, caratterizzato da aspetti ibridi e peculiari che lo avvicinano molto ad un ordinamento *parafederale*.

Tra le più celebri sentenze iniziali ricordiamo la Costa / Enel del 1964³, il fulcro della sentenza risiede nel fatto che per la prima volta la Corte di Giustizia afferma il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati.

Il caso fu sollevato da un avvocato che si rifiutò di pagare una bolletta esosa sostenendo che la legge italiana che istituiva la nazionalizzazione fosse contraria al Trattato di Roma.

² Di norma, per l'applicazione del diritto derivato è necessaria una legge d'adattamento interna che dia esecuzione agli atti emanati dall'UE – proprio come previsto, tra l'altro, anche per le fonti internazionali – col passare degli anni si è affermata una giurisprudenza comunitaria che ha esteso ai regolamenti e alle direttive gli stessi principi purché queste siano sufficientemente chiare e dettagliate da non richiedere alcuna legge d'adattamento per la loro esecuzione.

³ Sent. Costa / Enel 15 luglio 1964, causa c6 /64.

Il giudice *a quo* decise di rivolgersi alla Corte europea , contemporaneamente però la Corte Costituzionale italiana intervenne sulla legge istitutiva Enel ,affermando che poiché i Trattati istitutivi venivano ratificati con legge ordinaria , non potevano sottrarsi al principio della successione delle leggi , potendo essere abrogati o modificati da norme interne successive.

La conclusione cui arrivò la corte di Giustizia fu assolutamente in antitesi rispetto a quella della Consulta.

La conclusione della Corte europea fu che con l’istituzione della Comunità gli Stati membri avevano rinunciato a parte dei loro poteri sovrani , vincolando così al diritto comunitario se stessi e i cittadini , conseguenza obbligata non poteva , dunque , che essere il principio del primato : a dire il contrario doveva dirsi scardinato lo stesso fondamento della Comunità.

Le posizioni delle due Corti , nei primi approcci , furono diametralmente opposte tanto che proprio nello stesso periodo venne elaborata la *teoria dei controlimiti* .

Dopo ulteriori dieci anni , con la sentenza 183/1973 , ancora una volta , la Consulta dimostra di esser fortemente gelosa delle proprie prerogative e pur cercando d’ esser meno rigida nei confronti di possibili aperture allo scenario europeo , afferma che il diritto comunitario trova “ sicuro fondamento “ nell’ art 11. Cost . che limita la sovranità dello Stato nella misura in cui ciò è necessario per l’istituzione della Comunità europea , ciò significa che diritto interno ed europeo sono tra loro coordinati , ma restano , comunque , sistemi giuridici autonomi e distinti .

Oltretutto le limitazioni previste sono consentite solo in quanto utili e funzionali al conseguimento delle finalità indicate dallo stesso articolo , la Corte , precisa peraltro che l’ efficacia interna delle norme comunitarie incontra un limite invalicabile nel rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona umana tutelati nel nostro ordinamento.

Sulla stessa scia si colloca a sentenza 232/1975 più comunemente conosciuta come “Industrie chimiche “ .

La Corte Costituzionale affronta il problema del conflitto tra una legge di adattamento di un regolamento comunitario e una legge interna *posterior*.

La questione è configurata come un problema di competenza dalla Corte costituzionale che ne trae la conclusione che il conflitto tra le norme debba esser inquadrato all’interno dello schema della legittimità costituzionale per cui unico giudice legittimato a decidere non può che essere esso stesso , esorbitando dalle competenze del giudice comune l’eventuale disapplicazione della norma interna posteriore in favore della legge d’ adattamento ⁴.

Una svolta significativa è offerta dalla sentenza 106 / 1977 – caso *Simmenthal* - , la Corte di Giustizia fissa due punti fondamentali per la corretta applicazione del diritto comunitario : il primato e l’efficacia diretta di cui sono dotate alcune fonti impongono che sia data immediata applicazione alla norma da queste prodotte e a ciò non può ostare l’emanazione di leggi nazionali incompatibili , seppur successive ; il giudice nazionale ha , nell’ambito delle proprie competenze , l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando , quando è necessario , la norma interna contrastante senza chiedere né attendere chi vi sia la rimozione di questa in via legislativa o tramite qualsiasi altro procedimento costituzionale .

Il giudice comunitario enunciando così chiaramente tali principi pone i giudici nazionali, ed in particolare il giudice italiano, innanzi un bivio : scegliere di rivisitare il proprio orientamento o creare una frattura insanabile con l’ordinamento europeo.

⁴ Il conflitto tra la legge d’adattamento e l’articolo di copertura (l’art. undici Post .) è configurabile come conflitto interno al nostro ordinamento di competenza del giudice costituzionale; ben diverso sarebbe stato il caso in cui il contrasto era tra una norma interna ordinaria e un Trattato comunitario.

L'occasione non tarda ad arrivare: il Giudice delle Leggi con la sent. 8 giugno 1984 n. 170 (sentenza *Granital*) apre le proprie frontiere e instaura un primo contatto costruttivo con la Corte di Giustizia , pur ripartendo dalla medesima premessa fatta anni prima ⁵ secondo cui l' ordinamento interno e quello comunitario sono distinti e autonomi, anche se coordinati, muta la propria posizione con un cambio di rotta atto ad avvicinarsi al panorama europeo, se prima l'autonomia de due ordinamenti si frapponeva ad un'eventuale osmosi ordinamentale, adesso è uno dei punti forti per affermare e sostenere l'intensità delle leggi europee : proprio l' autonomia dell' ordinamento europeo impone che le norme provviste dei requisiti per la diretta applicabilità non possano arrestarsi innanzi una norma nazionale contrastante ordinaria , seppur cronologicamente successiva , la stessa , senza dubbio alcuno , dovrà esser disapplicata senza necessità di ricorrere ad un giudizio di costituzionalità .

Il quadro delineato dalla sentenza *Granital* altro non è che una risposta conforme a ciò che la corte di Giustizia aveva chiesto qualche anno prima con la sentenza *Simmenthal*.

Il quadro che si delinea a distanza di anni da questa sentenza non può dirsi mutato neppure con la modifica dell' art. 117 comma 1 Cost. ; per quanto , infatti , grazie alla modifica del suddetto articolo i vincoli comunitari abbiano ricevuto esplicita copertura costituzionale , ciò non basta a scardinare la struttura operante per la ricezione e l' applicazione del diritto europeo o , quanto meno , questo è il pensiero di parte della dottrina , altri studiosi ⁶ , diversamente , si sono , invece , chiesti se è ancora possibile classificare l' ordinamento italiano come sostenitore della teoria dualista o , se forse , sarebbe più corretto abbracciare la teoria monista .

⁵ Si tratta nello specifico della sentenza "*Frontini*" (sent. 183/1973).

⁶ D. PORENA, *L' evoluzione dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale alla luce della revisione costituzionale della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale* , www.federalismi.it, riv. Nm. 15 , 2008.

Le teorie monista e dualista nascono allorché l'Italia sguscia fuori dal proprio involucro per proiettarsi verso lo scenario europeo e internazionale .

La gestione dei delicati temi di coordinazione e integrazione tra ordinamenti e l'improrogabile esigenza di affermare però contemporaneamente la sovranità assoluta dello Stato , portò alla costruzione di due modelli teorici , l'uno propenso a favorire i rapporti tra ordinamenti , l'altro atto a difendere gli spazi nazionali .

Il fulcro della teoria monista sostiene l'idea di una strutturale omogeneità delle norme , che , disposte secondo un ordine piramidale occupano un posto via via gerarchicamente più alto . Le norme europee e internazionali sono collocate all'apice della piramide , conseguenza logico – giuridica è che il diritto statale trae il proprio fondamento dalla fonte superiore e ne è deduzione consequenziale che in caso di contrasto non può che prevalere la norma collocata più in alto , con linguaggio giuridico moderno è possibile riassumere l'essenza della teoria in poche e semplici parole : le norme europee e internazionali godono per una loro intrinseca superiorità del principio del primato sul diritto interno .

La teoria dualista è improntata su una linea di pensiero del tutto antagonista rispetto la teoria monista .

Lungi dall'assimilare in qualsivoglia modo i due ordinamenti ne afferma la completa distinzione , ne esalta i caratteri dell'autonomia e della separazione e predica la immanente diversità degli stessi che perseguono obiettivi difformi , l'uno teso a disciplinare gli affari interni , l'altro occupato nella gestione dei rapporti intercorrenti tra Stati .

Le norme europee e internazionali , secondo questa teoria , possono esplicare i loro effetti all'interno del nostro sistema solo e nella misura in cui sia l'ordinamento statale a prevederlo .

La Corte Costituzionale non ha appoggiato apertamente nessuno dei due modelli , preferendo adottare un orientamento compromissorio , modellato sulle norme in concreto prese ad esame .

Per quanto concerne il diritto internazionale è stata preferita la visione monista limitatamente alle consuetudini , quella dualista per tutte le norme di matrice pattizia che necessitano di adattamento interno.

La soluzione prospettata per il diritto europeo fu a metà strada tra le due teorie , definendo l'ordinamento italiano ed europeo come autonomi , ma coordinati è stato previsto che le norme dotate dei requisiti della diretta applicabilità esplicano i loro effetti direttamente all' interno senza alcun filtro, le norme europee restanti hanno ingresso mediante un'apposita legge che ne trasposta, invece, le disposizioni.

Analizzati gli strumenti utilizzati e le teorie elaborate , torniamo sulla questione iniziale : con l'approdo del nuovo art. 117 Cost . la propensione dello Stato italiano a mantenere una posizione di compromesso , seppur con un' impronta di *favor* per la teoria dualista , può dirsi ancora valida ?

La questione nello specifico sarà affrontata in itinere (*sub cap. 3*) , ciò che è possibile già anticipare è che ad oggi la prassi applicativa ci suggerisce che al di là delle teorie è stato raggiunto un equilibrio tra ordinamenti e Corti , grazie ai compromessi cui queste si sono prestate, in particolare il giudice italiano ha abbandonato l'iniziale chiusura e rigidità riconoscendo al giudice comunitario il ruolo di unico interprete del diritto europeo , ma una questione di rilevante importanza resta ancora aperta :

quale sarebbe la reazione del nostro ordinamento in caso di violazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell' uomo tutelati dalla Costituzione ?

A proposito la dottrina ha elaborato la teoria dei controlimiti .

1.2 L'esigenza di una nuova categoria giuridica : i controlimiti.

La teoria dei controlimiti si afferma nel 1965 , con la sent. 98/1965, nella quale la Corte Costituzionale ammette la prevalenza dell'ordinamento europeo nelle specifiche materie previste dai Trattati a condizione che non venissero mai violati né i principi fondamentali né i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dalla carta costituzionale , principi e diritti che finirono per rappresentare *l'unico limite assolutamente insuperabile della ineluttabile penetrazione dell'ordinamento comunitario in quello interno*⁷ .

Nella sentenza non vi è alcun riferimento esplicito alla teoria dei controlimiti , ciononostante il quadro finale è ben delineato a riguardo , nello specifico la Corte Costituzionale dichiarò che gli effetti interni dell'attività della Comunità vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale che rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione. È di tutta evidenza che la Consulta pur non richiamando la teoria dei controlimiti ne enuncia nella sostanza il fulcro che , nel caso concreto , riguarda il diritto alla tutela giurisdizionale, ma può tranquillamente essere esteso a tutti i diritti inviolabili come ai principi fondamentali.

La teoria dei controlimiti è il frutto di un' elaborazione dottrinale e giurisprudenziale basata sull' interpretazione costituzionale degli artt. 10 e 11 che sanciscono l'entrata nel nostro ordinamento delle fonti europee e internazionali .

La carta costituzionale fu stilata nel secondo dopoguerra e porta chiaramente le tracce del compromesso delle forze politiche e delle correnti ideologiche del tempo .

⁷ F. SALMONI , *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee* , www.archivio.rivistaaic.it , 2002

Nata in un contesto culturale e storico particolare fu caratterizzata da alcuni tratti di ambiguità inseriti appositamente per dare al legislatore futuro la possibilità di poter legiferare entro margini di flessibilità nonostante la struttura rigida della Carta.

Gli artt. 10 e 11 Cost. non rimasero esenti da tale tecnica , la volontaria non compiutezza degli stessi ha comportato vivaci dibattiti e serrate diatribe tra i giuristi che, a secondo del loro orientamento – costituzionalisti conservatori o comunitaristi – hanno tratto fuori dai medesimi articoli conclusioni ed interpretazioni diverse.

L'entrata dell' Italia nel pieno dello scenario europeo ed internazionale agitò ancor di più le già accese disquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali , si dovette affrontare in concreto la reale portata degli artt. 10 e 11 Cost. : l' entrata dell' Italia nella CECA e nell' ONU poteva sgretolare , in nome del più grande ideale della collaborazione a livelli più alti , i paletti saldamente impiantati nella Carta Costituzionale ?

Al riguardo , la nostra Corte , non ebbe mai alcun dubbio nel rispondere negativamente , se è vero che nel corso degli anni ha permesso all'ordinamento europeo e internazionale di prevalere sul nostro a delle condizioni , non ha , però , mai smesso di proclamare l' indefettibilità e l' intangibilità dei principi costituzionali.

La comunità europea nasce con lo specifico obiettivo di creare un'unione basata sulla collaborazione tra Stati proiettata al raggiungimento di una solidità economica e una forza commerciale non indifferente .

Costituitasi con tali presupposti , si dimostrò , quanto meno inizialmente, del tutto disinteressata alla tematica dei principi fondamentali e dei diritti riguardanti l' uomo , sia sul piano normativo che sul versante giurisprudenziale disciplinò unicamente le materie di interesse meramente economico , finanziario , industriale e commerciale .

Una svolta significativa si ebbe con la sent. 12 Nov. 1969 c-29/69 : la Corte di giustizia riconosce che i diritti fondamentali della persona umana costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario , di cui essa stessa deve garantire l'osservanza sia da parte degli atti europei , sia da parte degli Stati in attuazione del diritto comunitario.

Concreti passi si ebbero anche a livello normativo , i Trattati istitutivi furono integrati e modificati , una delle disposizioni principali a riguardo è l' art.6 TUE del Trattato di Lisbona secondo cui << *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*>>.

Nonostante l'art 6. succitato sia stato accolto con grande entusiasmo , non è comunque possibile attribuirgli una forza che realmente non ha : in primis le tradizioni costituzionali richiamate non sono tra loro omogenee , pertanto sarebbe irragionevole pensare che un insieme di indirizzi così diversi tra loro possano dar vita ad unico strumento interpretativo , in secondo luogo anche a voler trovare una soluzione al primo nodo , resterebbe comunque il fatto che i Trattati non hanno mai novellato la disciplina delle fonti , per cui non sarebbe possibile , in ogni caso , rimandare alle tradizioni costituzionali come strumenti interpretativi privilegiati ⁸.

Sebbene non sia ancora possibile discutere di un unico grande ordinamento o di ordinamento federale , non si può di certo negare che le modifiche avvenute sul piano europeo sono la manifestazione tangibile di un percorso evolutivo di grande intelligenza , la previsione di una tutela comunitaria su principi e diritti ignorati per lungo tempo dall' UE ha comportato , di riflesso , un nuovo interesse dei giuristi e degli studiosi italiani sull'utilità della teoria dei controlimiti , d' altra parte con un processo di integrazione così avanzato , ma , soprattutto veloce

⁸G. OBERTO , *La tutela dei diritti fondamentali nella carte costituzionali , ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, in Il diritto di famiglia e delle persone , 2013, fasc. 1 , p.221.

negli ultimi anni , è lecito chiedersi se la teoria non sia ormai anacronistica o , per esser ancora più precisi :se l' ordinamento comunitario tutela gli stessi diritti e principi che da sempre sono stati la giustificazione dell' ordinamento interno per garantirsi uno spazio di assoluta intangibilità da parte di fonti esterne , con una mutazione sostanziale di tale portata , è forse possibile dire che anche con riguardo al nocciolo duro della Carta la competenza è ormai assorbita dall' Unione europea?

La questione nasce solo nel momento in cui i diritti e i principi inviolabili tutelati dalla teoria dei controlimiti siano identici a quelli tutelati dalla Comunità europea, mentre , infatti , taluni diritti sono protetti solo nel nostro ordinamento e dunque *nulla questio* poiché la protezione è apprestata senza alcun conflitto dal sistema interno , più problematica è la risoluzione nel caso in cui questi siano tutelati su entrambi i livelli ⁹ , ciò che può accadere in questo secondo caso ha potenzialmente diverse risposte : una prima possibile reazione del nostro ordinamento potrebbe essere la semplice stasi ovvero , riconoscendo il primato assoluto dell' ordinamento europeo non interviene in alcun modo ; una seconda possibilità è che venga ridotta la portata della teoria dei controlimiti laddove la materia sia di competenza comunitaria ; un ' ultima e possibile risposta è che la valenza della teoria rimanga intatta , rischiando , a quel punto , una frattura con l'ordinamento europeo laddove la tutela eventualmente apprestata dall' ordinamento comunitario risulti essere meno intensa rispetto alla nostra.

La soluzione generalmente accettata dalla dottrina ¹⁰ è che laddove vi sia una violazione di tal genere bisogna garantire la tutela più penetrante , quale che sia l' ordinamento, per cui qualora la tutela più intensa sia data dall' ordinamento europeo sarà il nostro a dover retrocedere , viceversa , qualora l' ordinamento comunitario sia meno "protezionista" sarà il sistema interno ad occuparsi di dar

⁹ Più precisamente si dovrebbe distinguere il caso in cui il diritto tutelato su entrambi i livelli è sostanzialmente lo stesso , dal caso in cui , invece il diritto abbia il medesimo *nomen* , ma non sia coincidente nella sostanza .

Il diritto può esser considerato il medesimo solo nel primo caso , non venendo in rilievo la sola coincidenza del *nomen*.

¹⁰ F. SALMONI. op.ult.cit.

tutela senza con ciò dover rischiare una rottura , d’ altra parte disciplinando anche l’ UE diritti e principi e proclamandone la loro importanza, non potrebbe non dare lo star bene ad uno Stato membro che sia foriere di valori di cui essa stessa è portatrice, tra l’ altro non bisogna dimenticare che per quanto a livello europeo si siano fatti parecchi progressi , la Corte di Giustizia tuttora riconosce e protegge i diritti nella misura in cui il loro riconoscimento sia funzionale e strumentale a garantire la preminenza del diritto comunitario, dovendo ancora mettere in atto altri progetti che possano realmente dar vita ad un sistema di protezione completamente disinteressato da ogni legame economico o strumentale a qualsivoglia fine, non tanto per una mancanza di coscienza a tal riguardo , quanto per una lentezza fisiologica dovuta alla complessità del sistema non solo europeo , ma anche di quelli nazionali sottostanti.

Tralasciando l’aspetto dogmatico e concentrandoci , invece, sulla prassi e su ciò che realmente è cambiato dal punto di vista giuridico , non possono non venire in rilievo due ulteriore innovazioni :l’entrata in vigore della Carta di Nizza allegata al Trattato di Lisbona e il richiamo della CEDU in quest’ ultimo , argomento, il secondo, che affronteremo in itinere .

La Carta di Nizza fu stilata nel 2000 , consta di 54 articoli ed è suddivisa in sette capi ,essa fu concepita come seconda parte della Costituzione europea, mai entrata in vigore, e non ebbe alcun carattere vincolante fino al 2009 , quando fu esplicitamente richiamata dall’ art . 6 TUE del Trattato di Lisbona.

Prima di quel momento la dottrina non si era mai posta il problema dell’ integrazione tra Carta di Nizza e ordinamento italiano per la semplice , ma forte ragione che non vi era alcun tipo di obbligo giuridico vincolante, la situazione cambiò del tutto col richiamo della Carta nel Trattato di Lisbona, ancora una volta ci si dovette interrogare sulle sorti dei controlimiti .

Come per tutto il processo di integrazione , anche in questo caso , la dottrina si divise tra studiosi conservatori e studiosi filoeuropeistici , i primi videro nella Carta di Nizza un’ulteriore pericolo per la nostra Carta costituzionale, dal

momento che “europeizzando” diritti e libertà ci si chiese se la Costituzione avesse ancora il potere di bloccare eventuali violazioni ; i secondi scovarono in essa l’opportunità di allargare il campo di applicazione dei controlimiti alla Carta di Nizza facendo leva

sul combinato disposto dell’ art. I-5 e dell’ art. I-6 TUE ¹¹ , ma , soprattutto , sull’ art. 53¹² della Carta di Nizza .

L’ art. 53 richiama quasi letteralmente l’art. 53 della CEDU , fu fortemente voluto dal Consiglio europeo , il quale si fece portatore di una voce più grande, l’intera Europa , che avvertiva già da tempo la forte necessità di un sistema giuridico europeo interessato alla tematica dei principi e dei diritti. È proprio l’ art. 53 che fa da chiusura del sistema , è su questo che viene fondata l’ idea di una tutela minima e, contemporaneamente , si rinviene una “*clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti*”¹³.

La parte iniziale dell’articolo prevede che “nessuna disposizione deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri “, basandosi su tale inciso la dottrina maggioritaria ¹⁴ ha costruito l’ idea della “tutela minima” ovvero la Carta di Nizza supplisce e serve nei casi in cui non vengano rispettati i diritti da questa tutelati secondo uno standard minimo , prevalendo , invece , le

¹¹ Oggi rispettivamente art. 3-ter e art.6 come aggiornato ,conclamano il principio di sussidiarietà e proporzionalità , e sanciscono che “ *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.*”

¹² Art. 53 Carta di Nizza: “*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri*”.

¹³ V . SALMASO, *Rapporti interordinamentali e controlimiti* , www.tesionline.it, 2011.

¹⁴ A. CELOTTO e T. GROPPI , *Primaute e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale* , in Quad. cost. , 2004, n.4 pp. 868 ss.

costituzioni nazionali tutte le volte in cui queste garantiscano una tutela più incisiva .

Altra parte della dottrina minoritaria¹⁵, ma, per certi versi , anche l'interpretazione data dai giudici comunitari ¹⁶ , appellandosi all'inciso “*nel rispettivo ambito di applicazione*” e conducendo un' interpretazione meramente letterale – non facendo seguire a questa lo studio dell' intenzione dell' legislatore ¹⁷ ha dato un'interpretazione restrittiva dell' art. 53 : se anche la Carta di Nizza prevedesse una tutela minore rispetto ad una costituzione nazionale ciò sarebbe legittimo *nel suo campo d' applicazione*.

Ad oggi le disquisizioni sono meramente teoriche , dal punto di vista pratico è cambiato ben poco , sia perché i nostri giudici hanno continuato ad applicare il diritto come accadeva anche prima del richiamo della Carta nel Trattato , sia perché, non si è ad oggi verificato alcun conflitto tale da chiedersi se e fino a che punto la Carta sia da considerare come ulteriore garanzia o come un potenziale

¹⁵R. MASTROIANNI ,*Supremazia del diritto dell'Unione e 'controlimiti' costituzionali :alcune riflessioni a margine del caso Taricco* , in www.penalecontemporaneo.it, 2016 ; *id.* ,*La Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali : è un vero dialogo ?* www.federalismi.it, 2017.

¹⁶ Sentenza 26 febbraio 2013, causa C-399/11, più comunemente “sentenza Melloni”.

Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha dato una lettura interpretativa all'art. 53 della Carta di Nizza e ha chiarito che il principio della maggior tutela è sicuramente immanente nel sistema UE di tutela dei diritti dell'uomo, ma a patto che ciò non metta in discussione l'unità, l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione .

¹⁷ L' art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile prevede che “*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore[...]*” , dunque , il procedimento ermeneutico che il giurista deve seguire come previsto dal legislatore non può che esser formato da due fasi che si completano a vicenda :lo studioso è tenuto ad interpretare le disposizioni avendo cura di dar *significato proprio* alle parole *secondo la connessione di esse* ovvero attenersi al significato letterale , ma ciò non può prescindere dall' *intenzione del legislatore* ovvero da ciò che al di là del solo senso letterale delle parole serve a ricostruire lo scopo di una norma , se bastasse la sola interpretazione letterale di un testo per interpretare correttamente le norme sarebbe sufficiente un procedimento automatizzato basato sul semplice significato di ogni vocabolo , viceversa , un procedimento basato esclusivamente sull' intenzione del legislatore che non sempre è chiara , priverebbe il diritto di qualsiasi certezza .

Non essendo sempre indagabile né univoco né l'uno né l' altro criterio è indispensabile che vengano utilizzati entrambi , facendo preponderare l'uno a l'altro a seconda del caso concreto . D' altra parte , lo stesso legislatore se avesse voluto subordinare l' intenzione del legislatore al significato delle parole non avrebbe utilizzato la congiunzione “*e*” - *secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*- ma avrebbe avuto cura di esprimersi tramite proposizione subordinata. .

documento che abbia la forza di disgregare ulteriormente la competenza della Corte Costituzionale con riguardo alla tutela dei diritti e dei principi fondamentali. Dal punto di vista teorico l'entrata in vigore della Carta apre un ventaglio di possibilità, da una parte, infatti, fa sì che tutti gli Stati aderenti all'Unione, sia gli attuali che i futuri, dovranno conformarsi ad uno standard minimo di tutela, dall'altra è un documento di apertura verso il futuro, disciplinando materie che non tutte le Costituzioni prendono in esame.

Se da un lato tutti i cittadini europei possano dormire sonno tranquilli in quanto qualora non dovessero ritrovare nel loro sistema disposizioni garantiste avrebbero comunque la certezza di poter usufruire della tutela minima appellandosi alla Carta, dall'altro, trattandosi di un documento rivolto al futuro potrebbe ben accadere che in alcuni campi in cui la legislazione non è ancora molto sviluppata si vengano a creare grovigli non facilmente districabili.

I campi a cui mi riferisco sono in particolare l'eugenetica¹⁸, la clonazione¹⁹, l'eutanasia²⁰.

L'art. 3 della Carta disciplina in modo diretto l'eugenetica e la clonazione, solo in via indiretta può dirsi che si hanno delle linee guida per l'eutanasia.

Pur prevedendo esplicitamente il divieto di pratiche eugenetiche e della clonazione riproduttiva degli esseri umani, non ne disciplina puntualmente ogni aspetto, secondo l'articolo, infatti *nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati [...]il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone[...]il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani*.

¹⁸ L'eugenetica può essere definita genericamente come la scienza che studia le condizioni più favorevoli alla riproduzione della specie umana per il suo progressivo miglioramento.

¹⁹ La clonazione può essere definita come la riproduzione, in vari ambiti e settori, di un esemplare identico in tutto e per tutto al modello.

²⁰ L'eutanasia deriva dal greco <<eu>> che significa <<buono>> e <<thanatos>> che significa <<morte>>, si intende la morte non dolorosa provocata o accelerata con mezzi attivi o con la sospensione delle cure, per interrompere l'agonia degli ammalati inguaribili.

Ciò che , innanzitutto, pare riduttivo è che l' eugenetica è vietata *nell' ambito della medicina e della biologia* , questo significa forse che delle politiche pubbliche coattive possano , invece , esser permesse ? ²¹ E ancora, la Carta di Nizza sembra aver circoscritto il campo dell' eugenetica in medicina al solo caso della fecondazione assistita, il riferimento lo si trova specificamente allorquando la disposizione precisa che il divieto è imposto *in particolare* alle pratiche *aventi come scopo la selezione delle persone* .

Per chiarire il primo punto : in passato è già capitato che gli Stati ,per controllare la diffusione di alcune malattie, abbiano messo in atto politiche eugenetiche , una delle più recenti riguarda la campagna di prevenzione sarda ²² , grazie a questa è stato possibile , con la collaborazione dei cittadini , controllare la diffusione della talassemia .

La Carta di Nizza non specifica in alcun modo però , se delle politiche eugenetiche coattive il cui scopo sia quello di preservare il bene salute a livello collettivo siano lesive o meno dei diritti tutelati. In un eventuale caso limite in cui lo Stato si trovi costretto a decidere tra limitare temporaneamente un diritto inviolabile della persona in nome di un altro diritto del medesimo rango messo in pericolo , quali linee direttive riesce a dare la Carta di Nizza²³ ?

²¹ A. SANTOSUOSSO, *L' integrità della persona nell' ambito della medicina e della biologia : a proposito dell' art. 3 della Carta di Nizza*, IN *Danno e responsabilità* , n.8-9 ,2002, pp.809-816.

²²Tratto dalla proposta di legge n. 424 del Consiglio regionale della Sardegna per la Costituzione della Azienda speciale per la lotta contro le talassemie :” L'adozione delle misure preventive adottate nel periodo tra il 1979 e il 1996 sulla base di un programma ad estensione regionale coordinato dall'Ospedale regionale per le Microcitemie ha portato da una nascita reale di 110 nuovi casi omozigote per anno negli anni 75-76 (4 x 1000 nati vivi) , alla nascita intorno a 2 nati vivi per anno.

Nel 1997, per fattori tuttora in corso di studio, si è verificata la nascita di ben 13 casi di soggetti malati di talassemia, a testimoniare che i provvedimenti di carattere preventivo, che saranno più ampiamente descritti successivamente, devono essere applicati in maniera continuativa e senza cali di attenzione (senza abbassare la guardia).”

²³ La Carta di Nizza non ci dà alcun tipo di indicazione a riguardo , per cui un eventuale sacrificio di un diritto inviolabile in nome di un diritto del medesimo rango può essere definito come lecito o illecito in sede giurisprudenziale . Sarà quello il luogo in cui verranno effettuate le ponderazioni del caso tenendo conto di tutto il sistema non solo interno , ma anche europeo e , se del caso , internazionale .

Passiamo al secondo nodo della questione : la Carta si preoccupa dell’attualissimo problema della fecondazione assistita, il nobile obiettivo è quello di impedire che l’ aiuto concesso al fine di procreare possa esser trasformato in un vero e proprio “supermarket” in cui scegliere le qualità fisiche del proprio bambino .

Sono due gli aspetti da sottolineare :innanzitutto le pratiche eugenetiche in medicina investono svariatisimi ambiti , a titolo esemplificativo basta citare la sterilizzazione volontaria²⁴ e il transessualismo,²⁵ per cui la Carta si occupa di una piccolissima parte del problema; in secondo luogo , avrebbe dovuto distinguere tra pratiche di eugenetica positive e negative , nelle prime rientrano tutte le pratiche il cui unico scopo è quello di migliorare la specie umana , tra le seconde rientrano , invece , quelle pratiche il cui scopo è limitare la trasmissione di patologie gravi al fine di ridurre la frequenza nelle generazioni successive . Non troviamo alcuna traccia di tale distinzione nella Carta , oltretutto sarebbe lecito chiedersi secondo quale criterio non è possibile scegliere il colore degli occhi di un bambino ed è , invece, possibile interrompere una gravidanza a causa di una malformazione fetale. In entrambi i casi , infatti, si tratta di eugenetica.

Al di là delle personalissime opinioni e dell’etica e morale che sostiene una scelta piuttosto che un’altra , l’aspetto giuridico della Carta a riguardo può dirsi scadente : sono accennati grandi principi , ma non si danno né direttive compiute né strumenti utili per intervenire .

Per l’ eutanasia il discorso si complica ulteriormente poiché in alcuni Paesi europei è legale, nell’ ordinamento italiano non lo è eppure, tutti gli Stati rimandano alla Carta di Nizza !

I primi disciplinano l’eutanasia rispettando il principio della dignità umana come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea , il secondo ,

²⁴ La sterilizzazione volontaria era considerata reato fino al 1978.

²⁵ In Italia la legge n. 164 del 1982 ha previsto la “rettificazione di attribuzione di sesso”, attraverso l’autorizzazione all’intervento chirurgico e alla successiva modifica dei dati personali anagrafici (nome e sesso) nei documenti.

appellandosi al diritto alla vita , il risultato cui arrivano è l' uno agli antipodi dell' altro.

È chiaro che su molte materie spinose la disciplina a livello europeo non può ancora essere omogenea , il rischio che vi siano delle dicotomie tra i vari giudizi si innalza in maniera proporzionale alla delicatezza dell' argomento .

Ma tornando al quesito iniziale , se è pacifico che in caso di violazione di un diritto fondamentale che è tutelato con intensità diversa ai due livelli l'art. 53 della Carta di Nizza e la nostra giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che si darà la protezione più forte , quant'anche sia quella nazionale, nel caso opposto , invece , cosa succede ?

L' UE , chiaramente , esige che sia data applicazione alla Carta di Nizza pena la violazione di un trattato da parte dell' Italia, la Corte Costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi a riguardo in alcune sentenze in cui la stessa Carta di Nizza veniva richiamata come parametro interposto.

Nella sent. n.80/2011 il Giudice delle Leggi innanzitutto si esprime cercando di ricostruire il nuovo quadro normativo . La tutela dei diritti fondamentali oltre che dalla nostra Carta costituzionale, è garantita in primo luogo dalla Carta di Nizza *che l'Unione riconosce e che ha lo stesso valore giuridico dei trattati* , in secondo luogo dalla CEDU ed , infine , dai principi generali che comprendono sia i diritti sanciti dalla quest'ultima che quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ci si trova cioè innanzi ad un sistema complesso ed articolato il cui fine ultimo è quello di garantire al massimo delle potenzialità la tutela dei diritti tramite la stesura di un testo scritto *preciso ed articolato* .Secondo la Corte Costituzionale il richiamo della Carta di Nizza sia alla CEDU, che ai principi comuni altro non è che un modo per evitare la " cristallizzazione " dei diritti fondamentali , irrigidendo il sistema a tal punto da non permettere alla Corte di Giustizia di crearne di nuovi . Nonostante le premesse siano queste, il giudice costituzionale precisa subito dopo che<< *rimane valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il*

diritto comunitario è applicabile , e non anche alle fattispecie regolate dalla normativa nazionale>> , precisando, altresì che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati non ha alcun effetto sul riparto di competenza tra Stati membri e istituzioni europee proprio come enunciato all' art 6. del Trattato e all' art. 51 della Carta di Nizza. Presupposto per l' applicazione della Carta europea dei diritti è dunque che la fattispecie sottoposta all' esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto .

Nonostante gli sforzi della nostra Corte il quadro che ne è venuto fuori non è del tutto chiaro . Qualora un giudice *a quo* , infatti , si dovesse imbattere nell' applicazione di un caso concreto riguardante un diritto fondamentale , avrebbe solamente delle linee guida generiche, che nulla aggiungono a quanto già prospettato in dottrina ²⁶. Volendo concludere sull' argomento le prospettive possibili rimangono dunque due : qualora il caso riguardi una materia di competenza europea il giudice non dovrà fare altro che applicare la tutela più intensa, nel caso in cui la materia non sia , invece, disciplinata a livello europeo si dovrà applicare la normativa nazionale .

La sorte dei controlimiti , in questo contesto pare non essere ancora del tutto delineata , ma per un processo di integrazione corretto , è condivisibile l' idea secondo cui *<<Assicurando l'operatività dei maggiori livelli di protezione dei diritti previsti dalle Costituzioni degli Stati membri, si potrebbe avere come conseguenza l'applicazione della disposizione nazionale, disapplicando la norma comunitaria, laddove una maggiore protezione sia garantita dalla Costituzione italiana. Le Corti nazionali non dovrebbero operare alcuna forma di "ribellione" in caso di violazione di quei diritti, ma potrebbero far valere i menzionati principi per invocare una deroga alle regole comuni ed imporre il rispetto della più elevata tutela assicurata dal rispettivo ordinamento.*

²⁶ A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo*, www.archivio.rivistaaic.it , 2003 ; ma anche A. CELOTTO ,*Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo* , www.forumcostituzionale.it, 2003 ; M. LUCIANI , *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in www.questionegiustizia.it , 2015.

In conclusione, l'art. 53 della Carta si presenterebbe come «la clausola di legittimazione della dottrina dei controlimiti», ricostruiti in chiave dinamica, vale a dire come «momenti di raccordo finalizzati a garantire il massimo di tutela ai diritti»²⁷.

²⁷ V. SALMASO, *Rapporti interordinamentali e controlimiti*, www.tesionline.it, 2011.

1.3 Integrazione normativa ex artt. 10 e 11 della Costituzione

La nostra Costituzione , nata immediatamente dopo la caduta del fascismo fu il frutto di un compromesso tra le diverse forze politiche del tempo , sebbene vi furono lunghi dibattiti , tutti i partiti si trovarono di comune accordo su alcuni punti fondamentali : era necessario redigere delle norme che assicurassero apertura verso gli scenari internazionali , pacifismo , libertà e uno Stato di diritto.

Il primo comma dell’art. 10 Cost. recita testualmente che *“L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute “*, ove ,per norme generalmente riconosciute si intendono le norme consuetudinarie le quali esplicano i loro effetti all’ interno del nostro ordinamento automaticamente , senza la mediazione di leggi di adattamento .

Le disposizioni internazionali di natura pattizia , invece , per poter interagire pienamente col nostro sistema e spiegare i loro effetti necessitano di specifiche procedure di ricezione , che si distinguono in ordinaria e speciale .

Quando la norma internazionale è sufficientemente dettagliata il legislatore , insieme alla ratifica, può emanare un ordine di esecuzione contenente il rinvio²⁸

²⁸ Nel mondo giuridico esistono due tipi di rinvii, quello mobile e quello fisso . Il legislatore opta per l’ uno o l’ altro in virtù della forza che intende conferire alla norma cui si rinvia. La scelta tra i due comporta delle differenze di ordine sostanziale considerevole.

L’ utilizzo del rinvio mobile comporta il richiamo diretto della fonte esterna , le vicende che la interessano – dalle modifiche alle abrogazioni – si riversano automaticamente all’ interno del nostro ordinamento senza alcun filtro . I canoni interpretativi utilizzati sono quelli dell’ ordinamento di provenienza.

Il rinvio fisso richiama uno specifico atto esterno , le norme vengono applicate come recepite all’ interno , sono del tutto indipendenti da qualunque modifica operata nell’ ordinamento di origine e l’ interpretazione segue i criteri del sistema interno .

Nel caso delle norme internazionali è pacifico che quelle di natura consuetudinaria operino secondo il meccanismo del rinvio mobile , per quelle pattizie recepite con procedura speciale – il problema non si pone quando è utilizzata la procedura ordinaria poiché è emessa normale legge di adeguamento – la dottrina non è unanime nel classificare il rinvio, la soluzione generalmente accettata è che è da intendersi il rinvio come mobile qualora il legislatore accompagni l’ ordine d’ esecuzione con la proposizione <<e successive modifiche>>, ragionando *a contrario* nel silenzio della legge – *“Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit”*- il rinvio è da intendersi fisso.

alla stessa , quando non è possibile rimandare direttamente alla norma esterna si procede con la legge di adeguamento ²⁹.

Le norme comunitarie , come precedentemente detto (*sub 1.2*) , godono di un regime particolare e ricevono copertura costituzionale dall’ art. 11 Cost. ,secondo periodo ,che consente << *in condizioni di parità con gli altri Stati , alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni [...]*>>

Fino alla modifica dell’art. 117 Cost. si è sempre ritenuto che i trattati internazionali avessero il medesimo rango della legge di adattamento che gli avesse dato attuazione , ovvero rango di legge ordinario , ciò comportava che una qualsiasi legge ordinaria successiva avrebbe potuto modificarla o abrogarla e a ciò poteva pervenirsi ragionando *a contrario* : il costituente ha espressamente dotato di copertura costituzionale solamente le norme consuetudinarie , non prevedendo null’ altro ex art. 10 Cost.

Tale impostazione può dirsi ancora corretta alla luce della modifica dell’art. 117 Cost., a mente del quale *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto .. dei vincoli derivanti .. dagli obblighi internazionali”*?

Si sono immediatamente posti numerosi problemi di ordine logico – interpretativo, d’ altra parte un’affermazione di tale portata non poteva che avere effetti dirompenti non solo in ambito dottrinario , ma anche sul versante applicativo.

Sebbene la dottrina maggioritaria e più attenta ³⁰ abbia sostenuto che l’ esplicito riferimento al rispetto degli obblighi comunitari e internazionali non può essere inteso né nel senso che questi ultimi godono di un meccanismo d’ adattamento

²⁹ La legge di adeguamento è una legge ordinaria emanata ad hoc per il recepimento della norma esterna .

³⁰ . A. RUGGERI , *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti , tra teoria delle fonti e teoria dell’ interpretazione, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2003.*

automatico non dissimile da quello prospettato dall' art. 10 Cost. , né nel senso che questi possono essere equiparati ai vincoli comunitari ³¹ e che , piuttosto , il legislatore costituzionale ha inciso non sulle modalità con cui la norma internazionale convenzionale entra a far parte dell'ordinamento interno, ma esclusivamente sulla forza che questa assume una volta immessa e dunque nulla sarebbe cambiato quanto alle modalità di ricezione dei trattati nel diritto interno, rimanendo l'ordine di esecuzione la condizione di applicabilità delle norme internazionali pattizie nell'ordinamento nazionale, qualche altro studioso ³² , con tesi minoritaria , ha sostenuto che il legislatore abbia , invece , inteso creare un meccanismo di adattamento per il diritto internazionale pattizio analogo a quello previsto per le norme consuetudinarie appoggiandosi all'interpretazione suffragata dal testo della norma, secondo cui il vincolo (inteso come obbligo di rispettare la norma internazionale) a carico del legislatore nazionale sorgerebbe per effetto del perfezionarsi dell'accordo sul piano internazionale, a prescindere dalla sua recezione nell'ordinamento interno. In quest'ottica si evidenzia come la norma si riferisca agli obblighi internazionali, anziché alle relative norme interne di esecuzione, con la conseguenza che il trattato e non la norma interna che lo recepisce, assurgerebbe al ruolo di parametro di legittimità costituzionale in qualità di norma interposta.

Malgrado il tenore letterale della norma in esame, appare senz'altro più convincente, la ricostruzione secondo cui il perfezionarsi del procedimento di stipula del trattato non implica di per sé solo l'immissione delle norme in esso contenute nell'ordinamento interno.

Tuttavia tali norme ai sensi del 117 Cost., una volta recepite, finiscono per collocarsi nel sistema delle fonti in una posizione intermedia tra norme

³¹ Il legislatore ha accuratamente distinto tra “vincoli comunitari” e “ obblighi internazionali “ , già il significato letterale dei vocaboli scelti è indice di come i primi siano più intensi rispetto ai secondi .

³²F . SORRENTINO , *La tutela multilivello dei diritti* , *archivio.rivistaaic.it* T, 2004; id. , *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario* ; in *Dir. Pubblico comparato ed europeo*,2012.

costituzionali e norme legislative ordinarie e per assumere il valore di norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale della eventuale disposizione interna antinomica.

Pertanto norme interne contrastanti con norme pattizie *recepte* sono da considerare illegittime per violazione della Costituzione, secondo il modello delle norme interposte.

In questa prospettiva eventuali problemi di costituzionalità di leggi interne incompatibili possono sorgere solo una volta che il trattato sia stato reso esecutivo in Italia.

Neppure la legge 131/2011 (c.d. legge “ La loggia”) contenente le disposizioni per l’adeguamento dell’ ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 3/2011 è stata di grande aiuto per i nostri interpreti !

All’ art. 1 che si occupa della questione è previsto semplicemente che *“costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell’art. 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute di cui all’art. 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione di sovranità di cui all’art. 11 della Costituzione, dall’ordinamento comunitario e dai trattati internazionali”* senza null’ altro aggiungere a riguardo .

La norma , oltretutto , amplia il margine di incertezza discorrendo di “trattati” tout court , non specificando se tra questi sono da intendersi anche quelli conclusi in forma semplificata dal Governo ³³.

³³ Lo Stato si impegna sul fronte internazionale procedendo alla stipula dell’ accordo , il cui elemento essenziale è l’ incontro tra due o più manifestazioni di volontà il cui scopo è quello di creare , modificare o estinguere norme giuridiche internazionali .
Le forme utilizzate per il raggiungimento di tale scopo sono il procedimento in forma solenne e quello in forma semplificata.
Il primo è frazionato in quattro distinte fasi : la negoziazione (fase della trattativa) , la firma (da questo momento il testo viene autenticato e non è possibile apportare ulteriori modifiche) , la ratifica (lo Stato dichiara la volontà di impegnarsi, in Italia il testo è approvato dal Presidente

Malgrado la norma costituzionale e la versione definitiva di quella attuativa appaiano riferirsi a qualunque obbligo internazionale, comunque assunto, l'analisi sistemica della Costituzione³⁴, si è osservato³⁵, porta ad escludere che possano costituire un vincolo per il legislatore i c.d. trattati in forma semplificata conclusi dal Governo. La prassi insegna, infatti, che tutti gli accordi internazionali stipulati dall'esecutivo non interessano materie politiche, né materie coperte dalla riserva di legge e ciò comporta che non sia nemmeno necessario l'utilizzo di strumenti normativi interni³⁶, per ciò è sempre stato permesso l'utilizzo della forma semplificata, altrimenti bisognerebbe concludere che gli accordi in forma semplificata conclusi dall'esecutivo senza previa autorizzazione parlamentare (ovvero dalle Regioni ai sensi dell'art. 117 Cost.) siano idonei a condizionare l'esercizio della potestà legislativa e ciò non significherebbe altro che deturpare del suo naturale potere legislativo il Parlamento e, conseguentemente, violare il principio della sovranità del popolo nonché alterare l'equilibrio tra potere

della Repubblica) e lo scambio (quando il trattato è bilaterale) o il deposito (quando il trattato è multilaterale) delle ratifiche.

Il procedimento in forma semplificata ha la peculiare caratteristica di dare pieno potere ai plenipotenziari (organi rappresentativi dello Stato), i quali apponendo la firma manifestano direttamente la volontà dello Stato. In questo procedimento manca la fase della ratifica.

Nell'ordinamento italiano non esiste una disposizione esplicita che disciplini il procedimento in forma semplificata, ma ne esiste una, l'art. 80 Cost. che prevede le materie per cui tassativamente è necessario il procedimento in forma solenne.

L'art. 80 Cost. recita: «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

Per tutte le altre materie non previste tassativamente è possibile utilizzare la forma semplificata con gli indubbi vantaggi di snellezza e velocità che lo contraddistinguono. Risolto della medaglia è che, però, lo Stato potrebbe ritrovarsi impegnato sul fronte internazionale senza che gli organi deputati alle scelte legislative - le Camere - sino coinvolte nel procedimento.

La responsabilità, in questi casi, è assunta dall'organo esecutivo - il Governo - il quale è investito, temporaneamente, dei poteri tipici dell'organo legislativo.

³⁴ Gli artt. 70, 76 e 77 Cost. configurano come eccezionali le ipotesi in cui il Governo può esercitare poteri normativi di rango primario.

³⁵ E. LAMARQUE E. e P. CAVALERI, *L'attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. commento alla legge "La Loggia" (l. 5 giugno 2003 n. 131)*, Giappichelli, Torino, 2004.

³⁶ Il che non ha comunque impedito al Governo di stipulare accordi che, comunque, avrebbero necessitato della forma solenne, ma un po' per la "pigrizia" del Parlamento che ha sempre concesso una sanatoria successiva, un po' per evitare eventuali inadempimenti internazionali, l'esecutivo ha abusato di tale potere.

esecutivo e potere legislativo a discapito del secondo , mettendo a rischio il principio della separazione dei poteri.

Ne consegue logicamente che la lettura del 117 Cost. in combinato disposto con l'art. 80 Cost. dà garanzia costituzionale ai soli trattati ratificati dal Capo dello Stato a seguito di previa legge di autorizzazione .

Se la Costituzione richiede il preventivo assenso parlamentare per la conclusione di accordi internazionali che comportano modificazioni di leggi (art. 80 cost.), è logico ritenere che lo pretenda pure (a maggior ragione) per la formazione di trattati che si traducono in un vincolo nei confronti della legge stessa.

Qualche spunto chiarificatore è possibile coglierlo nelle sentenze gemelle ³⁷ della Consulta.

La Corte fa luce sul punto in un passo della sentenza 348 statuendo che *<<Ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di “adattamento automatico”, sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema delineato dalla Costituzione italiana e più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie>>*.

Chiarito questo punto la Consulta chiarisce altresì che *“proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi ,*

³⁷ Sentenze 348 e 349 del 2007 .

ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le <norme interposte> e quelle costituzionali”.

Ne consegue che nel caso pervenuto all'esame della Corte come *“in occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta”.*

La Corte opera una sintesi della propria giurisprudenza con riguardo alle poche disposizioni costituzionali relative ad obblighi internazionali (art 7, 10 e 11), non modificate dalla riforma del 2001 ribadendo che *“l'art. 10, primo comma, Cost., concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario, mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale. Per converso, l'art. 10, secondo comma, e l'art. 7 Cost. fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate. L'art. 11 Cost., è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento”* (sentenza n. 349, punto 6.1).

Nel nuovo sistema dunque ogniqualvolta non sia possibile al giudice superare l'antinomia in via interpretativa, l'incompatibilità della norma interna con quella pattizia *“viola per ciò stesso”* il parametro di cui al comma 1 dell'art. 117.

Se ne deduce che la legge attuativa (e non la norma del trattato in via diretta) per effetto del nuovo art. 117 Cost. assume qualità di norma interposta nel giudizio davanti alla Corte, tali da potere determinare l'illegittimità costituzionale di leggi interne con essa incompatibili.

L' art 117 comma 1 Cost. ha certamente portata innovativa , se prima l'inadempimento di un obbligo derivante da norma pattizia comportava la responsabilità dello Stato italiano sul fronte internazionale – ma null' altro sul piano interno – oggi vige l ' obbligo di uniformarsi alle norme dei Trattati internazionali tramite legge d' esecuzione e , qualora ciò non avvenga , quest' ultima dovrà esser considerata illegittima per violazione dell' art. 117³⁸.

Passiamo all' analisi dell' articolo 11, che specificamente si occupa della ricezione delle norme europee all' interno dello Stato.

Nella seconda parte testualmente si prevede che *“[L'Italia] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”*.

A differenza di molti altri Stati che hanno modificato le loro Costituzioni al fine di creare delle disposizioni ad hoc per l' entrata dei trattati europei negli ordinamenti , l' Italia ha preferito lasciare invariato il quadro normativo applicando la norma generale dell' art. 11 Cost.

Non si può di certo dire che l'art. 11 Cost. sia rimasto immune da interpretazioni manipolative: il costituente , come si evince dai lavori preparatori , con l'art. 11 altro non intendeva che porre l' Italia nella posizione di “limitare” – non cedere – la sovranità allo scopo di raggiungere pace e giustizia e non allo scopo di creare unioni basate su finalità prima meramente commerciali, ora ibride. Tralasciando il cammino che è stato intrapreso al fine di non modificare la Costituzione e utilizzare un articolo già scritto , soffermiamoci sul (nuovo) compito affidato all'articolo in questione.

³⁸ S. M. CICONETTI , *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in www.archivio.rivistaaic.it ,2008.

Il più grande interrogativo che si pose la dottrina fu se per dare attuazione ai Trattati europei fosse sufficiente rimandare all' iter procedurale previsto dall' art. 80 Cost. o , se invece, fosse necessario dare copertura costituzionale ³⁹.

La soluzione scelta fu quella di una via intermedia : dare attuazione ai trattati europei tramite legge ordinaria , ma garantendole comunque copertura costituzionale in modo tale che una norma ordinaria successiva non potesse scalfirne gli effetti, come detto, infatti , nel caso in cui dovesse nascere un conflitto tra norma interna e norma europea il giudice a quo è tenuto a disapplicare la prima per dar spazio alla seconda .

Nonostante la modifica dell' art. 117 comma 1 , la Corte Costituzionale ha espressamente chiarito che è l' art. 11 Cost. ad essere il *sicuro fondamento* ⁴⁰ del fenomeno dell' integrazione europea. L' art. 11 Cost. non conferisce automaticamente efficacia al diritto europeo ; ciò che garantisce a livello costituzionale è la cooperazione tra Stati al fine di promuovere i principi e i diritti della Carta e solo a queste condizioni lo Stato italiano può cedere porzioni della propria sovranità .

La Consulta ritiene certamente inteso il legame con l'ordinamento europeo , ma chiarisce ogni volta che ne ha il modo , che si tratta di integrazione e non di sovrapposizione tra ordinamenti . Con la sent. 102/2008 la Corte Costituzionale per la prima volta, in un giudizio principale , si riconosce come giudice nazionale alla pari degli altri giudici operando il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 234 TUE, ma pur rinnovando la sua posizione nei confronti dell' ordinamento comunitario - si riconosce che ex art . 11 Cost. il nostro Stato è entrato a far parte di un ordinamento integrato , autonomo e coordinato che trasferisce l'esercizio dei poteri (compresi quelli normativi) nelle materie oggetto dei Trattati, non discorre mai di <<unico ordinamento>> o di <<ordinamento unitario>>, piuttosto

³⁹ Si avvertì sin da subito l'esigenza di disciplinare i trattati europei diversamente da tutti gli altri trattati internazionali.

⁴⁰ In sent. 227/2010 C. Cost. il Giudice delle Leggi ribadisce che è l' art. 11 la disposizione specifica per l'attuazione del diritto comunitario.

parla di <<autonomia e coordinazione >> e precisa che i poteri normativi ceduti sono quelli previsti dai Trattati senza estendere *tout court* la cessione della sovranità illimitatamente all'ordinamento europeo .

Le norme comunitarie ,dunque, prima con l'articolo 11 e ora col combinato disposto del novellato art. 117 comma 1 ,vincolano il legislatore italiano a mantener fede agli impegni presi a livello europeo , ne rafforzano l' intensità, ma senza per ciò stesso rinnegare l' indipendenza dello Stato che si riserva comunque di legiferare in modo autonomo nella materie non previste dai Trattati , e impone , in quelle cedute, che sia rispettato il limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione⁴¹ .

Non è dello stesso avviso la Corte di Cassazione che , incurante delle pronunce costituzionali , ha in diverse pronunce ⁴², riposto invece la teoria dei controlimiti in un angolo in virtù del nuovo art. 117 .

All' indomani dell' entrata in vigore di questo , secondo i giudici di legittimità , non ci sarebbe più alcun dubbio sull' integrazione totale dei due ordinamenti . Non potrebbe , cioè , non ritenersi che tenere in vita la teoria dei controlimiti sia in <<*aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione*>>.

Non solo in giurisprudenza, ma anche in dottrina ,taluni⁴³ hanno ritenuto che con il nuovo primo comma sia avvenuta la “costituzionalizzazione “ del vincolo comunitario e pertanto , la Corte Costituzionale avrebbe dovuto accantonare la teoria dualista e , conseguentemente, la teoria dei controlimiti per concentrarsi , invece, sul bilanciamento fra principi diversi e non gerarchicamente ordinati , ma

⁴¹ Sentenze nn. 349, 348 e 284 del 2007, n. 170 del 1984.

⁴² Cass. Civ. sez. trib.19/11/2010 nm. 23418; 29/11/2012 nm. 26286; ; 23/05/2012 nm. 8108; 1/06/2012 nm 8817 e 8818.

⁴³ L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall' ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione* , in Le Regioni 6/2001; ma anche D.U. GALETTA , *La previsione di cui all' art . 3, comma 1 , cpv . 1 della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti* , in *Problemi del federalismo*, Milano 2001,pp. 293 e ss.

posti sullo stesso piano e iscritti all' interno di un ordinamento nel suo complesso unitario .

Ad avallare questa teoria ne dovrebbe conseguire che non resterebbe alcuno spazio al diritto statale di esclusiva competenza , o come meglio si esprime il Consiglio di Stato in sent. 4207/ 2005 , si dovrebbe negare la permanenza << *di uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano , vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative* >> .

Se di ordinamento federale si vuol parlare non rimane che aspettare *un passaggio democratico di natura costituente*⁴⁴ , prima di qualunque modifica sostanziale della Costituzione in tal senso si può discorrere certamente di integrazione avanzata , ma non di “ordinamento unitario” .

I dibattiti sull' art. 11 Cost. non si esauriscono al solo campo, comunque molto discusso , dell' integrazione europea, se , infatti , si può ben dire che l' art. 11 Cost . disciplina gli obblighi comunitari ,seppur con i vari dubbi e tesi contrastanti illustrate sopra, lo stesso non si può di certo affermare per quanto riguarda le norme internazionali, ivi compresa la CEDU⁴⁵ e ciò nonostante in dottrina e giurisprudenza sia stata talvolta prospettata l' idea che la disciplina dell' art. 11 Cost. possa esser estesa alla particolare Convenzione .

La medesima posizione della Corte era apparsa già l' anno prima con riferimento alla CEDU, in una delle sentenze gemelle (348/2007), sebbene la CEDU abbia una portata ed una rilevanza non indifferente per il suo contenuto non può assurgere a norma direttamente applicabile così come avviene per le norme comunitarie, non rientra infatti né nella previsione dell'art. 10 Cost. in quanto trattasi di norma pattizia (e non consuetudinaria come previsto dall' art. 10 Cost.) , né nell'

⁴⁴ G. SCACCIA, <<Rottamare>> *la teoria dei controlimiti?* , in Commenti quaderni costituzionali 1/2013.

⁴⁵ Il riferimento alla CEDU in particolare verrà chiarito nel capitolo successivo ; per ora basta sapere che è un Trattato internazionale contenente norme disciplinanti il delicato settore dei diritti fondamentali e la cui peculiarità è che è richiamata in un Trattato europeo . L' esser menzionato in un Trattato comunitario ha destato in dottrina dubbi sulla disciplina da applicare : il rinvio “comunitarizza” la CEDU o deve esser trattata ancora come una fonte internazionale ?

art. 11 che disciplina solamente gli obblighi europei , a riconferma di ciò basta abbinare l'art. 117 C. 1 che distingue nettamente i due tipi di obblighi, i primi sono obblighi direttamente vincolanti poiché emanati da un ordinamento sovranazionale di cui l'Italia fa pienamente parte e a cui ha ceduto parte della propria sovranità, i secondi , CEDU compresa, non fanno parte di un ordinamento e per ciò stesso non possono essere direttamente applicabili, nonostante vincolino l'Italia all' adempimento.

La Consulta ha continuato sulla stessa linea anche negli a seguire, con ordinanza 207/2013 conferma il proprio orientamento e ribadisce che << *un sospettato contrasto tra legge nazionale e norma comunitaria si traduce in una questione di legittimità costituzionale rispetto ai parametri dell'art. 11 e dell'art. 117, primo comma, Cost., integrati e resi operativi dalla norma comunitaria pertinente. [...] quanto alla competenza di questa Corte a valutare la conformità di una normativa nazionale al diritto dell'Unione europea, occorre ricordare che, conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia – e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario); [...] come si è già rilevato nell'ordinanza n. 103 del 2008 – quando davanti a questa Corte pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le*

norme comunitarie, queste ultime, se prive di effetto diretto, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.; [...] la questione pregiudiziale posta alla Corte di giustizia è rilevante nel giudizio di legittimità costituzionale, poiché l'interpretazione richiesta a detta Corte appare necessaria a definire l'esatto significato della normativa comunitaria al fine del successivo giudizio di legittimità che questa Corte dovrà compiere rispetto al parametro costituzionale integrato dalla suddetta normativa comunitaria; [...]

La Corte Costituzionale opera il rinvio alla Corte di Giustizia e sottolinea, anzi, che questo è necessario al fine di una corretta valutazione di legittimità costituzionale della norma interposta.

Attualmente non si può metter in dubbio che tanto la giurisprudenza quanto la dottrina italiana ritengano che i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo siano così intensi e meritevoli di tutela da esser subordinati solo al rispetto dei diritti inviolabili e dei principi fondamentali custoditi dalla nostra Costituzione.

L'iter che interessa, invece, l'ordinamento internazionale ci ha condotto verso nuove aperture, la dimostrazione tangibile è l'art. 117 Cost. come novellato, ma non può ovviamente esser neppure lontanamente paragonato all'ordinamento europeo né per l'aspetto puramente giuridico né per il grado di integrazione raggiunto.

Ad oggi vi è ormai chiarezza sulla distinzione che vi è tra obblighi comunitari e obblighi internazionali, un caso particolare riguarda la CEDU che pur essendo classificabile come un trattato multilaterale ha la peculiarità d'esser richiamata dal Trattato di Lisbona e non sono stati pochi gli studiosi che, a causa di tale richiamo, hanno parlato di "comunitarizzazione" della stessa.

CAPITOLO 2

EVOLUZIONE E DIALOGO TRA CORTI. UN INCONTRO-SCONTRO TRA CARTE E CORTI.

2.1 CEDU : una convenzione sui generis.

La CEDU entra in vigore nel 1955, nasce nell' ambito del Consiglio d' Europa⁴⁶ che è un organo di matrice internazionale .

La carta CEDU fu un documento atto a dare le prime forme di garanzia ai diritti fondamentali a livello internazionale , ha la peculiare caratteristica di poter esser invocata dai singoli, sia che si tratti di persone giuridiche sia che si tratti di persone fisiche⁴⁷ .

Per quanto apparentemente i contenuti della CEDU e della carta costituzionale possano sembrare simili , la sfera d' azione della prima è stata ampliata notevolmente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo .

A riprova della diversa portata dei diritti delle due carte , basta citare i vari casi in cui l' Italia è stata condannata dalla Corte EDU per non aver “sufficientemente “ garantito alcuni diritti .

Uno dei casi tipo è la condanna per l' eccessiva durata del processo .

⁴⁶ Omonimo al Consiglio dell' ordinamento comunitario , ma sostanzialmente diverso per compiti e funzioni:il Consiglio d'Europa non fa parte dell'Unione europea, ma è un'organizzazione internazionale autonoma con sede a Strasburgo. Il suo ruolo principale è quello di rafforzare la democrazia, i diritti umani e lo stato di diritto nei propri Stati membri. Anche se i 27 Stati membri dell'Unione europea sono tutti membri del Consiglio d'Europa, le due organizzazioni sono totalmente distinte.

⁴⁷ Nel linguaggio giuridico, con il termine “persona” si indica il soggetto di diritto, titolare di diritti e obblighi, investito della capacità giuridica. La persona fisica sorge al momento della nascita dell'essere umano, più precisamente quando lo stesso nasce vivo; la persona giuridica è quell'organismo unitario, caratterizzato da una pluralità di individui o da un complesso di beni, al quale viene riconosciuta dal diritto capacità di agire in vista di scopi leciti e determinati, si distingue tra persona giuridica pubblica(art. 11 c.c.) e privata(art. 12 c.c.) , ora abrogato . La materia è oggi disciplinata dal D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361).

A titolo esemplificativo elenchiamo alcuni tipi di persone giuridiche : associazioni, fondazioni, comitati,società,province, comuni e gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche.

Il diritto al giusto processo è tutelato dall' art. 6 CEDU e dall' art. 111 Cost.

Il primo prevede a riguardo che *<<ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale[...]>>* , il secondo – come modificato dalla l. cost. 2/99 e l. 89/2001 c.d. “Legge Pinto” – sancisce che *<<La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge . Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale . La legge ne assicura la ragionevole durata [...]>>*. A ben vedere, dal tenore letterale pare che non vi sia differenza alcuna tra le tutele accordate dai due diversi sistemi , in realtà , sul piano applicativo delle norme è interessante scoprire che la ragionevole durata del processo per l' ‘organo giurisdizionale internazionale non sempre coincide con la ragionevole durata dell’ organo giurisdizionale italiano .

Premesso che il concetto di “ragionevolezza” non può essere confezionato e sistemato all’ interno di uno schema rigido⁴⁸ per cui non è verosimile pensare di costruire una formula matematica che ci dia come risultato il tempo “giusto” per lo svolgimento e la conclusione di un processo , ma , piuttosto , bisogna tener conto delle varianti presenti in un procedimento⁴⁹ per poter dichiarare come giustificata o meno la durata di un processo , la Corte di Strasburgo non prevede in astratto la durata massima , ma ha creato diversi criteri che oggettivizzano⁵⁰ quanto più possibile il giudizio⁵¹ di colpevolezza .

⁴⁸ GAROFOLI V., *Il mito del “tempo ragionevole”*, in Dir. pen. proc. , 1998; secondo l’ Autore *<< il concetto di “ragionevolezza” rimane nozione particolarmente elastica, di non immediata evidenza. Insomma, dire che un processo non deve essere “né troppo lungo né troppo corto” resta una semplice enunciazione di principio, un concetto vago e generico che lascia ai singoli legislatori notevoli margini di discrezionalità nel momento della sua attuazione concreta. Dopo tutto, la “ragionevole durata” del processo non può essere un concetto astratto ma necessita di essere specificato, di acquistare effettività[...]>>*

⁴⁹ LIAKOPOULOS D., *Equo processo*, CEDAM, 2007 ;per la valutazione della ragionevolezza della durata del processo non è sufficiente la determinazione del dies a quo e del dies ad quem. L’idea stessa di ragionevolezza non può non implicare una concretezza di accertamenti e apprezzamenti, la quale tenga conto della specificità di ogni singolo caso

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria; 9 marzo 2003, Georgios Papageorgiou c. Grecia: *“La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée*

Mentre la CEDU assegna al singolo un vero e proprio diritto soggettivo che può azionare ogni qualvolta si veda leso nel suo interesse, l' art. 111 Cost. ha la struttura di norma programmatica⁵² per cui il cittadino non ha in mano alcuno strumento diretto per chiedere ad un giudice comune che venga esperita azione di condanna al fine di ottenere un risarcimento dallo Stato per l' irragionevole durata del processo .

d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes “.

I criteri utilizzati poggiano sulla “complessità del caso”, sul “comportamento dell'interessato” e sul “comportamento delle autorità competenti” . La Corte oggi tiene conto anche della valutazione globale del caso (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2005, Aiffaire Karabaş c. Turquie, ricorso n. 52691/99: *le caractère raisonnable de la durée de la procédure s'apprécie à l'aide des critères qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour et suivant les circonstances de l'espèce, lesquelles commandent en l'occurrence une évaluation globale*)

⁵¹ Come osserva CHIAVARIO in *La “lunga marcia” dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in AA.VV. , Giurisprudenza europea e processo penale italiano , a cura di A. Balsamo –R.E. KOSTORIS, Giappichelli , Torino , 2008, nei procedimenti penali , osservando la prassi della Corte di Strasburgo si rinviene la violazione dell'art. 6 CEDU quando la durata del processo penale per casi normali eccede un lasso di tempo di circa 5 anni; si oscilla tra i 3 anni e 6 mesi e 4 anni e 3 mesi dall'inizio delle indagini sino alla celebrazione del terzo di giudizio. Per i casi che palesano una certa complessità la Corte considera ragionevole una durata di 8 anni e 3 mesi per arrivare alla sentenza attraverso i tre gradi di giudizio, compresa la fase inquirente.

Ovviamente in sede civile e amministrativa le tempistiche variano , a titolo esemplificativo basta citare un paio di giudizi , l'uno di condanna nonostante la durata del procedimento fosse durata 33 mesi (Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1982, Foti ed altri c. Italia, nel caso di specie si è ritenuto violato l'art. 6, par. 1 CEDU, poiché tra la perquisizione del domicilio, dell'auto e della sede sociale dell'impresa di cui il ricorrente era titolare e l'archiviazione, il Pubblico Ministero non aveva compiuto alcun atto di procedura, per cui l'inerzia immotivata dello stesso aveva contribuito a creare tempi morti non giustificati) e l' altra di non condannabilità dell' Italia nonostante il procedimento non era ancora concluso dopo più di 15 anni (Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 1995, Ciricosta et Viola c. Italia. La Corte ritiene che l'art. 6 CEDU non sia stato violato nonostante il procedimento sia durato oltre quindici anni dinanzi alla medesima autorità giudiziaria. Infatti, osservano i giudici di Strasburgo, per diciassette volte la procedura nazionale era stata rinviata su richiesta da parte dei ricorrenti o di comune accordo con il convenuto, è chiaro che gli organi giudiziari erano esenti da colpa) .

⁵² Le disposizioni della Costituzione sono state suddivise , per lunghi anni , sia da dottrina che da giurisprudenza , in norme precettive e programmatiche. Alle prime è riconosciuto il carattere dell' immediata applicazione nei confronti sia dei cittadini che degli organi statali , le seconde venivano subordinate all' emanazione di successive norme ordinarie che ne specificassero i contenuti e ne mettessero in pratica i principi sanciti , di norma erano considerate indirizzate al solo legislatore. Ad oggi la distinzione è ormai superata, le norme costituzionali sono da considerarsi tutte precettive, ovvero pur avendo alcune norme carattere programmatico – per cui servono delle norme ordinarie che ne diano piena applicazione- sono da considerarsi immediatamente vincolanti nei loro contenuti .

Compito dell' art. 111 Cost. è non già quello di tutelare un diritto soggettivo , ma , quello di dare un indirizzo alla legislazione processuale ⁵³, come la stessa Corte di Cassazione ⁵⁴ ci insegna , infatti , non << è sostenibile in contrario che nella lesione del diritto alla ragionevole durata del processo , il danno sia in re ipsa , costituendo la violazione di quel diritto , all' un tempo , sia il fatto causam dans ,del danno , sia l' evento in sé del danno (danno evento) , così come ritenuto nelle sentenze 7713/2000 e 650/2001 di questa Corte .[...] il diritto alla ragionevole durata del processo , che trova , invece , la sua fonte al livello di legge ordinaria (l.89/01) [...] contrariamente a quanto pur da taluni affermato non è riconducibile alla previsione dell' art. 111 Cost. Disposizione quest' ultima , che [...] prefigura un canone oggettivo di disciplina della funzione giurisdizionale e non direttamente una garanzia del singolo strutturata in termini di diritto soggettivo ; contiene cioè una norma meramente programmatica , non utilizzabile come strumento di controllo della durata del singolo processo (a ciò appunto ora provvedendo la l. 89/01) e che , rileva , invece , unicamente come parametro di controllo della legge che sia in tesi in contrasto con gli obbiettivi della ragionevole durata dei processi >>.

Ciò che ne deriva , pertanto è che l' interesse e la *ratio* della norma è proiettata verso un sistema che assicuri celerità ai procedimenti assicurando , comunque, la “giustizia” dello stesso .

La diversa applicazione di un medesimo concetto , la durata ragionevole del processo , è indicativa di come e quanto possano essere differenti le legislazioni nazionale e internazionale e le annesse giurisprudenze. La complessità del fenomeno ha acuito i suoi aspetti articolati nel 2009 quando il Trattato di Lisbona richiama la CEDU , all' interno del multiforme quadro applicativo della Carta, si aggiunse un' ulteriore complicanza : la CEDU doveva ora trattarsi come una fonte di matrice europea?

⁵³ A. CARRATTA, *La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale "nucleo essenziale" del "giusto processo regolato dalla legge": un monito per il legislatore ordinario*, in *Giurisprudenza italiana*,vol.3,2010.

⁵⁴ Sent .Cass. del 8/8/2002 n. 11987

Fino alle sentenze gemelle del 2007⁵⁵, l'applicazione della Carta fu alquanto controversa e confusa, delle volte fu utilizzata come un documento direttamente applicabile alla stessa stregua dei Trattati europei, altre volte le fu dato lo status di norma sub-costituzionale, altre volte ancora non fu tenuta in considerazione come fonte giuridica vincolante, bensì solo come mero parametro interpretativo.

È necessario distinguere nettamente l'applicazione della CEDU in due momenti: l'applicazione prima del Trattato di Lisbona e dopo.

Le diatribe dottrinarie cominciarono ancor prima del richiamo fatto dal Trattato di Lisbona e continuano tutt'ora a causa dell'interpretazione che se ne dà dell'art.6⁵⁶ del Trattato.

- Prima dell'art. 6 TUE

A testimonianza della confusa applicazione della CEDU all'interno del nostro ordinamento, è possibile richiamare alcune sentenze che dimostrano come, anche a distanza di poco tempo, i nostri giudici hanno mutato il proprio orientamento.

A fondamento dell'idea secondo la quale la CEDU è direttamente applicabile, citiamo la Sent. Cass. SS. UU. 28507/2005.

Il caso riguardava la richiesta di equa riparazione per irragionevole durata del processo, la parte in causa richiedeva altresì il risarcimento anche per un processo instaurato dalla madre ormai defunta. In appello la domanda fu respinta poiché il de cuius non aveva ancora maturato il diritto di poter usufruire dei diritti derivanti dalla l. 89 / 2001 (più comunemente conosciuta come "legge

⁵⁵ Corte Costituzionale sentt. 348 e 349 del 2007.

⁵⁶ Art .6 c. 2 : *"L'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali . Tale adesione non modifica le competenze dell' Unione definite nei Trattati "*

c. 3 : *"I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali."*

Pinto⁵⁷) , in quanto la morte era sopravvenuta prima dell'entrata in vigore di quest'ultima . Solo qualche anno prima la Cassazione (sent. 17650/2002; sent. 360/2003) aveva deciso la questione in senso negativo poiché nonostante nella l. 89/2001 non vi sia alcuna limitazione temporale, il diritto dell'equa riparazione trova il suo fondamento già nella CEDU , non contempla espressa previsione di retroattività e, conseguentemente , non può ritenersi che il diritto possa esser sorto in capo al deceduto e trasmesso agli eredi ; la Cassazione a sezioni unite rivede il proprio orientamento e afferma che non può più aver credito l'idea secondo la quale il diritto all' equa riparazione trova il suo fondamento nella sola legge nazionale , dovendosi piuttosto accogliere il principio secondo cui il fatto costitutivo del diritto all' indennizzo è regolato dall' art. 6 CEDU *“di immediata rilevanza nel diritto interno [...]Da ciò consegue che il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo verificatosi prima dell'entrata in vigore della l. 89/2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la non ragionevole durata, col solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e che questa si sia pronunciata sulla sua ricevibilità”* , pertanto le norme della CEDU hanno *“natura sovraordinata”* alle norme interne ed il giudice nazionale ha *“l'obbligo di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto”* (così testualmente si pronuncia la Corte).

A fondamento del secondo orientamento per cui alle norme CEDU deve esser attribuito il rango di norme sub-costituzionali possiamo citare la notissima sentenza 348/2007 Corte Cost. , i nostri giudici distinguono e differenziano gli obblighi comunitari da quelli internazionali e sottolineano che *“diversamente, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale, da*

⁵⁷ La legge porta il nome del suo estensore, Michele Pinto.

cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto[...]. Di conseguenza, poiché le norme CEDU non sono direttamente applicabili ai rapporti giuridici interni e le risoluzioni e raccomandazioni della Corte di Strasburgo si indirizzano soltanto agli Stati contraenti, i giudici italiani non possono risolvere il contrasto tra norme interne e norme CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, procedendo a disapplicare le prime” .

Chiarita la portata della CEDU la Corte sottolinea che *il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale* , per cui la deduzione che se ne può trarre è che le norme CEDU, sebbene non possano essere considerate alla stregua delle leggi ordinarie , non possono, nonostante il novellato articolo 117 Cost. , esser considerate norme costituzionali .

Ciò comporta che *“la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione”⁵⁸.*

Analizziamo, infine, una sentenza che ritrova nelle norme CEDU un mero parametro interpretativo⁵⁹: la sent. 388/99.

Secondo questo orientamento la CEDU , non differentemente da altre fonti sovranazionali che tutelano diritti e libertà fondamentali , non ha alcun particolare compito se non quello di integrare e completare la tutela ch è già

⁵⁸ La Corte si riferisce alle limitazioni previste in favore dell' ordinamento comunitario.

⁵⁹ Corte cost., sentt. 388/1999, 376/2000, 445/2002 e 393/2006

presente nel diritto nazionale, non potendo elevare la stessa ad un rango superiore alla legge ordinaria. La Corte precisa che *“indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale⁶⁰, spetta al legislatore darne attuazione”*.

Il fulcro della sentenza arriva subito dopo quando si precisa che è da rilevare che i diritti umani, sono garantiti nella Costituzione : non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo fatto dall’art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona ma anche perché *“ al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti – coincidenza, si intende, tra i diritti costituzionali e i diritti CEDU- le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”* .

Per la Corte costituzionale , pertanto , la CEDU non ha altro valore che quello di un documento che tutto al più è utile per l’ interpretazione da dare alle norme che tutelano i diritti , senza attribuzione alcuna di valore giuridico vincolante .

I dibattiti dottrinari a riguardo non si sopirono neppure con l’ entrata in vigore , nel 2009 , dell’ art. 6 del Trattato di Lisbona che richiama esplicitamente la Convenzione.

Tale previsione anzi , fu ulteriore motivo di confusione dato che gli studiosi si divisero tra coloro che lessero nel richiamo una esplicita *“comunitarizzazione”* della CEDU e coloro che non diedero alcun valore aggiuntivo al richiamo mobile .

- Dopo l’ entrata in vigore dell’art.6 TUE

L’art . 6 nel secondo e terzo comma afferma che *L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei*

⁶⁰ La corte richiama le sentenze n. 188 del 1980 e n. 315 del 1990 .

Trattati e i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Nell' art. 6 TUE vengono richiamati la CEDU , le tradizioni costituzionali e i principi generali che già , di per sé , avevano creato abbastanza dubbi circa la loro portata e applicazione : le tradizioni costituzionali, infatti , non possono essere raggruppate in un unicum in quanto vi sono differenze sostanziali tra una costituzione ed un' altra.

A titolo esemplificativo basta ricordare il caso dei matrimoni omosessuali che da alcuni ordinamenti è legiferato , ma nel nostro è proibito. In un caso del genere , se la Corte di Giustizia accoglie il matrimonio omosessuale come istituzione facente parte delle tradizioni costituzionali , il nostro Stato deve ritenersi vincolato ? ⁶¹

⁶¹ Secondo parte della dottrina la questione può essere risolta dando al termine “comune “ significato assoluto : l' ordinamento comunitario nell' interpretazione deve avere cura di tenere in considerazione tutte le tradizioni costituzionali , nulla esclusa , non potendo , tra l' altro , sovra ordinare aprioristicamente i principi di un ordinamento ad un altro. Secondo tale teoria non potrebbe accadere che venga imposto , riprendendo l' esempio del testo , il matrimonio omosessuale ad uno Stato solo perché accolto in un altro .

Secondo altra dottrina il significato da attribuire al vocabolo ha accezione relativa per cui , a prescindere dall' unanimità delle tradizioni costituzionali , il giudice ha la possibilità di costruire una trama di diritti fondamentali che si ispiri alle tradizioni costituzionali degli Stati membri , ma senza diventare la riproduzione automatizzata di questi (L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*; www.archivio.rivistaaic.it, 2014).

Abbracciando la prima interpretazione lo Stato italiano per ciò stesso non dovrebbe ritenersi vincolato ad approvare le unioni civili omosessuali , avallando la seconda, invece , dovrebbe farlo per evitare eventuali rotture con l' ordinamento europeo . L' esempio riportato nel testo ad oggi è puramente di scuola, gli Stati hanno , infatti , prerogativa sovrana nel legiferare su matrimoni e famiglia , la questione potrebbe avere rilevanza solo nel caso in cui la problematica è posta in termini di violazione del principio di non discriminazione, a riguardo la Corte di Strasburgo – ricordiamo che non si tratta di una istituzione europea- ha già condannato l' Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione dei Diritti Umani , secondo la stessa , come precisato in una nota della sentenza, <<la tutela legale attualmente disponibile in Italia per le coppie omosessuali non solo fallisce nel provvedere ai bisogni chiave di una coppia impegnata in una relazione stabile, ma non è nemmeno sufficientemente affidabile>>.

Ad oggi la situazione non ha ancora contorni ben definiti , in Italia , come in Europa , si discute della tematica, ma non sono ancora presenti disposizioni a riguardo al di fuori dell' art. 29 Cost. secondo il quale <<La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata

Per quanto concerne la portata dei principi generali, devono essere disciplinati come i Trattati e quindi avere diretta applicabilità all' interno o meno ?⁶²

Sono questioni che tutt' ora non hanno risposta univoca⁶³ e che , in quadro non del tutto chiaro , sono stati inseriti nel Trattato .

Dal 2009 la *questio* principale è : la CEDU può dirsi un Trattato che in quanto richiamato nel TUE ha , come le norme comunitarie, efficacia diretta e primato sul diritto interno o rimane classificabile solo come un trattato internazionale multilaterale con la conseguenza che non potrà esser disciplinato diversamente da tutti gli altri trattati di natura internazionale ?

Se la dottrina è più restia nel dar credito ad una ipotetica comunitarizzazione , la giurisprudenza , in alcuni casi ,si è proiettata verso il futuro dando credito e

sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.>>, basandosi sulla locuzione *società naturale* (che presuppone , dunque, l' accoppiamento tra uomo e donna e il naturale procreare) non è stato riconosciuto il diritto a fondare una famiglia alle coppie omosessuali .

⁶² Prodromica per la comprensione dell' importanza dei principi generali e della loro applicazione è la storia degli stessi. Sul nascere, la Comunità Europea, non prevedeva alcun tipo di tutela dei diritti dell' uomo , un blando riferimento lo si può trovare nell'originario art. 2 TCEE – ovvero il Trattato istitutivo della Comunità economica europea che ha creato la CEE , insieme al Trattato Euratom (Trattato istitutivo della Comunità Europea dell' energia atomica) i cc. dd. “Trattati di Roma” – secondo cui <<la Comunità ha il compito di promuovere [...] un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita>>; altro timido accenno è contenuto nell' art. 119 TCEE che tutela la parità di retribuzione tra sessi , ma si tratta , comunque , di diritti tutelati in funzione di raggiungimenti di scopi economici .

L' UE , pur interessandosi dei soli aspetti commerciali , non poteva non incidere , quanto meno , sui diritti socio-economici , la situazione si complicò ulteriormente quando la Corte di Giustizia proclamò il principio del primato del diritto europeo sul diritto interno , fu allora che si sentì l' esigenza – soprattutto delle Corti nazionali e basta qui ricordare la sentenza Frontini – di disciplinare i diritti fondamentali dell' uomo (sub I).

I principi , nati con matrice giurisprudenziale, furono , così , trascritti , in primis nell' Atto Unico Europeo del1986; poi inseriti nei Trattati di Amsterdam , di Nizza, di Lisbona ; fu creata l' Agenzia dell' Unione Europea per i diritti fondamentali nel 2007 (i cui compiti , momentaneamente , sono solo di studio e analisi dei dati non potendo né raccogliere reclami , ricorsi e denunce, né intraprendere procedure in caso di infrazione) .

I principi generali si trasformano da categoria dai contorni labili , incerti e di difficile applicazione a fonti trasposte nei Trattati , che sebbene non ancora chiaramente definiti , assurgono a fonti europee di diritto primario e non più giurisprudenziale.

⁶³ Secondo A. CELOTTO- come si evince dall' articolo *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* in www.giustamm.it 5/2010, - sia i principi che le tradizioni costituzionali non hanno la stessa portata delle disposizioni dei Trattati , a questi deve affidarsi il compito di “aiuto interpretativo” e di “guida” per il giudice a quo che nel sentenziare deve ispirarsi a questi.

rilevanza alla CEDU e lo ha fatto , in particolar modo , con sent. 1220/2010 Cons. di Stato e sent. 11984/2010 Tar Lazio .

In particolare il giudice laziale afferma che” *Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l’ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all’obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell’accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno*”, dimenticando però che con le sentenze gemelle la Corte Costituzionale pochi anni prima aveva dato diverse direttive quanto alla lettura che se ne deve dare della CEDU , ha tralasciato che non può avere copertura costituzionale, né dall’ art. 11 Cost. che si occupa esclusivamente delle norme europee , né dall’ art. 10 Cost. che disciplina le norme consuetudinarie internazionali e , a ben vedere, la Convenzione non è classificabile in nessuna delle due categorie !

Il Consiglio di Stato , in maniera non dissimile , si pronuncia declamando che *“la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divenuti **direttamente applicabili nel sistema nazionale**, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009) “* .

Il consiglio non precisa né quale norma interna abbia elevato lo status della CEDU né secondo quale criterio il rango della stessa si trasforma da norma interposta ex art. 117 c. 1 a norma direttamente applicabile, che può by-passare tutte le

norme costituzionali eccetto quelle che tutelano principi fondamentali e diritti inviolabili così come accade per il sistema comunitario , aggiunge poi che *“in base ad un principio applicabile già prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950”* come se fosse la premessa logica e giustificatrice del fatto che la CEDU sia direttamente applicabile.

In tal senso deve osservarsi, però , che se è vero che il giudice nazionale è tenuto a rispettare la Convenzione , ciò deve esser fatto nel medesimo modo che utilizza per gli altri trattati internazionali .

La reazione degli studiosi di diritto non ha tardato ad arrivare , i maggiori esponenti in dottrina ⁶⁴ hanno , infatti , immediatamente osservato che innanzitutto prima di poter utilizzare la Convenzione diversamente dagli altri trattati è necessario che avvenga l’ adesione dell’ UE alla CEDU che , ancora oggi , sebbene auspicata nel Trattato di Lisbona, non è ancora arrivata, in secondo luogo , se anche ciò avverrà nel futuro non si può di certo asserire che la CEDU prenda lo stesso valore della Carta di Nizza – dove il legislatore europeo ha voluto esplicitamente ha previsto che questa *ha lo stesso valore giuridico dei trattati* ⁶⁵ - ma alla stessa dovrà esser dato il medesimo valore che si dà alle tradizioni costituzionali e ai principi generali dell’ UE ⁶⁶ , dunque fino a quel momento i nostri giudici non dovrebbero dimenticare che il mezzo della “non applicazione “ è esclusivamente riservato alle norme comunitarie – dal 2009 anche alla Carta di Nizza - motivo per cui in tutti i casi in cui non si riesca ad ottenere un’ interpretazione conforme della norma interna alla CEDU l’unica via esperibile rimane investire la Corte Costituzionale della questione di illegittimità affinché verifichi ed operi tutti gli accorgimenti del caso qualora dovesse ritenere la norma interna sia contrastante con un obbligo internazionale.

⁶⁴ A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?* op.ult.cit.

⁶⁵ Art . 6 c. 1 TUE.

⁶⁶ Tradizioni costituzionali e principi generali come parametri utili a pervenire ad interpretazione conforme.

A riguardo un altro interessante commento ci perviene da un saggio di altro esponente della dottrina ⁶⁷ , l' autore differenzia il concetto di diretta applicabilità da quello di primato , mentre il primo fa sì *“che le norme (una volta che nel nostro ordinamento sia stata data esecuzione alla Convenzione) siano idonee a conferire agli individui diritti invocabili in giudizio”*, il secondo permette che le norme CEDU possano *“prevalere sulle norme interne incompatibili mediante il meccanismo (riconosciuto al diritto dell'Unione europea in base all'art. 11 Cost.) della disapplicazione di queste norme da parte del giudice comune”*⁶⁸ .

L' autore riconosce la sola “diretta applicabilità” delle norme CEDU ⁶⁹ , ma non il primato sul diritto interno .

Le norme , infatti , hanno invero avuto copertura costituzionale ex art. 117 c. 1 , assurgendo a norme di natura *subcostituzionale* ⁷⁰ , ma rimangono norme derivanti da una fonte internazionale e per ciò stesso non può essere loro esteso il regime previsto dall' art. 11 Cost.

È noto , infatti , che la Corte di Giustizia pur facendo propri i diritti fondamentali della Convenzione , ha chiarito che questi sono vigenti solo nei limiti del diritto comunitario ovvero , gli Stati membri hanno l' obbligo di conformarsi solo riguardo alle materie che sono di pertinenza dell' UE , ma non in tutte le altre materie in cui lo Stato detiene competenza , la lettera della legge completa e

⁶⁷U. VILLANI , *Sull' efficacia della Convenzione europea dei diritti dell' uomo nell' ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*, in Dir. Comp. 2012.

⁶⁸ Corsivo mio .

⁶⁹ Il fondamento di tale tesi va trovato nell' art. 1 della Convenzione secondo il quale *le parti contraenti «riconoscono», («reconnaissent», «shall secure») i diritti elencati nel testo. Tale formulazione esprime un obbligo immediato e precettivo di rispettare i diritti enunciati nella Convenzione e nell' art . 13 che stabilisce che ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella stessa Convenzione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo davanti a una istanza nazionale .*

Presupposto necessario per la diretta applicabilità è *esse siano self-executing*, cioè *abbiano un contenuto completo, autosufficiente, idoneo a consentire che esse siano effettivamente applicabili pur in assenza di norme statali di attuazione.* (U.VILLANI, op.ult. cit.).

⁷⁰ Le norme cioè hanno una particolare resistenza alle norme italiane ordinarie , ma non possono prevalere su nessuna norma costituzionale , in caso di contrasto , fungendo da norma interposta , ma non godendo del primato , l' eventuale contrasto della norma interna dovrà esser sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale , non essendo utilizzabile l' istituto della disapplicazione.

sostiene quest' orientamento , l' art. 6 comma 1 secondo periodo del Trattato di Lisbona prevede che << Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati>>, mentre il comma 2 precisa ulteriormente che << L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.>>.

Nonostante non sia possibile inquadrare la CEDU all' interno delle fonti che godono della supremazia sul diritto interno per il quadro normativo che ad oggi abbiamo , non si può di certo sminuirne la sua importanza e rilevanza sia giuridicamente sul piano internazionale che politicamente e socialmente sui restanti versanti , infatti, sebbene nel nostro ordinamento l' applicazione che ne deve esser data non può discostarsi da quella di un normale trattato internazionale, come carta di per sé considerata ha un impatto notevole , tale da esser stata prevista una Corte a se stante per l' interpretazione e l' applicazione della stessa .

2.2 Corte di Giustizia e Corte Edu

L' evoluzione della coscienza sociale e l' esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell' uomo sono stati la causa principale dello sviluppo del sistema della tutela multilivello , con un inevitabile intrecciarsi di competenze , che , non sempre , sono ben delineate .

Lo strumento utilizzato per il raccordo degli ordinamenti e delle giurisprudenze , è il c.d. << dialogo tra le Corti>>. Non sempre ben riuscito e coordinato , esso è stato , comunque, stato l' unico mezzo in grado di smussare le differenze tra sistemi permettendo il loro avvicinamento .

Le difficoltà comunicative sono dovute , principalmente , alla “natura” delle Corti , nate con obiettivi e strutture diverse e non sempre idonee a coordinarsi tra loro .

Un excursus sulle radici e sulle motivazioni per cui sono state istituite , aiuteranno a comprendere per quale ragione , ancora a distanza di decenni , la grande macchina della tutela dei diritti fondamentali non può esser guidata in armonia dalle Corti , seppur queste, attualmente, hanno lo stesso comune denominatore: tutelare quanto più possibile l’ uomo e i suoi diritti.

All’ indomani del secondo dopoguerra l’ Europa , dopo un drammatico bagno di sangue , ebbe un risveglio di coscienza così forte che decise di buttare giù le prime fondamenta per la costruzione di un sistema giuridico internazionale fondato su principi e valori di ordine morale.

L’ idea di un grande organo federale , basato sull’ unione dei Paesi europei , non può meglio esser espressa se non riportando alcune frasi del discorso che Winston Churchill tenne a Zurigo il 19 settembre del 1946:

<<Dobbiamo ricostruire la famiglia dei popoli europei in una struttura regionale che potremmo chiamare Stati Uniti d’ Europa e il primo passo pratico consisterà nella creazione di un Consiglio d’ Europa ...⁷¹>>.

La nascita del Consiglio d’ Europa avvenne tre anni , nel 1949, fu firmato il Trattato di Londra ⁷² che ne decretò la nascita.

Gli scopi del Consiglio , enunciati all’ art. 1 dello Statuto ⁷³ sono resi ancor più chiari dal Preambolo : gli Stati *<< irremovibilmente legati ai valori spirituali e*

⁷¹ Discorso tratto da www.raistoria.rai.it/europa/articolo.aspx?id=24339&titolo=Discorso%2520di%2520Winston%2520Churchill.

⁷² Il Trattato di Londra fu firmato il 5 Maggio 1949 da Belgio , Francia, Italia, Irlanda, Lussemburgo , Paesi Bassi , Danimarca , Norvegia , Regno Unito e Svezia, da www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001.

⁷³ Testualmente : *<<Il Consiglio d’Europa ha lo scopo d’attuare un’unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale.>>*

morali >> intendono perseguire, cooperando , i << principi di libertà personale, libertà politica e preminenza del diritto , dai quali dipende ogni vera democrazia >>⁷⁴.

A differenza della CEE , il Consiglio d' Europa , pur prevedendo delle sanzioni in caso di violazioni di diritti e libertà fondamentali dell' uomo⁷⁵ non è strutturato come un vero e proprio ordinamento , non vi è , infatti , alcun cenno ad un sistema giurisdizionale , il compito di proteggere i diritti proclamati dallo Statuto è interamente affidato agli Stati firmatari .

La Corte di Strasburgo nasce col compito di assicurare il rispetto dei principi ivi contenuti .

Inizialmente , come previsto dal Protocollo 9 , successivamente abrogato dal Protocollo 11, la Corte aveva il solo compito di interpretare e supervisionare la corretta applicazione della Convenzione , senza null' altro poter fare in termini di concretezza, coloro i quali , infatti , si fossero visti lesi un diritto tutelato dalla CEDU , avrebbero avuto come unico strumento , quello di adire la propria giurisdizione nazionale.

Con l' entrata in vigore del Protocollo XI (1998) fu introdotta una delle più grandi novità che ebbe il pregio di creare una prima vera forma di tutela giurisdizionale a livello internazionale : non solo gli Stati potevano ricorrere innanzi la Commissione Europea dei diritti dell' uomo⁷⁶ in caso di violazione da parte di altro Stato , ma anche gli individui , per la prima volta, si videro riconoscere la possibilità di adire direttamente la Corte di Strasburgo .

⁷⁴ Tratto da www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680306054

⁷⁵ Le sanzioni previste dall' art. 8 dello Statuto prevede che << *Ogni Membro del Consiglio d'Europa che contravvenga alle disposizioni dell'articolo 3, può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere nelle condizioni di cui all'articolo 7. Il Comitato può risolvere che il Membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi d'appartenere al Consiglio dal giorno stabilito dal Comitato stesso.>>.*

⁷⁶ La Commissione suddetta fu istituita nel 1954 con funzione di filtro rispetto l' attività della Corte di Strasburgo .

Il sistema di protezione attuale garantito dalla Corte Edu per gli individui ⁷⁷ è congegnato in tal modo : il soggetto di diritto leso in uno dei diritti CEDU deve prima adire la corte nazionale , richiedere tutela a questa e aver cura di precisare- in ogni stato e grado – che ciò che egli chiede è il rispetto della Convenzione . Potrebbe ben accadere che sia la corte nazionale a prestare tutela e a prendere tutti gli accorgimenti del caso affinché la violazione cessi , senza alcun bisogno di ricorrere alla Corte di Strasburgo .

Qualora ciò non dovesse succedere può adire la Corte Edu , requisito necessario per la ricevibilità del ricorso è , però , che vengano esauriti tutti i rimedi interni ⁷⁸ .

Presentato il ricorso alla Corte e dichiarato ricevibile, si giungerà alla sentenza⁷⁹ .

La sentenza avrà valore dichiarativo⁸⁰ , ma l'importanza che ne viene data, sia dalla Corte di Giustizia che da quelle costituzionali , è tale che , generalmente , si preferisce ottemperare .

⁷⁷ Mi occuperò della tutela riservata ai singoli tralasciando le procedure di protezione accordata agli Stati .

⁷⁸ Così è previsto dall'art. 35 c. 1 della CEDU. Ciò significa che l' individuo non può ricorrere , ad esempio , alla Corte , alla fine del primo grado del processo , prima deve utilizzare tutti i mezzi che la giurisdizione nazionale gli mette a disposizione per la soddisfazione del suo diritto , solo ad esaurimento di questi – poniamo il caso che si arrivi in Cassazione senza ricevere tutela soddisfacente- potrà interpellare la Corte Edu.

⁷⁹ Il procedimento innanzi la Corte si svolge in tal modo : dopo aver esaurito tutti i ricorsi interni e aver sollevato in ogni stato e grado le doglianze per le violazioni subite , deve , entro sei mesi dalla decisione definitiva della giurisdizione interna , proporre ricorso .

La procedura è quasi sempre scritta- per ovvie ragioni di snellezza e celerità -, sono previste le udienze pubbliche solo in casi eccezionali.

La Corte di Strasburgo non ha alcun potere né di modificazione né di annullamento delle decisioni prese dal giudice nazionale , in caso di violazione accertata emette il provvedimento opportuno , ma non può vigilare sull' ottemperanza di questo .

Nel caso in cui lo Stato non esegue l' ordine della Corte , sarà il Comitato dei Ministri ad occuparsi della questione.

Le sentenze, sebbene abbiano un forte impatto , non sono immediatamente esecutive, derivando da un organo istituito da un trattato internazionale , nel caso in cui lo Stato si opponga alla sentenza non incorrerà in alcun tipo di azione diretta da parte della Corte Edu , lo scenario possibile , nei casi più gravi , è che lo Stato versi in condizione di inadempienza sul versante internazionale, in termini più spiccioli , non rispettando i vincoli del trattato può essere escluso dall' accordo .

⁸⁰ La Corte non può pronunciarsi sulla disciplina interna , può esclusivamente accertare se la violazione della CEDU vi è stata o meno .

Il raffronto con la Corte di Giustizia è necessario non solo per esaminare differenze e similitudini , ma anche per comprendere appieno come le diverse discipline e sentenze interagiscono col nostro ordinamento .

Mentre la Corte di Strasburgo nasce col precipuo scopo di creare una vera e propria giurisdizione per la tutela dei diritti fondamentali , la Corte di Giustizia , sin da subito⁸¹ , proclamò che << deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell’ interpretazione e nell’applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione , ma non è tenuta di regola a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali >>.

Se il Consiglio d’ Europa stilò la CEDU con l’ obiettivo di debellare le perpetrations di violazioni dei diritti , la Comunità europea , istituita dai Trattati di Parigi⁸² e di Roma⁸³ , non si volle , volontariamente e coscientemente , interessare di tematiche così sensibili all’ alba dei forti sconvolgimenti della seconda guerra mondiale , preferendo lasciare alle costituzioni nazionali il compito di proteggere i diritti fondamentali dell’ uomo .

D’ altra parte le nazioni europee non erano pronte a “ collaborare “ su temi delicati e, oltretutto , sul piano internazionale gli Stati si erano mobilitati impegnandosi con dichiarazioni e convenzioni ⁸⁴ , per cui non si sentì l’ esigenza di impegnarsi ulteriormente sul piano europeo .

L’ orientamento della Corte di Giustizia non poteva restare immutato .

Già con le sentenze *VanGend&Loos* ⁸⁵ e *Stauder* ⁸⁶ , diede un primo timido segnale di apertura e soprattutto nella seconda la Corte si spinse fino al punto di

⁸¹ Sent . 4 febbraio 1959 , Friederick Stork & CO. Vs l’ Alta Autorità delle Comunità Europee del carbone e dell’ acciaio , causa I-58.

⁸² Trattato CECA 1951, Parigi.

⁸³ Trattato CEE ed Euratom 1957, Roma.

⁸⁴ Come sopra detto fu stilata la CEDU , ma si ricordi anche la Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948 promossa dall’ Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

⁸⁵ Sent. 5 febbraio 1963 , Van Gend & Loos vs Amministrazione olandese delle imposte.

⁸⁶ Sent. 12 novembre 1969 , Erich Stauder vs città di Ulm-Sozialamt , causa 29/69.

affermare che << i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario , di cui la Corte garantisce l'osservanza >>.

Il passo più importante di questa evoluzione arriva nel 1975 con la sentenza *Rutuli*⁸⁷.

La Corte di Giustizia inizia il dialogo con la Corte di Strasburgo , decretando , per la prima volta, che tra le fonti di ispirazione , oltre alle tradizioni costituzionali comuni degli stati , vi rientrano i trattati internazionali cui hanno aderito gli Stati , ed , in particolare , la CEDU .

Ovviamente la Corte di Giustizia non si pronunciò immediatamente nel senso di proteggere in via assoluta i diritti umani , la tutela di questi - quantomeno inizialmente – fu subordinata esclusivamente agli scopi perseguiti dall'UE .

Come la stessa ricorda in una sentenza⁸⁸ i diritti << possono soggiacere a restrizioni , a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscono , rispetto allo scopo perseguito , un intervento sproporzionato ed inaccettabile , tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti >>.

Per diversi decenni fu la Corte di Giustizia l' unica istituzione europea che sorresse e creò la struttura della tutela dei diritti .

Fu grazie all' incessante cammino giurisprudenziale che si approdò alle prime stesure atte a codificare quello che , ormai, possiamo definire come l' << *acquis*>> comunitario⁸⁹ .

Una prima forma di tutela scritta si ha con l' Atto Unico Europeo del 1987 , che nel Preambolo , contiene l' impegno di << *promuovere insieme la democrazia*

⁸⁷ Sent. 28 ottobre 1975 , Roland Rutuli vs Ministre de l' interieur , causa 36/75

⁸⁸ sent. 11 luglio 1989 *Schrader* causa 265/87

⁸⁹ Dalla locuzione francese “droit acquis” ovvero “diritto acquisito” . per “acquis communautaire” si intende l' insieme di tutti i diritti , gli obblighi , i principi e i valori che gli Stati dell' UE hanno deciso di condividere.

basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni [...] dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]>>.

Per un vero e proprio <<catalogo>> dovrà aspettarsi il 1992 : col Trattato di Maastricht ,infatti, si ebbe la prima codificazione dei diritti .

Alla luce di questo breve excursus è facile notare come le due Corti nascono con scopi del tutto diversi , le loro modalità d' interazione si sono costruite , nel corso dei decenni , in modo dissimile a causa delle loro insite differenze strutturali e funzionali , ciononostante tra le due Corti si è instaurato , pian piano un dialogo costruttivo .

A parte i vari riferimenti sparsi nelle sentenze della Corte di Giustizia , è interessante soffermarci sul comunicato stampa n. 180 / 14 della Corte di Giustizia del 18 dicembre 2014 con parere 2/13 si pronuncia in merito al progetto di accordo sull' adesione dell' UE alla CEDU , nel testo vengono individuati alcuni <<problemi di compatibilità >>.

La Corte , innanzitutto , dà una definizione della CEDU e specifica che quando entrò in vigore nel 1953 , la Comunità europea non poteva aderire all' accordo ⁹⁰.

A distanza di circa cinquant' anni è stato risolto il problema della base giuridica in quanto l' adesione alla CEDU è espressamente menzionata nel Trattato di Lisbona , ma al di là dei cavilli giuridici , la Corte si preoccupa del reale problema dell' adesione ovvero ciò che potrebbe comportare all' interno dell' ordinamento europeo .

Alcuni dei più importanti interrogativi che si è posta la Corte sono:

come l' UE può esser trattata analogamente ad uno Stato nonostante le sue peculiari caratteristiche?

Ciò che potrebbe accadere equiparando l' UE ad uno Stato è che se fino ad oggi ogni stato membro ha concesso parte della propria sovranità col solo intento di

⁹⁰ Ricordiamo che il Trattato di Roma fu firmato nel 1957.

trasferire competenze ben delineate accettando la disciplina europea – e solo questa- per quanto strettamente deciso , si vedrebbe , in caso di adesione , una sorta di equiparazione tra UE e Stati tale da poter <<compromettere>> l' equilibrio sul quale si fonda l' UE , nonché <<l' autonomia del diritto >> comunitario .

Ciò che teme l' Unione è che potrebbe ritrovarsi a dover sottostare ai dettami della Corte di Strasburgo , potendo , invece, disattendere viceversa quest' ultima l' interpretazione che ne viene data della Carta dall' UE.

La Corte puntualizza , altresì , che nel caso in cui uno Stato lamenti una violazione della CEDU nei confronti di un altro Stato o della stessa UE in correlazione al suo diritto , può sottoporre la questione alla Corte Edu compromettendo , così , la competenza della Corte di Giustizia .

Solo nel caso in cui la competenza della Corte Edu venisse esclusa per tali controversie potrebbe valutarsi l' idea di aderire .

È sulla base di tali motivi che la Corte di Giustizia conclude che il progetto d' accordo sull' adesione dell' UE non è compatibile con le disposizioni del diritto dell' UE.

Al momento la situazione prospettata è simile a quella di qualche decennio fa tra Corti costituzionali e Corte di Giustizia .

Il timore di perdere le proprie prerogative frena la Corte di Giustizia , la quale , piuttosto , si preoccupa di preservare le competenze acquisite .

Ciononostante , proprio come è accaduto tra Corte europea e corti nazionali , la chiusura iniziale nei confronti di un “nuovo” sistema è destinata a cedere il passo all' esigenza di creare uno spazio quanto più ampio e sicuro per i diritti fondamentali .

Lo strumento utilizzato a tal fine , prima di qualsiasi atto scritto è il dialogo tra le Corti , ancora una volta la spinta principale è data dalla giurisprudenza che

prepara l' *humus* adatto affinché , nel corso degli anni , il terreno giuridico sia abbastanza fertile per “piantare” le radici della legiferazione e per estendere di un altro grado la tutela multilivello .

L' intensità dell' integrazione sarà tanto più profonda quanto più vivo e costruttivo sarà il dialogo e la fiducia tra le Corti .

2.3 Il dialogo tra le diversi Corti

Come sopra accennato , lo sviluppo della trama dei diritti fondamentali è stata cucita grazie alla giurisprudenza delle Corti Supreme .

È indagando sulla collaborazione che hanno intrapreso che possiamo immaginare i possibili sviluppi della “tutela multilivello” .

Prima di analizzare i rapporti che intercorrono tra le Corti è necessario chiarire cosa si intende con la locuzione “tutela multilivello”.

Il sistema “*multilivel*” può esser descritto come la << complessa relazione tra gli ordinamenti , tra livelli normativi e istituzionali [...] in cui esistono differenti

apparati e poteri radicati su linee territoriali concentriche >>⁹¹, si è in presenza <<di una pluralità di livelli e centri decisionali >>⁹².

Si viene a creare una sorta di <<scala gerarchica >>⁹³, che , però , non è di per se stessa sufficiente a garantire che tale “macchina” funzioni .

Se da una parte questo sistema integrato di protezione coinvolge il livello internazionale ⁹⁴, quello europeo ⁹⁵e quello nazionale ⁹⁶spingendo verso un’ integrazione più completa , dall’ altra , ha messo in crisi alcuni pilastri della struttura del diritto quali la sovranità e la conseguente prerogativa assoluta di gestire la materia della tutela dei diritti .

In dottrina , esponenti di rilievo , si sono schierati a favore o contro questo tipo di sistema , adducendo , in entrambi i casi , motivazioni che non possono di certo definirsi irragionevoli .

Da una parte vi è il pensiero che non si può facilmente <<dire quando un livello di protezione sia più elevato , poiché [...]

- a) Spesso a configgere sono due o più diritti , sicché una protezione più elevata per l’ uno si risolve in protezione minore per l’ altro ;
- b) Anche quando configgono un diritto e un interesse pubblico si deve considerare che frequentemente l’ interesse pubblico non è altro che l’ epitome di un fascio di diritti e interessi degli individui , essi pure meritevoli di protezione (più elevata) >>.

È da considerare <<particolarmente grave che il costituzionalismo multilivello non solo esalti acriticamente l’ opera della giurisdizione , ma riservi un trattamento peggiore proprio ai giudici costituzionali dei singoli Paesi [...] per

⁹¹ A. D’ ALOIA , *Europa e diritti* , <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it> , 2015 .

⁹² M. LUCIANI , *costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico* , in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico , 2006 .

⁹³ F. SORRENTINO , *La tutela multilivello dei diritti* , archivio.rivistaaic.it , 2004

⁹⁴ CEDU e Corte di Strasburgo .

⁹⁵ Carta dei diritti fondamentali dell’ Unione e Corte di Giustizia.

⁹⁶ Carta Costituzionale e Consulta.

consentire a Corti sovranazionali e internazionali , prive del medesimo titolo legittimante , di imporre il proprio apprezzamento discrezionale di pretesi valori costituzionali potenzialmente configgenti con quelli nazionali >>⁹⁷.

Dall'altra vi sono autori che sostengono che grazie al sistema *multilivel* si sia diffuso tra gli ordinamenti un nucleo comune di principi che si riversano nella << consacrazione di alcuni diritti fondamentali , la delineazione di una separazione dei poteri o di funzioni e l' istituzione di un sistema di garanzie >> , grazie a più centri di riferimenti – quello nazionale, europeo e internazionale- è possibile << illuminare la centralità dell' individuo>>, si può , cioè , parlare di “ costituzionalismo cosmopolitico” per cui sono superabili << i limiti ascrivibili al rapporto di cittadinanza , in vista della migliore protezione dei diritti fondamentali >>⁹⁸.

L' argomento si intreccia con la più delicata questione dell' effettivo potere residuo rimanente in mano agli organi legislativi e , di conseguenza, la reale capacità decisionale del popolo ⁹⁹ (aspetto che verrà affrontato nel proseguo , *sub cap III*).

Il rapporto triangolare delle Corti Supreme può esser suddiviso analizzando in primis la relazione che la Corte Costituzionale italiana ha intrecciato con la Corte di Giustizia e la Corte Edu , in secondo luogo il rapporto che intercorre tra queste ultime due e solo alla fine di tale studio sarà concretamente possibile avere un ' idea del livello di integrazione raggiunto (ma , anche , raggiungibile) grazie alla giurisprudenza che , quantomeno al momento , sta supplendo spesse volte alla latitanza del legislatore.

⁹⁷ M . LUCIANI,op.ult.cit.

⁹⁸ Q . CAMERLANGO , *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico* ,Giuffrè , Milano, 2007 .

⁹⁹ Alla luce degli ultimi sviluppi può dirsi che , attualmente , gli organi giurisdizionali siano legittimati a forgiare un nuovo diritto ?

È ancora possibile discorrere di << sovranità del popolo >> ,non avendo , questo , scelto gli organi sovranazionali e internazionali , come la democraticità vuole ?

Come più volte detto nel corso dello scritto , i rapporti iniziali tra la Consulta e la Corte europea , si caratterizzavano per la netta contrapposizione che vivevano sia nella suddivisione delle materie che nell’ esito delle loro pronunce .

Il caso Costa c. Enel ¹⁰⁰ è l’ emblema della discordia tra Corti : se la Consulta decretava che i Trattati europei erano destinati a soccombere innanzi una legge interna posteriore , in antitesi , la Corte di Giustizia proclamava che non era possibile opporre al Trattato una legge nazionale seppur successiva , senza scardinare la struttura base del diritto comunitario basato sui principi dell’ efficacia e dell’ uniformità.

Da quel momento (vedi *supra* cap. I) l’ incontro tra Corti , seppur partito da lontano , ha condotto – grazie all’ intelligenza e alla sensibilità delle Corti verso i temi trattati – al dialogo dei giorni nostri .

Lo strumento più idoneo a creare un dialogo quanto più aperto e fruttuoso è , senza alcun dubbio , il rinvio pregiudiziale previsto dall’ art. 267 TFUE¹⁰¹ .

In virtù di questo la Corte di Giustizia ha la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale sull’ interpretazione del diritto dell’ UE e sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni di questa.

Il giudice nazionale può sottoporre un quesito alla Corte di Giustizia circa l’ interpretazione e/o la validità di una norma comunitaria, lo strumento è

¹⁰⁰ Il caso fu portato innanzi entrambe le Corti , le sentenze di riferimento sono sent . Corte Cost. sent. 14/64 e sent. Corte di Giustizia , causa 6/94.

¹⁰¹ Art. 267 TFUE : “La Corte di Giustizia dell’ Unione europea è competente a pronunciarsi , invia pregiudiziale :

- a) Sull’ interpretazione dei Trattati ;
- b) Sulla validità e interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni , dagli organi o dagli organismi dell’ Unione .

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri , tale organo giurisdizionale può , qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto , domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale , avverso cui le decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno , tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione , la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

facoltativo solo nel caso in cui il giudice non sia di ultima istanza , corre l'obbligo ,
invece, nel caso contrario .

Generalmente i giudici nazionali non di ultima istanza hanno utilizzato il rinvio
pregiudiziale senza alcuna riserva ,di utilizzo più ostico si è , invece, rivelato lo
strumento nelle mani della Consulta.

Non a caso la Corte di Giustizia ha più volte esortato l' uso del rinvio
pregiudiziale , a tal proposito ricordiamo la nota informativa del 25 Maggio 2011
c-160/1 in cui il giudice comunitario sottolinea come il procedimento
pregiudiziale si basa tutto sulla <<cooperazione>> tra Corte e giudici nazionali .

Ma quali sono gli effetti che sortisce la pronuncia¹⁰² della Corte di Giustizia nei
confronti del nostro ordinamento ?

Ciò che il giudice comune si ritrova è una sentenza interpretativa del diritto
comunitario, non potendo il giudice europeo sindacare la legittimità del diritto
interno .

Il giudice nazionale , qualora ritenga la pronuncia europea inerente alla causa per
cui ha investito la Corte, avrà l' obbligo di uniformarsi al diritto comunitario così
come interpretato . Non si nutre alcun dubbio sulla portata dell' efficacia : le
pronunce saranno efficaci *erga omnes*¹⁰³ per cui tutti i casi *in fieri* che abbiano
ad oggetto analoga norma europea interpretata , dovranno esser decisi secondo
l' interpretazione sopraggiunta o almeno così è stato fino all' ordinanza 24 del
2017 della Corte Costituzionale (vedi *sub infra* cap.3.4).

I giudici comuni non hanno avuto particolari difficoltà nel rapportarsi con la Corte
di Giustizia, generalmente , la collaborazione può dirsi sicuramente proficua.

Ha mostrato molto più timore la Corte Costituzionale , la quale si è preclusa la
possibilità di adire la Corte europea adducendo nella sent. 536/1995 (nonostante

¹⁰² La Corte si pronuncia tramite sentenza o tramite ordinanza.

¹⁰³ Ovvero nei confronti di tutti .

solo quattro anni prima nella sent. 168/91 si era riconosciuta tale facoltà) quale motivazione il fatto che ad essa non potesse riconoscersi la qualifica di “giurisdizione nazionale “ essendo competente ad esercitare << *funzione di controllo costituzionale , di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni* >> .

La Corte giustifica il rifiuto di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale basandosi sul concetto tecnico di giurisdizione.

La motivazione addotta non poteva , comunque , esser coerente né adeguata alla realtà dato che la Corte Costituzionale quantomeno nei giudizi in via principale è sempre stata l’ unica corte competente ad esaminare l’ oggetto della questione , alla stessa stregua di un giudice comune .

La svolta arriva nel 2008 , con due ordinanze susseguenti ¹⁰⁴ , per la prima volta la Consulta ricorre alla Corte di Giustizia , avendo però , cura di precisare che la stessa non avrebbe potuto fare altrimenti trattandosi di un giudizio in via principale ¹⁰⁵ e, dunque , unico giudice competente a pronunciarsi .

Oltretutto per motivare il cambio repentino di rotta sostiene che la nozione di “ giurisdizione nazionale “ deve essere intesa nell’ accezione che ne dà l’ ordinamento comunitario e, sulla base di questa , la Corte Costituzionale ha tutti i requisiti per esser considerata tale ¹⁰⁶ ed afferma altresì che un suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio << *comporterebbe un’ inaccettabile lesione del generale interesse ad uniforme applicazione del diritto comunitario* >>, in quanto

¹⁰⁴ Ordinanza 102/2008 Corte Cost. ; ordinanza 103/2008 Corte Cost.

¹⁰⁵ La Corte Costituzionale può esser chiamata a giudicare in ordine alla conformità a Costituzione di una legge o di atto avente forza di legge attraverso due vie :

- a) in via principale (o diretta) qualora vi sia un ricorso statale avverso statuti o leggi regionali o in caso di ricorso regionale nei confronti di leggi statali o regionali ;
- b) in via incidentale (o di eccezione) qualora nel corso di un giudizio un giudice comune ritiene che la norma che è tenuto ad applicare sia in contrasto con una o più disposizioni costituzionali ,sollevando la questione di costituzionalità.

¹⁰⁶ L . PESOLE , *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale . Spunti di riflessione sull’ ordinanza n. 103 del 2008* , articolo contenuto in Federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=10639, 2008.

essa è << l' unico giudice >> nel caso di specie . La corte si spinge oltre fino a dichiarare che il rinvio << è opportuno al fine di evitare contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale>>.

Seguendo questo ragionamento la Consulta si espone a due puntualizzazioni :

innanzitutto da quel momento deve considerarsi legittimata e competente al rinvio tutte le volte in cui vi sia un conflitto intersoggettivo¹⁰⁷ o interorganico¹⁰⁸ ; in secondo luogo , la definizione del rinvio come <<opportuno>> non è appropriata , sarebbe stato più corretto definirlo << necessario >> posto che in caso di mancato rinvio la Consulta avrebbe violato l' art. 267 TFUE¹⁰⁹ .

Un' ulteriore apertura arriva nel 2013¹¹⁰ , questa volta il dialogo viene instaurato nel corso di un giudizio incidentale.

La Consulta in quell' occasione non elabora alcun tipo di teoria , non si preoccupa di giustificare il nuovo orientamento , limitandosi ad affermare che << come già rilevato nell' ord. 103/2008, quando [...] pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie , queste ultime , se prive di effetto diretto , rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117 c. 1 Cost.; che la questione pregiudiziale posta alla Corte di Giustizia è rilevante nel giudizio di legittimità costituzionale , poiché l' interpretazione richiesta a detta Corte appare necessaria a definire l' esatto significato della normativa comunitaria al fine del successivo giudizio di legittimità che questa Corte dovrà compiere rispetto al parametro costituzionale integrato della suddetta normativa comunitaria [...]>>.

Ciò che ci si aspettava dalla Corte era un ' argomentazione del nuovo orientamento , a ben vedere, infatti , l' ordinanza 207 /13 non può dirsi la naturale conseguenza del suo unico precedente del 2008!

¹⁰⁷ Il conflitto si definisce "intersoggettivo" quando nasce tra Stato e Regioni o tra Regioni stesse.

¹⁰⁸ Il conflitto è "interorganico" quando coinvolge i poteri dello Stato .

¹⁰⁹ T. GIOVANNETTI , *L' ultimo passo del << cammino comunitario >> conduce la Corte a Lussemburgo* , www.aic.it ,2009.

¹¹⁰ Corte Cost. ord. 207/2013 .

La Corte , infatti , solo qualche anno prima si era “autolegittimata” a proporre rinvio per la sola ragione che in un giudizio principale era l’ unico giudice d’ istanza , nel caso in questione , invece , essendo un giudizio in via incidentale¹¹¹ , avrebbe ben potuto operare il rinvio il giudice *a quo*.

L’ unico sentore che avrebbe potuto far presagire che la Corte Costituzionale si sarebbe dichiarata competente ad operare il rinvio anche nei giudizi in via incidentale lo si può ritrovare, seppur velatamente, nell’ ord. 102/2008 , nello specifico si tratta di un passo in cui si legge che <<*nell’ ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale questa Corte è l’ unico giudice chiamato a pronunciarsi in ordine al loro oggetto , in quanto [...] manca un giudice a quo abilitato a definire la controversia , e cioè ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme*¹¹²>>, tra le righe è possibile scorgere che la condizione legittimante è non già che il giudizio sia in via principale (e quindi vi sia la mancanza di un giudice diverso a pronunciarsi) , bensì l’ assenza – intesa come assenza nel caso specifico , in concreto , che può verificarsi ogni qualvolta un giudice comune non investa la Corte di Giustizia- di un giudice che applichi o disapplichi la norma incompatibile¹¹³.

È solo seguendo questa linea di pensiero che risulta possibile trovare il fondamento del cambio di indirizzo della Consulta.

Per lunghi anni il dialogo è stato intrattenuto solo grazie ai giudici comuni , il cambio di pelle della Consulta degli ultimi anni ha non solo intensificato e velocizzato il processo di integrazione , ma ha anche spazzato via le paure che , da sempre, hanno caratterizzato la ritrosia della Corte Costituzionale: ciò che si sta creando non è una subordinazione nei confronti del giudice europeo , se di

¹¹¹ Vedi nota 103.

¹¹² Grassetto aggiunto.

¹¹³ B. GUASTAFERRO , *La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale : riflessioni sull’ ord. 207 del 2013*, Forum dei quaderni costituzionali ,2013.

gerarchia si vuol parlare , lo si può fare nei limiti in cui sia chiaro che ad essere gerarchizzate sono le norme e non di certo i giudici ¹¹⁴.

La Corte Costituzionale ha mostrato d' aver aperto una porta per molto tempo socchiusa , ma se l' atteggiamenti proposito e progressivo in ambito comunitario è indice di una coscienza sociale ormai quasi pronta ad un sistema parafederale, è ancora in corso di sviluppo la relazione che intercorre tra la Consulta e la Corte di Strasburgo .

Come sopra esposto (*supra* cap. 2.1) l' applicazione della CEDU è stata alquanto dibattuta , sia prima che dopo l' entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con le celeberrime sentenze 348 e 349 del 2007 , decretando che il novellato art. 117 Cost. << *non può essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare gli artt. 10 e 11 Cost.)* >>e neppure può <<*considerarsi operante soltanto nell' ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni* >>.

L' intento perseguito dalla Corte Costituzionale con l' emissione delle sentenze gemelle è quello di definire il rapporto intercorrente tra disposizioni interne di rango ordinario e “ gli obblighi internazionali “ cui si dà esecuzione tramite legge .

Le vicende processuali che conducono a tali pronunce riguardano , infatti , proprio l' applicazione di taluni principi della CEDU.

Esclusa sia l' applicazione dell' art. 10 Cost. (che prevede l' adattamento automatico delle norme consuetudinarie internazionali ,ma non di quelle pattizie) che quella dell' art. 11 Cost. (che prevede le limitazioni di sovranità solo per i trattati europei) , non restava che esaminare la questione alla luce del novellato art. 117 Cost.

¹¹⁴ G. TESAURO, *Il dialogo tra giudice italiano e Corti europee*, Quaderno europeo 59 , 2012.

Contemporaneamente alla modifica del Titolo V era anche cresciuto l' interesse nei confronti della CEDU e dell' interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Il nuovo art. 117 Cost. dà certamente maggiore forza di resistenza alla Convenzione , ma la previsione del rispetto degli obblighi contenuti in una disposizione costituzionale , non è di per se stessa sufficiente ad attribuire alle norme CEDU pari rango

Come più precisamente specificato in un passo della sentenza 348/07 , l' art. 117 Cost. ha la medesima portata di “di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria” , più chiaramente nella sentenza successiva (349/07) si legge che il” rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata ‘norma interposta’ “, per cui il rango di cui godono le norme CEDU non è né quello delle norme comunitarie , né costituzionale : le norme convenzionali assurgono , dunque , a norme sub-costituzionali , per cui il giudice comune in caso di incompatibilità tra norma nazionale e internazionale deve innanzitutto cercare di risolvere il conflitto adeguando la norma interna alla norma interposta , se ciò non sarà sufficiente non potrà fare altro che investire della questione di legittimità la Corte Costituzionale , la quale verificherà la compatibilità tra norma interna e parametro di riferimento .

Più nello specifico il compito della Consulta sarà sia di indagare sulla compatibilità della norma internazionale con tutte le disposizioni costituzionali (e non solo col nucleo forte della Costituzione come avviene per i Trattati

europei) sia di assicurarsi che la norma internazionale non offra una tutela minore rispetto a quanto previsto dalla Costituzione¹¹⁵.

Il fatto che <<tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione¹¹⁶>> non significa però che l' esito di quell' autonomo processo interpretato non possa o non debba esser vagliato dalla Corte Costituzionale con le " pertinenti norme della Costituzione"¹¹⁷.

Quest' orientamento è stato confermato dalla Consulta in altre pronunce (sent. 56/2009; sent. 311/09), in particolare nella sentenza 317/09 precisa che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere la causa di una diminuzione di tutela -rispetto a quella interna – di un diritto fondamentale , potendo , invece , al contrario essere strumento idoneo per l' ampliamento della tutela , purché venga effettuato correttamente il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente garantiti .

Il delicato compito di bilanciamento non può che essere risolto innanzitutto in sede parlamentare -poiché destinatario principale di tale compito è il legislatore - , subito dopo dalla Corte Costituzionale attraverso la sua attività interpretativa .

La Corte costituzionale in sent. 264/12 precisa oltretutto che mentre la Corte Edu tutela i diritti in maniera " parcellizzata" , la Consulta è tenuta ad operare una << valutazione sistemica [...] dei valori coinvolti dalla norma [...]scrutinata".

L' indirizzo della Corte Costituzionale sin dalle sentenze gemelle è stato di netta chiarezza , ciò nonostante non sono mancati i tentativi di applicazione diretta della Convenzione all' indomani del nuovo art. 6 del Trattato di Lisbona (vedi *supra* cap.2.1).

¹¹⁵ Sent. 349/2007

¹¹⁶ Sent.348/07.

¹¹⁷ U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell' uomo* , , www.cortecostituzionale.it,2010.

Dalla Consulta viene immediatamente chiarito che anche se la Carta di Nizza ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati e questa richiama la CEDU , non se ne può automaticamente dedurre che anche questa goda del medesimo status dei Trattati e a ciò non osta neppure l' art. 52 par. 3 della Carta di Nizza contenente il c.d. principio di equivalenza ¹¹⁸.

Non bisogna tra l' altro dimenticare che il valore attribuito alla Carta di Nizza non può incidere sulla suddivisione delle competenze attribuite all' UE e agli Stati .

Neppure l' adesione dell' UE alla CEDU può essere un'argomentazione valida , posto che ancora non è avvenuta.

Ulteriore conferma dell' indirizzo della Corte Costituzionale ci perviene anche dalla sent. 80/2011 .

La Consulta viene investita dalla Cassazione in merito alla pubblicità delle udienze, tema trattato già dai giudici costituzionali in altre occasioni ¹¹⁹, in particolare si giudici di legittimità chiedono la dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcune norme interne che dispongono la segretezza delle udienze in contrasto col *dictum* della Corte di Strasburgo e dell' art. 6 CEDU .

La Cassazione segue , dunque, uno schema di ragionamento ormai consolidato : la disposizione nazionale è in contrasto con la norma convenzionale che funge da norma interposta e tutelata dall' art. 117 Cost.

La questione già risolta per i giudizi di merito , si ripresenta per quelli di legittimità.

Nel corso del giudizio sia di legittimità che costituzionale , una delle parti sostiene che la Cassazione avrebbe dovuto disapplicare la norma interna applicando direttamente la norma convenzionale .

¹¹⁸ Secondo l'art. 52 par.3 “ Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali , il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione [...]”.

¹¹⁹ Vedi sent. 93/2010 Corte Cost.

La Consulta dopo aver chiarito che se l' assunto della parte fosse fondato , la questione non sarebbe ammissibile per irrilevanza ¹²⁰ , ribadisce il proprio orientamento .

L' art. 6 TUE stabilisce che l' << Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati[...]. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[...] . I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali>>.

Innanzitutto l' adesione dell' UE alla CEDU è un progetto non ancora compiuto , per cui non può darsi rilevanza alla sola prospettiva ; in secondo luogo , la circostanza che i diritti convenzionali debbano essere riconosciuti quali principi generali dell' Unione europea non implica la diretta efficacia all' interno degli Stati poiché <<*i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario [...] è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale*>>; infine , non può neppure dirsi che a seguito della "trattatizzazione" della Carta di Nizza che prevede la clausola d' equivalenza all' art. 52 par. 3 è possibile estendere alla CEDU lo stesso valore giuridico posto che l' Unione non ha inteso estendere né modificare le proprie competenze come chiaramente previsto sia all' art. 6 TUE par.1 che stabilisce che <<*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*>> sia all' art. 51 Carta di Nizza secondo cui le disposizioni in essa contenute si applicano <<*alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*¹²¹>>.

¹²⁰ La disapplicazione della disposizione interna può avvenire solo in luogo di norme comunitarie dotate di efficacia diretta.

¹²¹ Grassetto mio .

L'adesione dell'UE alla CEDU è stato argomento di discussione anche in ambito sovranazionale: la CGUE col parere 2/13¹²² ha tassativamente escluso che possa allo stato rinvenirsi una compatibilità tale tra la struttura dell'UE e l'accordo sull'adesione posto che l'UE con tutte le sue istituzioni sarebbero sottoposte ai meccanismi di controllo CEDU, nonché alle pronunce della Corte Edu.

I giudici di merito hanno talvolta tentato d'applicare le norme CEDU come se fossero disposizioni comunitarie direttamente applicabili, uno dei casi più importanti riguarda l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Trib. Bolzano del 24 novembre 2010 alla CGUE¹²³ che ha dato luogo alla sent. Kamberaj¹²⁴.

Il giudice di Bolzano sostiene <<l'incorporazione nell'ordinamento dell'Unione>> della Convenzione europea sulla base del nuovo art.6 TUE <<sebbene in difetto di adesione>> e, di conseguenza, l'acquisizione del carattere dell'efficacia diretta di questa, sulla base di un ragionamento siffatto si chiede se in caso di conflitto tra norme convenzionali e interne il giudice nazionale può disapplicare la normativa interna <<senza dovere previamente sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale nazionale>>.

La Corte di Lussemburgo confutando le argomentazioni del giudice italiano, afferma che la CEDU né disciplina il rapporto tra CEDU e Stati membri né è in grado di fornire strumenti utili al fine di risolvere eventuali contrasti tra questi¹²⁵.

¹²² Anche nel 1994 la Corte di Giustizia aveva emesso un parere in cui veniva esclusa la possibilità di aderire alla CEDU per via delle incompatibilità sussistenti allo stato.

¹²³ Ma vedi anche TAR Lazio (Roma), sent. n. 11984 del 2010 secondo cui il nuovo testo dell'art. 6 TUE conterrebbe non più un riferimento solamente "mediato" alla CEDU, ma il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione <<come principi interni al diritto dell'Unione>>, comportando «immediate conseguenze di assoluto rilievo».

¹²⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 24 aprile 2012, Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri, causa 571/2010.

¹²⁵ Par. 10: <<Il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa>>

I tentativi d' applicazione diretta della CEDU vengono , quindi , alla radice nettamente espianati tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte di Giustizia

Volendo concludere sui rapporti del giudice costituzionale con la Corte di Strasburgo , la situazione vigente impone di vedere un ' apertura verso le norme convenzionali nel limite in cui queste non siano configgenti con gli ideali costituzionali , talora vengono utilizzate come veri e propri parametri interpretativi , talvolta no .

Ciò che al momento è certo è che non vige alcun obbligo diretto di applicazione di tali norme , qualunque passo venga fatto verso la Corte Edu è frutto dell' ingegnosità e creatività della giurisprudenza .

Passiamo oltre e interessiamoci della relazione tra Corte Edu e Corte di Giustizia , anche in funzione di come il loro rapporto può influenzare il nostro ordinamento .

In precedenza (cap. 2.2.) ci siamo soffermati sulla genesi e l' evoluzione delle due Corti . Le differenze immanenti tra loro e la mancanza di strumenti formali di raccordo , hanno rallentato e non poco ostacolato la crescita di dialogo tra queste.

Il sistema giuridico della "giustizia costituzionale europea ¹²⁶" è ancora più una teoria che una forma giurisdizionale applicativa.

¹²⁶ Per giustizia costituzionale si intende lo spazio giuridico creatosi e in evoluzione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali sviluppatosi su scala nazionale , europea e internazionale . Questo sistema presuppone non solo un comune denominatore quale l' unanimità sul tema della protezione dei diritti fondamentali , ma anche l' omogeneità dell' intensità concessa per ogni diritto ed, infine , un sistema ben calibrato ed efficiente che sia in grado di coadiuvare il raccordo tra Corti Supreme . Attualmente due fattori impediscono la corretta creazione di tale sistema : innanzitutto la mancanza di strumenti e istituti giuridici che permettano alla Corte di Lussemburgo e di Strasburgo di collaborare senza rischi di conflitti e sovrapposizioni , in secondo luogo , ma non per questo meno importante fattore , la diversità delle Costituzioni nazionali dei Paesi europei che hanno dato luogo a non poche riserve nel costituire un progetto comune di

Le difficoltà delle Corti costituzionali nazionali nel riuscire ad integrarsi sono il primo indice di come le due Corti europee abbiano dovuto incontrare e superare diversità di struttura , funzione , ma anche di utilizzo dei parametri interpretativi.

Fin quando la Corte di Lussemburgo – sino a circa gli anni sessanta – si occupò di giostrare materie prettamente economiche e commerciali , non vi fu – proprio per mancanza di settori coincidenti – alcun tipo di scontro con la Corte di Strasburgo .

La situazione si complicò allorquando anche la Corte di Giustizia diventò garante dei diritti fondamentali dell’ uomo , prerogativa , questa , che era assolutamente esclusiva , oltre il piano nazionale , della Corte Edu .

Anche se inizialmente non si ebbe una vera e propria contrapposizione dovuta al fatto che la Corte di Giustizia tutelava i diritti solo trasversalmente e nei limiti in cui questi fossero incidenti sulle materie disciplinate dai Trattati per cui le due Corti non operavano su un terreno comune e coincidente , si presentò , sin da subito , un argomento riguardo al quale non vi fu comune accordo :l’ interpretazione della CEDU.

La Corte di Giustizia ha , da sempre, giustificato , la forte autonomia nell’ interpretazione e nell’ uso delle norme convenzionali per la salvaguardia dei diritti dell’ uomo sostenendo che la Carta trova applicazione nel solo diritto comunitario di cui unica e assoluta Corte giudicante è essa e , in secondo luogo , che non esistendo alcun vincolo giuridico tra i due sistemi l’una non può imporre all’ altra alcunché .

Inevitabile è stato il ripetuto disaccordo delle Corti sull’ interpretazione e l’ applicazione .

protezione . Il tutto ha contribuito a far inceppare questa macchina che seppur alta negli ideali perseguiti , manca ancora , dei mezzi per poter mettere in moto.

Nel caso Orkem ¹²⁷ può esserci utile trattarsi più che sulla diversa interpretazione di un articolo CEDU di per sé ¹²⁸, sul commento dell' avvocato generale Darmon che racchiude in poche righe il concetto base sul quale si fonda l' utilizzo della Convenzione :

<< non posso mancare di ricordare alla Corte che, secondo sua giurisprudenza , l' esistenza nel diritto comunitario di diritti fondamentali tratti dalla CEDU non deriva dall' applicazione diretta di questo strumento come interpretato dalle autorità di Strasburgo [...]. I più autorevoli commentatori dei giudizi di questa Corte sottolineano che la sua posizione nei confronti della CEDU consiste nella maggior parte dei casi nell' usarla semplicemente come riferimento . questa Corte può quindi adottare , rispetto alle previsioni della Convenzione , un' interpretazione che non coincide esattamente con quella data [...] dalla Corte Europea dei diritti dell' uomo [...]. Non è vincolata [...] nel senso che non deve sistematicamente tenerne conto con riguardo ai diritti fondamentali nell' ordinamento comunitario >>.

La chiusura della Corte di Giustizia ebbe vita breve , d' altra parte la conflittualità tra le due Corti avrebbe di non poco leso la loro credibilità .

Già negli anni novanta , ogni qualvolta si presentava l' eventuale sovrapposizione giurisdizionale , la Corte di Giustizia stava ben attenta a far coincidere il proprio giudicato con quello della Corte Edu . Uno dei casi più significativi è il caso Grogan.

Entrambe le Corti furono chiamate a pronunciarsi a distanza di pochi anni e sebbene l' iter argomentativo fu condotto su due linee diverse , la risoluzione ebbe il medesimo risultato .

¹²⁷ Sent. 18/10/89, *Orkem c. Commissione delle Comunità europee, causa 374/89*.

¹²⁸ Nello specifico si tratta dell' art. 6 EDU . La Corte di Giustizia afferma che il diritto a non auto incriminarsi non può dedursi dall' art. 6 CEDU , nonostante la Corte Edu aveva affermato il contrario .

Il caso riguardo il divieto costituzionale irlandese di diffondere informazioni sulla possibilità di praticare aborti all' estero .

La prima Corte ad esaminare il caso fu la Corte di Strasburgo ¹²⁹ che si pronunciò nel senso di ritenere sproporzionata la proibizione in quanto << non necessarie in una società democratica >>.

Dopo soli due anni arrivò la pronuncia della Corte di Giustizia ¹³⁰: stando al diritto comunitario la Corte non avrebbe potuto ritenere né proporzionato né sproporzionato il divieto poiché, come la stessa rileva , << non spetta alla Corte sostituire la sua valutazione a quella del legislatore degli Stati membri[...]>>, la conclusione cui giunge , però , è la medesima di quella della Corte Edu .

Il giudice comunitario non potendo entrare nel merito della questione raggiunge l' ostacolo interpretando in maniera restrittiva la nozione di attività lavorativa , nel caso di specie avendo promulgato le informazioni un comitato studentesco senza legame con le cliniche in cui era possibile praticare l' interruzione della gravidanza , non si può considerare l' attività svolta come attività lavorativa (con la conseguenza che la libera prestazione dei servizi in nulla viene intaccata) , rientrando , invece, nella nozione di libertà di espressione e informazione.

La Corte di Giustizia , dunque , per non esporsi ad eventuali conflitti preferisce decidere il caso basandosi più che sul contenuto della questione , sulla sua forma, bastando questa a rigettare poi , concretamente, le richieste avanzate dalla parte attrice.

L' avvicinamento della Corte di Lussemburgo ha avuto un andamento altalenante , non potendoci qui addentrare sui vari casi giurisprudenziali ¹³¹,

¹²⁹ Sent. 16/03/88 , *Society for the protection of the unborn children c. Open Door Counselling*.

¹³⁰ Sent . 4/10/91 , *Society for the protection of the unborn children c. Stephen Grogan* , questione pregiudiziale , causa 59/90 .

¹³¹ Per i casi di allineamento delle due giurisprudenze vedi sent. 30/04/96, <P.s.V. and Cornwallcountry council , questione pregiudiziale , causa c-13 / 94 ; sent. 26/06/97 , *Vereinigte familia press Zeitungsverlagas-Und Vertriebs GmbH c. Heinrich Bauerverlag* , questione pregiudiziale , causa c- 368/95; sent.17/12/98 , *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione* , questione pregiudiziale , causa c-185/95; Sent. 22/10 / 2002 , *Roquette Frères SA* , n. 2 c.

andiamo oltre e chiediamoci se esistono strumenti predisposti per la coordinazione delle due Corti .

Il mezzo *ad hoc* per un allineamento definitivo dei due sistemi è la prospettata e discussa adesione dell' UE alla CEDU (vedi *supra* cap. 2.1 , ma anche 2.2) .

Un segnale a favore dell' adesione ci viene da un Memorandum concluso il 23 Maggio 2007 tra Consiglio d' Europa e UE , a riguardo si legge che: <<*une adhésion rapide de l'Union européenne à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales favoriserait considérablement la cohérence dans le domaine des droits de l'homme en Europe*¹³²>>. Ma perché ancora adesso non è avvenuta questa paventata adesione di cui tanto si parla ?

L' adesione comporterebbe una rivoluzione sistemica , accentuando sia pro che contro dei sistemi giuridici di oggi.

L' adesione consentirebbe all' UE di esser presente sia all' interno della Corte Europea che all' interno del Consiglio dei Ministri ¹³³ ; in caso di contrasto sarebbero le norme CEDU a prevalere ; inoltre gli individui avrebbero la possibilità di adire la Corte Edu anche qualora la lesione lamentata riguardi il diritto comunitario .

Tali aspetti non possono non avere effetti benefici sulla tutela dei diritti fondamentali, ma il rovescio della medaglia è che l' UE potrebbe perdere l'

Directeur general de la concurrence , de la consummation et de la repression des frauds , questione pregiudiziale, causa c-94/00.

Per i casi di disallineamento vedi : sent. 28/10/82 , *Administrateur des Affaires maritimes di Bayonne e Procuratore della Repubblica c. Jose Dorca Marina* , cause riunite da 50 a 58/82 ; sent . 18/10/89 , *Orkem c. Commissione delle Comunità Europee* , causa 374/87; sent. 25/02/93 , *Funke c. Francia* , Serie A n. 160 .

¹³² Trad . : << Un' adesione rapida dell' Unione europea alla Convenzione per la Salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali , favorirebbe considerevolmente la coerenza del domani dei diritti dell' uomo in Europa >>.

¹³³ L' importanza risiede nel fatto che è il Consiglio dei Ministri ad occuparsi dell' ottemperanza delle sentenze.

autonomia all' interno del sistema europeo e dovrebbe rivisitare la divisione delle competenze¹³⁴.

Ciò che tanto si teme è la possibile subordinazione della Corte di Giustizia alla Corte di Strasburgo , anche se secondo autorevole dottrina¹³⁵ il rapporto tra le due non si evolverebbe i chiave di gerarchizzazione , piuttosto sarebbe configurabile una relazione di pari-ordinazione che comporterebbe semplicemente che la Corte Edu sia unico giudice supremo competente nell' interpretazione della Convenzione , rimanendo la Corte di Giustizia l' unico giudice competente per le questioni di diritto europeo .

Quale che sia l' evoluzione dei possibili scenari internazionali, resta da chiedersi se e come cambieranno le funzioni e le competenze della Corte Costituzionale , soprattutto alla luce dell' ultima importante modifica costituzionale avvenuta con l. cost. 3/2001 .

Il nostro ordinamento , in caso di adesione dell' UE alla CEDU , potrebbe , verosimilmente avere due tipi di risvolti : o la Corte costituzionale dovrà sottostare alla Corte di Strasburgo così come l' UE nell' interpretazione della CEDU che, a quel punto , sarebbe una fonte alla pari degli altri Trattati comunitari o , mantenendo la propria autonomia e decidendo di non voler cedere parti della propria sovranità deciderà di interpretare le norme convenzionali alla stregua dell' acquis comunitario , senza sentirsi vincolata nell' ottemperare esattamente le decisioni della Corte Edu come fino ad oggi fatto.

Di fronte a una evoluzione e rivoluzione del sistema sia nei confronti della Corte di Giustizia che nei confronti del sistema internazionale , una delle questioni più scottanti in dottrina riguarda il nuovo quadro costituzionale così come dipinto

¹³⁴ C.M.Naso , *I rapporti fra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo : tendenze recenti e prospettive evolutive alla luce del Trattato di Lisbona* , dottorato di ricerca in Diritto Pubblico , eprints.luiss.it/641/1/naso-20100319.pdf,2010.

¹³⁵ G. MORBIDELLI , *Corti Costituzionali e Corti Europee: la tutela dei diritti* , Dir. Process. Amministr. ,2006 ; ma anche S.PANUNZIO , *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* , 2005.

dalla modifica del Titolo V, in particolare ci si chiede se la l.3 /2001 Cost. abbia modificato e ridotto in qualche modo la sovranità del popolo .

2.4 La possibilità di un controllo diffuso del giudice comune.

Il nuovo assetto strutturale degli ordinamenti e l'arrivo della riforma costituzionale del Titolo V avvenuta con la l. cost. 3/2001, ha posto molti interrogativi in dottrina, soprattutto, si è aperto un nuovo dibattito sulla possibilità di un'evoluzione del nostro sistema costituzionale da controllo accentrato a controllo diffuso¹³⁶.

Innanzitutto occorre delineare la differenza tra sistema accentrato e sistema diffuso.¹³⁷

Nel sistema accentrato la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti rientra tra le funzioni tradizionalmente assegnate al Giudice costituzionale.

Nel sistema diffuso è il giudice comune ad occuparsi di dar tutela costituzionale attraverso la possibilità a questo riconosciuta di disapplicare, con effetti limitati al caso deciso, la legge ritenuta incostituzionale.

In Europa, generalmente, è utilizzato il primo dei due modelli che, a sua volta, si distingue tra controllo astratto e oggettivo della legge e controllo proteso alla difesa dei diritti fondamentali (la caratteristica principale di quest'ultimo è quello di prevedere il giudizio in via incidentale o il ricorso diretto dell'interessato come accade in Italia per la prima ipotesi, in Spagna per la seconda).

¹³⁶ <<Il controllo di costituzionalità presente nel nostro ordinamento è un controllo di costituzionalità di tipo accentrato cioè affidato ad un organo ad hoc istituito allo specifico scopo di controllare il rispetto della Costituzione e, se del caso, dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge. E' inoltre un controllo di tipo successivo vale a dire un controllo che interviene solo dopo l'entrata in vigore della legge. [...]Si parla invece di giudizio di legittimità costituzionale di tipo diffuso quando il giudizio di legittimità è attribuito a ciascun giudice nell'esercizio dei poteri rientranti nella propria competenza. Ciascun giudice può quindi disapplicare la disposizione che ritenga incostituzionale. Un tale sistema è presente negli Stati Uniti ove l'incertezza insita nel controllo diffuso risulta temperata dal principio dello stare decisis in base al quale le decisioni della Corte Suprema rappresentano un precedente che vincola tutti i giudici>>, www.federalismi.it/federalismi/forum/corso/La%20Corte%20costituzionale.pdf.

¹³⁷ R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare ai modelli*, www.forumcostituzionale.it, 2015.

Il sistema italiano , generalmente , è fatto rientrare in una categoria “ di mezzo” , definito , usualmente , un sistema “misto”¹³⁸ ha attraversato diverse fasi .

Inizialmente la Corte costituzionale è stata l’ unico giudice a fornire letture costituzionalmente orientate delle disposizioni legislative; a partire dagli anni Novanta questa funzione interpretativa è stata progressivamente delegata ai giudici comuni , attraverso l’ emissione di sentenze additive di principio ¹³⁹della Corte costituzionale che si rivolge in primo luogo al legislatore , in secondo luogo ai giudici comuni .

Altro strumento ancor più decisivo è l’ interpretazione conforme attraverso la quale il giudice costituzionale “ ha invitato e poi sollecitato fortemente il giudice a non rimettere ad essa le questioni di costituzionalità allorché risulti possibile dare della disposizione impugnata una lettura costituzionalmente conforme (le leggi si dichiarano incostituzionali non perché è possibile darne una lettura incostituzionale, ma solo quando non è possibile darne una lettura costituzionalmente conforme) ed infine quella attuale in cui il giudice deve dimostrare, pena l’inammissibilità della questione, di aver sperimentato ed escluso la possibilità di una interpretazione conforme della disposizione impugnata”¹⁴⁰ .

La responsabilizzazione dei giudici comuni in tal senso ha fatto ritenere a taluni l’ avvicinamento del modello accentrato a quello diffuso , a discapito di una ma avvenuta revisione costituzionale in tal senso .

Il dibattito si è acceso ancor di più allorché il giudice comune ha dovuto interagire col sistema sovranazionale e quello convenzionale CEDU.

¹³⁸ Viene definito “misto” poiché il ricorso in via incidentale unisce più che mai l’ elemento di controllo oggettivo delle leggi con quello soggettivo di difesa dei diritti fondamentali .

¹³⁹ La sentenza additiva di principio è il dispositivo con il quale la Corte accerta la fondatezza della questione di legittimità costituzionale e dichiara l’ illegittimità costituzionale della disposizione di legge nella parte in cui non prevede qualcosa che invece dovrebbe prevedere e , anziché integrare la legge con la regola mancante, aggiunge il principio al quale il legislatore dovrà ispirare la sua futura azione legislativa e il giudice la sua decisione concreta .

¹⁴⁰ R. ROMBOLI, op.ult. cit.

Nell' interazione col sistema sovranazionale può configurarsi un modello di tipo diffuso dato che qualora il giudice comune ritenga la legge nazionale in contrasto con quella europea direttamente applicabile , deve disapplicare la prima in favore della seconda .

Il giudice comune in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto comunitario, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario pena la sua disapplicazione .

Nei rapporti con il sistema CEDU , diversamente , la Corte Edu può prevedere un risarcimento del danno in caso di violazione della Convenzione , ma le disposizioni nazionali non verrebbero in nulla intaccate restando pertanto valide ed applicabili .

Come qualche autore ha sottolineato ¹⁴¹ nel caso in cui l ' Unione dovesse aderire alla CEDU i possibili scenari sarebbero due :

o la Consulta dovrebbe rivisitare l ' orientamento delineato dalle sentenze gemelle del 2007 poiché la Convenzione diventerebbe parte del diritto dell'Unione europea e di conseguenza, potrebbe ipotizzarsi che eventuali conflitti tra norme interne e disposizioni CEDU debbano essere risolti nello stesso modo in cui oggi si risolvono i contrasti con gli atti dell'Unione europea¹⁴² ovvero , per le disposizione della CEDU aventi i caratteri della diretta applicabilità il giudice comune italiano dovrebbe disapplicare la norma interna in luogo di quella convenzionale , per le norme non direttamente applicabili il giudice comune dovrebbe investire la CGUE per la risoluzione dei dubbi interpretativi qualora vi fossero e la Corte costituzionale italiana qualora sospetti eventuali incostituzionalità.

¹⁴¹ F. POLACCHINI , Cedu e diritto dell' Unione europea nei rapporti con l ' ordinamento costituzionale interno . Parallelismi e asimmetrie alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, www.giurcost.org, 2016

¹⁴² P . BILANCIA, M. D'AMICO , *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009.

Secondo altra parte della dottrina ¹⁴³, potrebbe profilarsi una situazione in base alla quale le norme della CEDU continuino a fungere da norme interposte anche nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, cosicché eventuali contrasti, nella prospettiva della possibile disapplicazione della norma interna, sarebbero valutati innanzitutto con riferimento alle norme della Carta di Nizza ovvero , il riferimento non sarebbe più l' art. 117 Cost. nella parte in cui prevede il rispetto degli "obblighi internazionali", ma l' inciso inerente "i vincoli comunitari"; conseguentemente , il limite posto alla Convenzione non riguarderebbe più tutte le disposizioni costituzionali , ma il solo nocciolo duro della Carta . Oltretutto , seguendo questa linea di pensiero , i principi e i diritti convenzionali non avrebbero più il significato attribuitogli dalla Corte Edu , ma quello ricavato dalla Carta di Nizza dal giudice comunitario (le disposizioni delle due Carte sono per molti versi molto simili letteralmente) .

Altri autori , seguendo una via di mezzo , ritengono che con il nuovo art. 6 del Trattato di Lisbona si assisterà ad un mutamento nel quadro delle fonti tuttavia non inquadrabile da un punto di vista gerarchico.

Il Trattato offrirebbe la possibilità di evocare alternativamente o cumulativamente la Carta, la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

L'applicazione delle fonti sarà allora regolata dal principio dello *standard* massimo di protezione, senza che sia necessario stabilire alcun ordine gerarchico o definire alcun campo di applicazione differenziato¹⁴⁴.

Alla domanda se il giudice comune ha , quindi , ad oggi , la possibilità di operare un controllo diffuso sulla costituzione ¹⁴⁵¹⁴⁶ bisogna rispondere che non si può di

¹⁴³ A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2009.

¹⁴⁴ L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, .

certo negare che il giudice comune sia ormai co-protagonista dello scenario costituzionale, nonché di importanza cruciale sia per l' enorme contributo reso alla crescita di un dialogo più proficuo con le Corti europee (vedi *supra* 2.3), sia perché ad oggi gestisce aree caratterizzate da una discrezionalità un po' più ampia rispetto al passato .

L' intreccio degli ordinamenti ha condotto non tanto alla mutazione dei compiti affidati ai diversi giudici , quanto ad un rapporto che , all' occorrenza , flessibile , è pronto a restringere o ampliare i propri confini a seconda delle esigenze del tempo e del caso .

Eminenti esponenti ¹⁴⁷ affermano che non è possibile etichettare il modello costituzionale per la semplice ragione che << *il carattere non alternativo della "diffusione" e dell' "accentramento" , il cui peso specifico , sul piano della formazione e circolazione della cultura giuridica , varia da caso a caso* ¹⁴⁸ , in una misura peraltro non facile da stabilire , come sempre d' altronde si ha con riguardo a vicende connotate da accentuata fluidità interna e varietà di indirizzi>>.

Ad ogni modo è indubbia la grande ricchezza che riesce ad apportare , spesso anche valido raccordo tra le diverse Corti e fonti : la Corte Edu , la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale .

L' assenza di schemi formali e giuridici in cui circoscrivere i loro rapporti non ha impedito , grazie alla flessibilità dimostrata tanto dalla Consulta quanto da giudici

¹⁴⁵ In particolare secondo Spadaro l' esistenza della Corte costituzionale avrebbe un ruolo marginale , in A.SPADARO , *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI , 1990 .

¹⁴⁶ Spadaro qualche anno dopo" riaggiusta" la sua posizione affermando che "*pare di dover attribuire alla Corte [...] essenzialmente la funzione di custodire la parte "intangibile" della Carta , ossia il " nucleo duro " [...], la cui protezione gelosa è condicio sine qua non dell' esistenza del sistema , A. SPADARO , Contributo per una teoria della Costituzione , I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico , Milano , Giuffrè , 1994.*

¹⁴⁷ A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà , ovvero tra esibizione della <<diffusione>> e vocazione dell' << accentramento >>* , in riv.dir.cost. , 2007.

¹⁴⁸ Grassetto mio.

comuni , la creazione di un' area in cui tutte sono protagoniste, recedendo l' una all' altra all' occorrenza.

Il nuovo ruolo del giudice comune in nulla lede la funzione della Corte Costituzionale che , ancora oggi , è l' unico giudice competente a sindacare la legittimità o meno delle fonti incidenti sul nucleo forte della Carta.

Più che concentrarsi sull' etichetta formale da affibbiare, è bene riconoscere il merito ai giudici comuni di smaltire eventuali controversie senza la necessità di investire la Consulta laddove ciò non sia necessario ¹⁴⁹, ma , soprattutto , il grande pregio d' aver utilizzato il più sofisticato strumento di comunicazione interordinamentale e ordinamentale permettendo di instaurare dialoghi aperti e costruttivi con tutte le Corti Supreme.

L' attività coscienziosa della magistratura non fa presagire alcun abuso di potere, ma se tale infausta e improbabile avversità dovesse accadere , non solo la pronuncia rimarrebbe circoscritta *inter partes* ¹⁵⁰ - senza minare le fondamenta del nostro sistema costituzionale – ma verrebbe verosimilmente ¹⁵¹cassata ricostituendosi l' equilibrio.

Dare uno sguardo alle altre Corti Costituzionali e al loro modo di agire potrà sicuramente aiutarci a cogliere le differenze e le similitudini tra ordinamenti , non solo per renderci conto che un controllo diffuso come prefigurato non è una

¹⁴⁹ Se il giudice comune fosse costretto ad investire la Corte Costituzionale ogni qualvolta si presenti un dubbio di costituzionalità non utilizzando la tecnica dell' interpretazione costituzionalmente orientata, si arriverebbe in un battito di ciglia alla paralizzazione della macchina giudiziaria.

¹⁵⁰ Gli effetti si produrrebbero nei soli confronti delle parti della controversia.

¹⁵¹ Nel nostro ordinamento non solo sono previsti tre gradi di giudizio per cui pare pressoché impossibile che tutti e tre i giudici si pronuncino in senso anticostituzionale, ma anche a volerlo sopporre o ad immaginare che l' ingiustizia venga subito da un giudice di ultima istanza , il singolo avrebbe la possibilità di esperire altri rimedi , come il ricorso alla Corte di Strasburgo . Oltretutto si dovrebbe altresì presupporre che vengano violate non solo le norme costituzionali , ma anche i principi fondamentali del diritto europeo e convenzionale . Tutte queste infauste circostanze dovrebbero avverarsi contemporaneamente , se vogliamo proseguire immaginando che tutto ciò possibile la conclusione cui si deve pervenire è che non è il controllo diffuso a permettere che ciò avvenga, ci si troverebbe semplicemente innanzi un comportamento antigiuridico per mano di un giudice scellerato e , semmai , ci si può chiedere se non sia il caso, stando al rischio più elevato cui si va incontro , di introdurre la responsabilità civile dei giudici .

mostruosa chimera che mette in pericolo le solide basi costituzionali , ma , soprattutto , per fare un cammino virtuale e parallelo in grado di mostrarci le *defaillance* e i punti forti dei sistemi costituzionali .

Nel prossimo capitolo mi occuperò di questo e, in particolare, dell' applicazione dei controlimiti negli altri ordinamenti , soprattutto alla luce di quello che sta accadendo in questo momento in Italia col discusso caso Taricco¹⁵² .

¹⁵² Vedi nota n. 149.

CAPITOLO 3

I CONTROLIMITI ANALIZZATI SOTTO LALENTE DEL DIRITTO COMPARATO.

I CONTROLIMITI COME ISTITUTO E NON SOLO COME TEORIA.

3.1 Uno sguardo all' applicazione dei controlimiti fuori dall' Italia .

La questione “controlimiti” non è un concetto e una teoria esclusivamente italiana , le vicende europee hanno coinvolto tutti i Paesi dell' UE facendo sì che le preoccupazioni riguardo la tutela delle Costituzioni coinvolgesse parte di questi .

La prima Corte a proclamare la teoria dei controlimiti fu, in assoluto ,quella italiana nel 1965 ¹⁵³ , con percorso parallelo la Corte Costituzionale tedesca fu la seconda nel 1974 ¹⁵⁴ .

Anche la Corte Costituzionale francese ha mostrato le proprie riserve : dopo alcuni precedenti meno significativi, da ultimo con una decisione del 2004 ¹⁵⁵ il

¹⁵³ C . Cost. sent. 27/12/1965 n. 98.

La Corte nello specifico si opponeva alla l. 766/52 che rendeva esecutivo il Trattato CECA che proclamava la giurisdizione esclusiva della Corte di Giustizia per i ricorsi contro i provvedimenti dell' Alta Autorità comunitaria.

In particolare la Consulta reclamava la violazione degli artt. 102 e 113 Cost . ovvero il contrasto con tali norme che prevedono il divieto di istituire giudici speciali e straordinari e la garanzia dei diritti dei singoli innanzi la Pubblica Amministrazione .

La Corte coglie immediatamente l' opportunità per puntualizzare che talune competenze di giurisdizione possono essere attribuite alla CEE purché ciò avvenga << senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale ; questo diritto è tra quelli inviolabili dell' uomo , che la Costituzione garantisce all' art. 2 Cost . [...]>>.

¹⁵⁴ Bundesverfassungsgericht , sent. 29/05/1974 (c.d. sent. Solange I) .

Il giudice Tedesco afferma che avrebbe controllato il diritto comunitario << sino a che il processo d' integrazione delle Comunità europee non abbia raggiunto uno stadio sufficientemente avanzato tale che il diritto comunitario comporti un vigente catalogo di diritti fondamentali , deliberato da un Parlamento e corrispondente al catalogo dei diritti fondamentali consacrati dalla Legge Fondamentale[...] il rinvio al Tribunale costituzionale tedesco da parte di un organo giurisdizionale [...] si ritiene necessario , quando tale organo giurisdizionale ritenga la norma comunitaria [...] inapplicabile per il fatto di essere in contrasto con uno dei diritti fondamentali consacrati nella Legge Fondamentale>>.

Consiglio costituzionale francese ribadisce quali sono le norme che fungono da “ blocco “ per le norme comunitarie .

Nei prossimi paragrafi mi soffermerò sugli aspetti e le pronunce più interessanti delle Corti costituzionali di Germania , Francia e Spagna che , per molti aspetti , sono assimilabili alle decisioni della nostra Corte .

Potremo così avere un’ idea di diversi atteggiamenti assunti dagli ordinamenti statali nei confronti del processo di integrazione europea.

Qui , invece, daremo uno sguardo d’ insieme ad un altro ordinamento :l’Austria .

Da una parte vi sono ordinamenti accomunati dall’ esigenza di “proteggere” non solo il nucleo forte dei loro principi fondamentali , ma anche le loro prerogative di sovranità ¹⁵⁶, dall’ altra sistemi, come l’ Austria che hanno mostrato sin da subito piena fiducia nel diritto europeo .

L’ ordinamento austriaco è di notevole interesse poiché inizialmente , al pari di quello italiano , non aveva nelle Legge Costituzionale Federale ,il Bundes-Verfassungsgesetz (da adesso B-VG) ,una disposizione *ad hoc* in grado di disciplinare i rapporti col diritto comunitario , ma non appena aderì all’ UE , nel 1994, decise di introdurre immediatamente , tramite una legge costituzionale , uno strumento specifico per la ricezione del diritto europeo : l’ adozione di una legge costituzionale .

Ovviamente ciò comportava una procedura poco snella che doveva avviarsi ogniqualvolta vi fosse stata una modifica ai Trattati .

¹⁵⁵ Decisione 505 del 19/11/2004.

¹⁵⁶ P. PASSAGLIA, *Corti Costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia* , www.osservatorioaic.it,2010.

Nel 2008 il legislatore austriaco ha semplificato la procedura prevedendo che la ratifica dei Trattati avvenga a seguito dell' approvazione del Consiglio nazionale austriaco¹⁵⁷.

L' apertura della Corte costituzionale austriaca¹⁵⁸ è sorprendente : pur non avendo alcuna disposizione che sancisca l' efficacia diretta del diritto comunitario primario e il primato dello stesso , ha , sin da subito , recepito le indicazioni della Corte di Giustizia , al punto che in una sentenza del 1999¹⁵⁹ ha , addirittura, previsto la disapplicazione di una norma costituzionale in luogo di una comunitaria .

Tale sensibilità è stata mostrata anche nell' utilizzo del rinvio pregiudiziale , che è stato riconosciuto quale mezzo utilizzabile dalla Corte costituzionale austriaca riconoscendosi essa stessa, a differenza della Corte italiana che ha raggiunto tale consapevolezza solo dopo una serie di controversie e cambi di rotta, come "giurisdizione nazionale " ai sensi della Corte di Lussemburgo .

La Corte austriaca è stata lodevole anche per l' impegno profuso nell' interpretare il diritto comunitario nel modo più fedele possibile .

Un altro aspetto marcatamente collaborativo , si denota da un' altra disposizione introdotta nel 2008 che prevede lo stallo della Corte costituzionale quando vi sia rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia , cosicché sia ridotto al minimo il rischio di emettere decisioni che in qualche modo possano essere contrastanti col diritto europeo , così come interpretato dalla Corte di Lussemburgo .

Un' occasione di confronto tra il giudice costituzionale austriaco e il giudice comunitario arriva con la sent. 11 settembre 2014 C-112-13 della CGUE.

¹⁵⁷ Il Consiglio nazionale austriaco è uno degli organi , insieme al Consiglio federale , che compone il Parlamento austriaco .

¹⁵⁸ Verfassungsgerichtshof, VfGH.

¹⁵⁹ VfGH , sent. 24/02/99 B1625/98.

Il caso è interessante sotto diversi profili : da una parte il giudice costituzionale austriaco cerca di operare una sorta di *revirement*¹⁶⁰ della propria giurisprudenza, dall' altra , la CGUE ne approfitta per puntualizzare nuovamente¹⁶¹ la necessaria supremazia del diritto europeo e , infine , si crea l' opportunità per far chiarezza sul coordinamento dei sistemi procedurali nazionali e il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali¹⁶².

Necessita premettere - al fine di comprendere la sottile questione che si pone al giudice di Lussemburgo – che nell' ordinamento austriaco la CEDU è parametro di legittimità costituzionale del diritto interno, essendo stata ratificata con legge costituzionale.

Stando alla clausola di equivalenza¹⁶³, secondo i giudici costituzionali austriaci, discenderebbe che la tutela dei diritti contenuti nella Carta, analoghi a quelli sanciti dalla CEDU, dovrebbe passare attraverso il controllo accentrato previsto dalla Costituzione austriaca.

¹⁶⁰ N . LAZZERINI , *La Corte di giustizia discute le implicazioni della decisione U-466/11 della Corte costituzionale austriaca sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali UE come parametro nel controllo di costituzionalità delle leggi*, www.osservatoriosullefonti.it , rubr. 2014.

¹⁶¹ I precedenti sono quelli della sent. Simmenthal secondo cui è incompatibile con il diritto dell'Unione una disposizione o prassi nazionale in forza della quale al giudice nazionale incaricato di dare applicazione alle norme del diritto UE viene negata la possibilità di disapplicare le norme nazionali in contrasto; quelli della sent. *Melloni* secondo cui, “quando il diritto dell'Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'attuazione di un atto di diritto dell'Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione; ma anche la sent. *Melki e Abdeli* (22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10) che fissa i criteri di compatibilità tra diritto europeo e procedure nazionali di costituzionalità (ovvero sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e disapplicare, al termine del procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale qualora sia contraria al diritto dell'Unione).

¹⁶² L . RAIMONDI , *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, www.dirittocivilecontemporaneo.com, Anno I, numero II, luglio/settembre 2014.

¹⁶³ Sentenza *Rewe* l 16 dicembre 1976, causa 33/76, CGUE.

Il VfGH si riserva quindi la possibilità di effettuare un controllo costituzionale delle leggi nazionali che si estende anche alle compatibilità con le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sono direttamente applicabili poiché corrispondenti a diritti costituzionalmente garantiti in Austria.

Inoltre reinterpreta l'obbligo di rinvio pregiudiziale discendente dall'art. 267 TFUE -secondo cui il giudice di ultima istanza che abbia dubbi in merito a disposizioni comunitarie debba rivolgersi alla Corte di Giustizia - stabilendo che tale obbligo non sussiste quando il diritto della Carta rilevante corrisponde ad un diritto costituzionalmente garantito in Austria.

La Corte di Cassazione, non pienamente persuasa dalle argomentazioni dei giudici costituzionali decide di investire la Corte di Giustizia di un quesito pregiudiziale circa la compatibilità delle vie procedurali tracciate dal VfGH con il diritto dell'Unione europea.

Il giudice comunitario esclude nettamente la possibilità che in caso di contrasto di una norma interna ordinaria con una costituzionale il sistema procedurale di controllo costituzionale possa privare il giudice ordinario della libertà di operare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, a nulla rilevando il principio di equivalenza citato dal VfGH.

Se una norma interna che traspone una direttiva comunitaria venisse esaminata dalla corte costituzionale austriaca, ne deriverebbe lo svuotamento del compito della Corte di Giustizia la quale non potrebbe operare alcun controllo di validità sul diritto comunitario attraverso il rinvio pregiudiziale, per cui non può prescindere dall'adire il giudice naturale del diritto europeo prima di qualsiasi procedura di controllo incidentale costituzionale.

Dalla sentenza analizzata è facile dedurre due osservazioni: il giudice austriaco – nonostante la grande apertura verso il panorama europeo – ha avvertito l'esigenza di porre dei limiti al potere di disapplicazione dei giudici ordinari, il giudice comunitario, dal canto suo pur riaffermando la supremazia del diritto

europeo primario instaura un dialogo costruttivo statuendo che << *quando il diritto dell’Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell’attuazione di un atto di diritto dell’Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l’applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione*>>¹⁶⁴.

L’ esempio della corte austriaca ci è utile per condurre un raffronto più vivo tra sistemi giuridici , si nota in modo lampante come ordinamenti facenti parte di un unico sistema possano avere o forme di apertura molto accentuate, come nel caso austriaco, o atteggiamenti di chiusura come nel caso tedesco e italiano ed allora ci si chiede quali siano le “paure” che scatenano queste reazioni “ di difesa” .

Al di là della protezione dei diritti fondamentali - che comunque , come dimostrato dall’ esempio dell’ Austria , non rischiano gravi violazioni – e della difesa delle proprie prerogative di sovranità, vi sono altre ragioni che frenano il processo d’ evoluzione ?

I Paesi membri presentano , tutti assieme , l’ insieme di Nazioni che tra loro non possono dirsi omogenee: le differenze si manifestano sul versante sociale, economico , giuridico .

Delle disuguaglianze così nette fanno sì che ordinamenti fortemente legati alle loro tradizioni (come l’ Italia) restino relegate fortemente al concetto di salvaguardia dell’ identità .

La completa integrazione è stata rallentata da un altro importante fattore , la mancanza di democraticità europea.

¹⁶⁴ Sent. A c. B e altri, cit., par. 44.

Uno dei difetti più grandi dell' ordinamento europeo è il c.d. " deficit democratico ".

Prima di proseguire è necessario affrontare uno dei più discussi concetti sulla base del quale ordinamenti come Italia , Francia e Germania hanno imperniato il loro atteggiamento di ritrosia dei confronti dell' UE.

Ma cosa si intende per deficit democratico ?

La tanto rinomata locuzione indica , generalmente, la mancanza di legittimità delle istituzioni UE a causa della loro non elezione da parte dei cittadini , ovvero , non garantiscono le preferenze elettorali espresse negli Stati membri dando ,invece, ampio spazio ai Governi , non consentendo ai cittadini europei di esercitare alcun potere , le istituzioni europee mancano di rappresentatività .

Chiarita la nozione di deficit democratico ci interessiamo di due particolari posizioni : quella del prof . D . Grimm e quella del prof . G. Guarino ¹⁶⁵.

Entrambi gli studiosi affrontano la questione rilevando prima quale siano le cause che conducono alla mancanza di democraticità e poi quali soluzioni potrebbero risolvere il problema .

Secondo Grimm il nodo principale da sciogliere non risiede tanto nel fatto che per avere piena democrazia basti aumentare le competenze del Parlamento europeo , poiché la vera ragione <<annidata>> nella mancanza di rappresentatività che non è una *defaillance* del solo ordinamento europeo , ma coinvolge anche i Parlamenti nazionali seppure in forma meno drammatica .

Quello che per l' Autore deve esser corretto è , quindi , il sistema elettorale che ha diverse pecche : innanzitutto le elezioni vengono svolte separatamente nei diversi Paesi membri senza il rispetto della proporzione demografica ; in secondo luogo le elezioni sono disciplinate da norme nazionali ed , infine , i partiti eletti ,

¹⁶⁵ F. ROSIGNOLI , *Il deficit democratico dell'Europa . due punti di vista*, www.nomos-leattualitadendiritto.it, 2014.

generalmente , sono composti da politici che durante la loro campagna elettorale si fanno carico dei solo problemi statali , non interessandosi delle questioni europee e , conseguentemente, non coinvolgendo l' elettore.

Il tutto è aggravato dalla suddivisione dei partiti politici nel Parlamento europeo che vengono raggruppati sulla base delle loro affinità ideologiche , perdendo ogni contatto con la società d' origine da cui provengono .

Grimm sposta poi la sua attenzione su un altro fattore concomitante responsabile della mancanza di democraticità :

la forte autonomia della Commissione ¹⁶⁶ e della Corte di Giustizia rispetto ad un normale processo di democraticità (i membri non sono eletti dal popolo europeo) .

la soluzione avanzata da Grimm per porre fine al deficit democratico riguarda la modifica di due situazioni : da una parte sarebbe necessario limitare l' attività di Commissione e CGUE attraverso l' innesto all' interno dei Trattati delle sole norme costituzionali declassando a norme di diritto ordinario tutte le altre che coinvolgono aspetti politici , così da poter mettere in condizione l' UE di modificare più facilmente le norme riguardanti gli aspetti politici rendendo più efficiente anche il sistema legislativo ; dall' altra si dovrebbe procedere all' europeizzazione delle elezioni e alla fondazione di partiti politici europei cosicché il cittadino possa scegliere chi votare in maniera consapevole avendo coscienza dei programma politici europei adottati .

Guarino ha una concezione completamente diversa , quantomeno nei presupposti .

Secondo l' Autore bisogna puntare alla creazione di un vero e proprio Stato federale , ma si ritrova d' accordo con Grimm quando ritiene che tanto la Commissione quanto la CGUE debbano essere limitate nell' autonomia .

¹⁶⁶ I compiti principali della Commissione sono esecutivi , ha un ruolo preminente anche nell' essere promotore legislativo .

Lo studioso sostiene che con il Regolamento 1466/97¹⁶⁷ agli Stati sono stati sottratti gli unici poteri politici utili per la conduzione dell' economia europea ; ritiene che ciò ha comportato diverse violazioni sia di ordine costituzionale (essendo stato emesso un regolamento non si è proceduto tramite ratifica come previsto per i Trattati nelle norme costituzionali ; oltretutto sono state imposte condotte non contemplate nei diversi Stati) che di sovranità (gli Stati non hanno più la possibilità di promuovere lo sviluppo dell'UE con le proprie politiche economiche) .

Dopo aver analizzato brevemente questi due punti di vista , torniamo all' origine e affrontiamo la questione dei controlimiti con un elemento cognitivo aggiunto di non poco conto .

Al di là delle personalissime opinioni riguardanti la risoluzione del problema del deficit democratico , ciò che allo stato è certo è che , purtroppo , una lacuna così grave nel sistema non può che incentivare Corti costituzionali come la nostra a far rinvigorire, qualora se ne presenti l' occasione , la teoria dei controlimiti .

Se ordinamenti come l' Austria hanno risposto bene agli stimoli europei non preoccupandosi delle possibili violazioni , altri Stati hanno , invece, ancor più fortemente difeso diritti e prerogative .

Nei prossimi paragrafi occuperemo di sentenze costituzionali recentissime che mostrano una nuova chiusura nei confronti dell' UE , questo è un indice significativo di come , con tutti gli sforzi e l' impegno prodigato , l' inefficienza strutturale europea conduca , ancora una volta , alla creazione di muri da parte delle Corti Costituzionali .

Alla luce delle pronunce costituzionali che esamineremo non può esser acriticamente accettata né l' idea che la teoria dei controlimiti sia ormai obsoleta e priva di qualsiasi concreta applicazione , né l' idea , più ottimista , che l' utilizzo

¹⁶⁷ Il regolamento reca norme di politica economica .

dei controlimiti sia una “cerniera” di apertura per le relazioni tra corti nazionali ed europee.

Per quanto la tutela dei diritti fondamentali stia cercando disperatamente di costruire una struttura solida, le fondamenta si sfaldano e rischiano il crollo non appena venga toccato il nucleo forte delle Carte costituzionali .

Non è certamente realistico denominare lo scontro tra Corti come “confronto costruttivo “ basato sul dialogo e sulla flessibilità dei controlimiti .

La situazione potrebbe evolversi in tal senso solo nel caso in cui la Corte di Giustizia faccia un passo indietro agendo come Corte “alla pari “ nel rispetto dei valori fondanti nazionali , valori che , se dismessi , farebbero perdere la stessa essenza di Stato nazionale .

Ciò non implica tuttavia che la strada del federalismo o para-federalismo non possa più esser percorsa, significa avere rispetto delle diversità nazionali e sostenerle anche a livello europeo .

Le differenze sociali e culturali , proprio come accade anche nelle piccole società , non sono di per sé né un pregio né un difetto, trasformarle nell’ uno o nell’ altro è compito di chi al vertice ha la possibilità effettiva di farlo ed allora non si può che riporre fiducia nell’ intelligenza di tutti i giudici coinvolti nel grande processo d’integrazione , nella speranza che l’ uno sappia cedere il passo all’ altro ogniqualvolta riconosce che il bilanciamento tra diritti lo impone .

Se non si riesce a procedere in tal modo una potenziale ricchezza quale è l’ integrazione e la conseguente riscoperta di nuove sfaccettature dei diritti non può che divenire un fattore di disgregazione e , nei casi più gravi , un punto di rottura.

Questa premessa discorsiva vuole essere lo spunto per una riflessione consapevole dei casi che stiamo per affrontare .

Secondo chi scrive l' unico errore che un giurista dovrebbe astenersi dal commettere è l' attestarsi irremovibilmente su una posizione senza aperture diplomatiche in un senso o nell' altro .

La staticità del pensiero è una delle armi più letali per la cultura , lo è ancor di più per coloro che , come giudici e studiosi , sono i “traduttori” dell'evoluzione della società in parole e in leggi.

3.2 In particolare: le reazioni di Francia, Spagna e Germania .

In questo capitolo ci concentreremo sullo studio delle reazioni di tre ordinamenti al fine di poter effettuare una comparazione col nostro ordinamento .

L' analisi sarà condotta iniziando la disquisizione sul sistema francese , quello spagnolo ed , infine , quello tedesco che , per certi versi , può dirsi il più affine a quello italiano .

Francia

Il sistema costituzionale francese è di interessante indagine ermeneutica per la particolarissima evoluzione che possiamo definire *sui generis*.¹⁶⁸

Il *Conseil constitutionelle* fu costituito nel 1958 all' interno di una concezione della giustizia costituzionale che a differenza di quella italiana , non aveva come obiettivo quello di tutelare i principi fondanti dell' ordinamento , ma nasce come organo deputato a rispondere a due diverse esigenze : limitare l' azione legislativa e il controllo giudiziario su di essa .

L' organo , in origine , ha il compito di sindacare , prima della promulgazione , la costituzionalità di leggi e regolamenti .

Il *Conseil* subisce una trasformazione nel corso degli anni , intorno agli anni settanta muta il suo ruolo definitivamente : da organo “ regolatore “ a vero e proprio organo a tutela della Costituzione.

Una differenza non irrilevante rispetto al nostro sistema è l' eccezione di incostituzionalità .

Per lunghi decenni i cittadini francesi non hanno goduto di tale strumento , solamente nel 2008¹⁶⁹ - grazie ad una revisione costituzionale – il *Conseil* diventa

¹⁶⁸ A.M.L. COCCO ORTU , *La QPC tra rivoluzione ed eccezione : la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione* , in www.aic.it riv. N. 3/2013 .

l'organo incaricato di custodire i principi fondamentali attraverso la previsione di uno strumento atto a rimuovere eventuali incostituzionalità in capo ai singoli .

Il paradosso risiedeva nel fatto che non solo un paese come la Francia, foriero storicamente della bandiera della democrazia¹⁷⁰ , non permetteva al cittadino di accedere alla giustizia costituzionale , ma , addirittura , non esistendo un sistema così congeniato , le norme europee avrebbero influenzato l'ordinamento francese più di ogni altra norma costituzionale .

È indubbio , d'altra parte , che una forte spinta alla revisione costituzionale è stata data proprio dalla relazione con l'ordinamento comunitario .

¹⁶⁹ La *question prioritarie de constitutionnel* entrerà effettivamente in vigore solo nel 2010 .

¹⁷⁰ Rimando ad altri scritti storici la questione, qui basti ricordare che la Francia notoriamente è stata la Patria per antonomasia dei diritti .

Fu il primo Paese a battersi con vigore per l'affermazione dei diritti e delle libertà .La famosa rivoluzione francese del 1789 ebbe luogo grazie al terzo stato (il popolo) che decise fermamente di dare una costituzione alla Francia . Dopo i vari avvenimenti guerriglieri – il più importante fra tutti la presa della Bastiglia , prigione simbolo del dispotismo del regime assoluto del tempo – il 26 agosto 1789 venne promulgata la Dichiarazione dell' Uomo e del Cittadino , che doveva essere la premessa alla Costituzione . Il re si oppose , l'Assemblea costituente si sciolse e si formò un'Assemblea legislativa . A seguito di dissapori interni si formarono diversi gruppi , ognuno con una propria idea d' azione (tra i più importanti I Giacobini con alla guida Robespierre e i Girordini , diretti da Brissot).

A seguito di altre vicende belliche prese il comando dello Stato Robespierre , che si rese noto per l'ondata di sangue che caratterizzò il suo governo , denominato , non a caso , il periodo del "Terrore".

Portato alla ghigliottina iniziò un nuovo periodo condotto da linee molto più moderate.

È in questo periodo che la Francia ebbe tre costituzioni : la prima nel 1791 nata a seguito della rivoluzione del 1789 , sebbene ebbe vita breve fissò alcuni dei principi fondamentali : diritti fondamentali dei cittadini , rigidità della costituzione e separazione dei poteri .

La seconda nasce sotto l'egemonia giacobina , nel 1793 , si pongono nuovi obiettivi e si propone il miglioramento delle condizioni di vita di tutti i cittadini ed ha un'impronta ancor più democratica perché riconosce l'uguaglianza di tutti gli esseri umani ed amplia il diritto di voto .

La terza Costituzione del 1795 nasce dopo il periodo del terrore , regredisce rispetto la Costituzione precedente : per controllare le continue insurrezioni furono dichiarati anche dei doveri dei cittadini ed eliminati alcuni importanti diritti (come il diritto a nascere liberi ; il diritto di poter far tutto ciò che non nuoce agli altri ; il principio di uguaglianza e così via) .

Da quel momento vi furono altre dieci costituzioni , ognuna delle quali metteva una pietra in più nella costruzione della democrazia , fino all'attuale del 1958 .

Questo breve excursus storico mostra come l'emblema del popolo francese sia , da sempre , stato il concetto di democrazia , libertà e diritti , conquistati al prezzo del sangue , ci si stupisce , dunque , di come una Nazione così fortemente legata a tali ideali non abbia pensato non solo di istituire il Conseil sin da subito come organo deputato alla protezione di diritti e libertà fondamentali , ma , anche , di creare uno strumento quale l'eccezione di incostituzionalità posto al servizio del cittadino .

La Francia ha avvertito l' esigenza di crearsi - con strumenti giuridici idonei – uno spazio in cui essa fosse l' unica indiscutibile sovrana .

Prima di analizzare l' innovativo sistema di controllo di costituzionalità francese, è necessario riassumere per vie generali il precedente , sottolineandone le differenze rispetto al modello italiano .

La sfiducia nei confronti del potere giudiziario ha fatto sì che in Francia il prototipo di controllo costituzionale non ruotasse troppo attorno alla Corte Costituzionale, a questa , infatti , era permesso il controllo sulle leggi quando ancora non promulgate e , dunque , solo in via preventiva ; al contrario , nel sistema italiano , il giudice che sospetti l' incostituzionalità di una legge ha il dovere di sospendere il processo e rimettere la questione al Giudice delle Leggi affinché si pronunci sulla questione .

Un'altra particolare differenza riguarda il c.d. “ doppio filtro “ : mentre nel processo italiano il giudice *a quo* può investire la Consulta sia su richiesta delle parti che d' ufficio se lo ritiene opportuno , in Francia la questione può esser sollevata solamente dalle parti , superato il filtro del giudice comune che deve ritenere la questione fondata , questo la rimetterà alla corte suprema di riferimento ¹⁷¹ la quale opererà un controllo più approfondito a seguito del quale deciderà se rimettere o meno la questione al Conseil .

Queste due differenze bastano per mostrare quanto l' esperienza costituzionale italiana e quella francese siano *ab origine* distanti ¹⁷².

Nonostante il Conseil nasca come organo incaricato di vigilare sulle competenze di organo legislativo ed esecutivo , nonostante abbia la possibilità di esercitare il

¹⁷¹ Ovvero la Cassazione o il Consiglio di Stato a seconda che si tratti di giudizi civili , penali o amministrativi .

¹⁷² M. G. RODOMONTE, *Conseil Constitutionnel , la Corte Costituzionale e norma parametro . Qualche spunto per una comparazione sul ruolo interpretativo del giudice costituzionale in Francia e in Italia* ,www.arsae.it,2008.

controllo di costituzionalità solo prima della promulgazione delle leggi e nonostante abbia a sua disposizione elementi normativi incerti ¹⁷³, quest' organo con la sua grande forza creativa ha contribuito in grande misura all' affermazione dei diritti e delle libertà contenuti nel Preambolo e che oggi costituiscono il c.d. “*bloc de constitutionnalité*” ovvero , come diremmo in Italia , i “controlimiti”.

L' atipicità più peculiare della giustizia costituzionale francese risiede nel non aver incorporato nella Costituzione diritti e libertà allo stesso modo degli altri Paesi europei che erano appena usciti fuori da uno scenario postbellico , il secondo conflitto mondiale , così cruento da richiedere , per lo meno per gli altri protagonisti del tempo , che dichiarazioni così forti ed incisive fossero trasposte nella Legge delle leggi .

In Italia si discusse anche di un eventuale Preambolo¹⁷⁴ , ma non come alternativa all' inserimento dei diritti nella Carta Costituzionale !

Entriamo nello specifico analizzando i due articoli chiave : l' art. 54¹⁷⁵ e l' art. 55¹⁷⁶ della Costituzione francese.

¹⁷³ La Costituzione francese ha pochissime disposizioni che fanno riferimento a diritti e libertà all' interno della Costituzione che fungono da parametro di costituzionalità .Le norme utilizzate al fine di estrapolare diritti e libertà sono la Dichiarazione dell' Uomo e del Cittadino del 1789, le leggi della Repubblica francese , i principi economici e sociali .

¹⁷⁴ La Pira e Calamandrei , noti costituenti , erano favorevoli ad un Preambolo , il primo perché riteneva necessario enfatizzare l' importanza dei diritti tramite una Premessa alla Costituzione con una vera e propria Dichiarazione dei diritti dell' uomo , il secondo lo riteneva opportuno , più che giuridicamente , socialmente in quanto un ' espressione sentimentale dei diritti doveva ritenersi più una guida per il legislatore futuro che un punto d' arrivo , Calamandrei riteneva , infatti , che i diritti sociali non erano il punto d' arrivo di una rivoluzione già compiuta , quanto quello d' inizio , così S. Grassi , *Il contributo di Giorgio La Pira ai lavori dell' Assemblea costituente , in Scelta della costituente e cultura giuridica , vol. II . il Mulino , 1980 ; P. Barile , La nascita della Costituzione : Piero Calamandrei e le libertà , in op. ult. cit.*

¹⁷⁵ Art 54. : <<Qualora il Consiglio costituzionale, incaricato dal Presidente della Repubblica, dal Primo ministro, dal Presidente di una delle due assemblee, da sessanta deputati o sessanta senatori, dichiara che un impegno internazionale contiene clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione a ratificare o ad approvare l'impegno internazionale in questione può intervenire solo dopo revisione della Costituzione.>>

¹⁷⁶ Art . 55:<< I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, appena pubblicati, un'efficacia superiore a quella delle leggi, con la riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra parte contraente. >>

L' art. 54 ha l' obiettivo di impedire che un trattato contrario alla Costituzione possa entrare nell' ordinamento giuridico francese, per questo motivo è necessaria una revisione costituzionale al fine di regolarizzare la ratifica.

Il Conseil ha il dovere di condurre il controllo di costituzionalità tenendo conto delle norme che formano il “ bloc de constitutionnalité” , prima fra tutte il principio di sovranità .

Le procedure attraverso le quali opera il Consiglio sono di due tipi : quella dettata dall' art . 54 (la revisione costituzionale) utilizzata poche volte nella storia giuridica costituzionale e quella dell' art. 61 che disciplina il generale controllo di costituzionalità delle leggi ¹⁷⁷ per cui il controllo dovrà esser effettuato innanzitutto sulla compatibilità della legge con la Costituzione , in secondo luogo verificherà il rispetto degli impegni presi a livello sovranazionale con la Costituzione .

Alla fine dell' iter di controllo i risvolti prospettabili sono tre : o viene pronunciata la compatibilità con la Costituzione; o viene pronunciata l' incompatibilità ; o viene dichiarata la compatibilità con riserva.

Tra l' altro un' osservazione di non poco conto è che nella procedura di controllo il Conseil sottopone i Trattati ad interpretazione , operazione necessaria per poterne verificare la compatibilità (compito di esclusiva competenza della Corte di Giustizia) .

¹⁷⁷ Art . 61:<< *Le leggi organiche, prima della loro promulgazione, i regolamenti delle assemblee parlamentari, prima della loro entrata in vigore, sono sottoposti al Consiglio Costituzionale, che delibera sulla loro conformità alla Costituzione.*
Agli stessi effetti, le leggi possono essere deferite al Consiglio Costituzionale, prima della loro promulgazione, dal Presidente della Repubblica, dal Primo Ministro, dal Presidente dell'Assemblea Nazionale, del Presidente del Senato, o da 60 deputati o 60 senatori.
Nei casi previsti dai precedenti commi, il Consiglio Costituzionale decide nel termine di un mese. Tuttavia, a richiesta del Governo, in caso di urgenza, il termine è ridotto a otto giorni. Nei casi menzionati, il deferimento al Consiglio Costituzionale sospende il termine della promulgazione.>>

In dottrina si è risposto ¹⁷⁸ che ad essere esaminato sarebbe solo il testo costituzionale, in realtà la soluzione non convince, non sembra realistico pensare che il Conseil possa comparare un solo testo nella comparazione.

In caso di incompatibilità o si rinegozia l' accordo o si procede con la revisione costituzionale ¹⁷⁹.

Il controllo ha natura preventiva e facoltativa.

È definito preventivo perché viene effettuato prima che il trattato entri a far parte dell' ordinamento giuridico vincolando lo Stato all' impegno sovranazionale(o internazionale) ; è facoltativo poiché sono le autorità previste dal medesimo articolo a decidere se investire o meno il Conseil.

La Corte costituzionale francese effettua un controllo di tipo sostanziale soffermandosi sui soli contenuti e non sulla formazione dell' atto, tra l' altro ha la possibilità di sollevare autonomamente questioni di ufficio qualora dovesse rilevare la non compatibilità di talune norme non prestate esplicitamente alla sua attenzione, il controllo è esteso, dunque, al testo integrale.

Il Conseil può dichiararsi competente nel solo caso in cui i trattati in questione non siano ancora entrati a far parte dell'ordinamento, esulando quindi gli atti immediatamente precettivi quali regolamenti e direttive dettagliate.

Il meccanismo di controllo congeniato dalla Francia ha un'impronta fortemente nazionalista: attraverso il controllo preventivo si è voluto creare un sistema di

¹⁷⁸ DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, 2ème éd., P.U.F. Thémis Droit, 2006.

¹⁷⁹ La revisione è disciplinata dall' art.89 secondo cui <<L'iniziativa della revisione della Costituzione appartiene sia al Presidente della Repubblica, su proposta del Primo Ministro, sia ai membri del Parlamento.

Il disegno o la proposta di revisione deve essere votata dalle due assemblee nell'identico testo. La revisione è definitiva dopo essere stata approvata con referendum.

Il progetto di revisione non è sottoposto a referendum quando il Presidente della Repubblica decide di sottoporlo al Parlamento convocato in Congresso; in tal caso, il progetto di revisione si considera approvato solo se riporta la maggioranza dei tre quinti dei voti validi. L'Ufficio di presidenza del Congresso è quello dell'Assemblea Nazionale.

Nessuna procedura di revisione può essere iniziata o continuata quando è stata violata l'integrità del territorio (dello Stato).

La forma repubblicana di governo non può costituire l'oggetto di una revisione>>.

protezione tale da impedire che l'ordinamento comunitario interagisse senza argini con quello nazionale, come poi sottolineato da uno studioso¹⁸⁰ l'impianto nazionalista dell'art. 54 cade in contraddizione con l'apertura verso un sistema monista espressa dall'art. 55¹⁸¹ secondo il quale i trattati regolarmente ratificati possiedono una posizione gerarchica superiore rispetto alle leggi ordinarie.

La giurisprudenza costituzionale francese, basandosi sull'art. 54 Cost. crea la teoria del "bloc de constitutionnalité" ovvero crea il "muro" che si antepone ai Trattati.

Tra i principi più intangibili per la Francia rientra sicuramente quello di sovranità.

A riguardo il Conseil ha avuto l'occasione di pronunciarsi e di meglio specificare il concetto in talune pronunce¹⁸²: sulla base del comma 15 del Preambolo sono consentite le limitazioni di sovranità, senza che queste, però, si trasformino in trasferimento della stessa¹⁸³ poiché *<<aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit>>*, il criterio discriminante al fine di classificare un trasferimento come incostituzionale, come precisato in occasione della decisione del Conseil riguardante l'elezione a suffragio universale del Parlamento europeo, risiede nella concessione del potere decisionale in capo ad un soggetto non riconducibile all'organizzazione statale¹⁸⁴.

¹⁸⁰ J. RIDEAU, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité supérieure des traités en droit français*, in Carta. dir. eur., 1975.

¹⁸¹ L'art. 55 non è una disposizione sconosciuta al sistema francese: la medesima regola era già espressa nella Costituzione del 1946.

¹⁸² Vedi in particolare DC 70-39 e DC 76-71.

¹⁸³ In particolare *<<[...]ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale>>*, DC 70-39, considerando 9.

¹⁸⁴ L'intangibilità non veniva nel caso violata poiché riguardava *<<une assemblée qui n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et qui ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale>>*, DC 76-71.

Adesso è il caso di porre a confronto il suddetto articolo con quello successivo :l' art. 55 Cost.¹⁸⁵

Nello specifico si prevede che i Trattati ratificati o approvati godono di un' efficacia superiore a quella delle leggi .

Sebbene il Conseil abbia dato lettura restrittiva dell' articolo in questione, i giudici comuni , così come accaduto in Italia , hanno utilizzato l'articolo per far sì che il diritto comunitario , ma anche quello internazionale , prevalga su quello nazionale (proprio come accade da noi con l ' istituto della disapplicazione) .Nonostante ciò i principi del diritto comunitario non sono entrati a far parte del nucleo stesso della Costituzione , una delle prerogative più difese del sistema francese è , infatti ,come detto , la sovranità assoluta dello Stato (declamata sia dalla Dichiarazione dei diritti dell' Uomo e del Cittadino¹⁸⁶ che dalla Costituzione all' art. 3¹⁸⁷).

Come accennato, l'anima di questo articolo , in antitesi al precedente, contiene una concezione monista del sistema: una volta approvato ed entrato in vigore il trattato gode di uno rango superiore rispetto alla legge ordinaria senza il bisogno di leggi d'attuazione o , per dirla alla francese, di una <<loi de transcription >>.

All' interno della costituzione francese vigono , dunque, due articoli che apparentemente non hanno incongruenze , ma , praticamente , hanno posto degli interrogativi di non poco conto sull' applicazione delle fonti esterne : da una

¹⁸⁵ Art 55 : <<I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra parte.>>.

¹⁸⁶ Art. 3 Dich. : << Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione . Nessun corpo o individuo può esercitare un' autorità che non emani espressamente da essa.

¹⁸⁷ Art 3 Cost. fr. : <<La sovranità nazionale appartiene al popolo che la esercita per mezzo dei suoi rappresentanti e mediante referendum. Nessuna frazione del popolo né alcun individuo può attribuirsi l'esercizio. Il suffragio può essere diretto o indiretto nei modi previsti dalla Costituzione. Esso è sempre universale, uguale e segreto. Sono elettori, nelle condizioni stabilite dalla legge, tutti i cittadini francesi maggiorenni di ambo i sessi che godono dei diritti civili e politici.

La legge promuove l'uguaglianza di accesso delle donne e degli uomini ai mandati elettorali e alle funzioni elettive senza distinzione di sesso.>>

parte , infatti , l' ordinamento francese si riserva la possibilità di fare entrare in vigore i Trattati solamente quando rispettino i vincoli imposti dalla Costituzione , dall'altra non appena entrati in vigore , hanno un' incisività superiore rispetto alle leggi , sebbene siano sottoposte alla condizione di reciprocità (cioè purché la controparte mantenga l' impegno cui si sono vincolati reciprocamente) , senza bisogno alcuno di leggi d' attuazione.

Nel momento in cui il controllo anteriore del Trattato rispetto alla conformità a Costituzione non eseguito -perché come sopra detto facoltativo - potrebbe ben accadere che leggi ordinarie successive conformi a Costituzione vengano abrogate da Trattati successivi non conformi !

Ma non è tutto , si potrebbe anche arrivare ad un altro paradosso : qualora una legge ordinaria sia in contrasto con un trattato , il Conseil dovrebbe dichiararne l' incostituzionalità per violazione dell'art.55 per cui il risultato finale è che un trattato condizionerebbe la costituzionalità della legge.

Il Conseil ha immediatamente respinto una simile lettura e nella DC 74-54¹⁸⁸ delineando la differenza tra controllo costituzionale e convenzionale .

La Corte declina la propria competenza argomentando che mentre la stessa ha il compito di verificare il rispetto della superiorità della Costituzione sulle leggi in modo <<assoluto e definitivo>> , il controllo di compatibilità tra un trattato e una legge ordinaria deve esser necessariamente demandato alla giurisdizione ordinaria in quanto <<relativo e contingente >> poiché condizionato dalla limitatezza del campo d'applicazione del trattato e dal rispetto della reciprocità (e , dunque , indagine riservata al giudice ordinario che ne verifica la compatibilità nel caso concreto) .

È da questa pronuncia che viene per la prima volta delineato il controllo di costituzionalità riservato al solo Conseil e il controllo di convenzionalità demandato ai giudici ordinari .

¹⁸⁸ Pronuncia n. 74-54 , DC 15/01/75.

Il Conseil ha altresì precisato che i Trattati non possono fungere da parametri per decretare la costituzionalità di una legge ordinaria poiché si verrebbe a creare una situazione per cui invece di condurre il sindacato di legittimità sulla base della Costituzione, questo verrebbe condotto avendo a riferimento i Trattati, si avrebbe, cioè, un sistema di tipo monista¹⁸⁹ con la conseguenza che questi ultimi sarebbero idonei a creare il “bloc de constitutionnalité”.

La Corte francese ha seguito lo stesso iter di quello italiano¹⁹⁰ (ma, come vedremo, anche di quello tedesco) e successivamente alla pronuncia del 1975 succitata ne sono seguite altre che hanno espresso massime e linee di guida di una certa spessore, in particolare ha previsto che in caso di incompatibilità tra norma interna e comunitaria si sarebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale.

L'ordinamento francese con delle pronunce più recenti¹⁹¹ sembra aver dato una lettura più europeista dell'art. 88-1 Cost.¹⁹² ed infatti concede al diritto comunitario primario lo status di norme deputate a concorrere alla formazione del blocco costituzionale, ma **ciò nel limite in cui non vi sia alcuna disposizione costituzionale contraria a ciò**¹⁹³.

Come un autore francese attentamente ha notato¹⁹⁴, il progressivo avanzamento del diritto europeo ha provocato nella giurisprudenza costituzionale francese un “adattamento” << à cettè avancée jusqu' assumer la spécificité de cettè nouveauté>>¹⁹⁵, come meglio ci spiega, il diritto comunitario, inizialmente assimilato ad una forma di diritto internazionale, fino al 1992 era

¹⁸⁹ Per la distinzione tra ordinamento monista e dualista vedi cap. 1.1, pag. 3.

¹⁹⁰ In particolare ci si riferisce alla sentenza “Industrie Chimiche”.

¹⁹¹ Pronuncia 504-2006 Dc.

¹⁹² Art. 88-1 : << *La Repubblica partecipa alle Comunità europee e all'Unione europea, costituite da Stati che hanno liberamente scelto, in virtù dei Trattati che le hanno istituite, di esercitare in comune delle loro competenze* >>.

¹⁹³ Grassetto mio.

¹⁹⁴

H. LABAYLE, L'identité constitutionnelle de la France, contro-limite a la primauté du droit de l'Union Européenne?, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, www.giuri.unife.it, 2016

¹⁹⁵ H.LABAYLE, op.ult.cit., cit.

interpretato dai giudici francesi accettando le “limitations” di sovranità necessarie per la costruzione di un sistema europea, ma rifiutando il trasferimento di questa all’ apparato sovranazionale.

La posizione , rigida e poco flessibile, era destinata a lasciare il posto all’ idea che un trattato comunitario può dirsi contrario alla Costituzione solamente se “il contient une clause << directement contraire>> à une norme ou à un principe constitutionnel “. Sulla base di questo secondo criterio divenne determinante l’ esame di un eventuale trasferimento di competenze all’ Unione europea, per cui la partecipazione della Francia << au développement d’ une organisation internationale permanente , dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision” dipenderà allora non più da un eventuale trasferimento di competenze, che , di per sé , non è incostituzionale , ma dal grado di gravità di una eventuale infrazione alla sovranità nazionale.

Come finemente illustrato dall’ autore, il vero e proprio cammino di integrazione del sistema francese ha luogo con la Dc 2004- 496 : il Conseil afferma, infatti , che la trasposizione di una direttiva contenente norme “inconditionnelles et précises¹⁹⁶” costituisce un obbligo di natura costituzionale e non solo comunitario , il solo impedimento idoneo ad opporsi alla trasposizione sarà la presenza di una “ disposition expresse contraire de la Constitution¹⁹⁷”.

Una formula così vaga o , poco “intellegibile”¹⁹⁸ e “pertinente”¹⁹⁹ viene chiarita subito dopo dalla decisione 2004-498 che da una parte ripete letteralmente la formula precedentemente utilizzata precisando che la protezione dei diritti e delle libertà invocata sono “ ègalement protégés “ in quanto principi generali dell’ ordinamento comunitario ; dall’ altra riformula il concetto delle disposizioni costituzionali idonee a fungere da “blocco” , chiarendo che le sole norme

¹⁹⁶ Dc 2004-496 , 10 giugno 2004, Conseil constitutionnelle.

¹⁹⁷ Dc 2004-496.

¹⁹⁸ Come definita dal Servizi del Consiglio costituzionale in La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l’ examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l’ Europe , novembre 2004.

¹⁹⁹ B. GENEVOIS , Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé , RFDA, 2004.

opponibili alla trasposizione di una direttiva comunitaria sono le disposizioni *espresse* della costituzione.

Un altro segnale d' apertura ci perviene dalla teoria elaborata nella decisione 504- del 2006 ,a seguito di una serie di decisioni ²⁰⁰ che facevano ben auspicare a riguardo , il Conseil ha affermato che si riserva di controllare il rispetto della costituzione ogniqualvolta debba verificare la compatibilità di una legge attuativa facendosi essa stessa garante del diritto comunitario.

Il Conseil , con una lungimiranza ammirevole dal punto di vista pratico , sa già che in caso di sospetta incompatibilità di una legge ordinaria interna con una norma comunitaria la soluzione più convenevole è che sia il giudice comune ad investire la Corte di Giustizia , limitando ai soli casi di manifesta incompatibilità il ricorso costituzionale.

La Corte costituzionale francese corre verso la Corte di Lussemburgo , ma pone comunque dei limiti di non poco conto : nonostante dichiararsi di voler onorare pienamente l' art. 88 -1 , precisa che nel caso in cui venga violato il principio dell' identità costituzionale della Francia , la norma in questione verrà dichiarata incostituzionale , parafrasando possiamo affermare che il Conseil pone ancora un blocco all' applicazione del diritto comunitario che si pone in contrasto con quelle norme che hanno un rango superiore e una resistenza maggiore, in italiano le chiamiamo norme "supercostituzionali" .

In tal modo l' atteggiamento francese rispecchia né più né meno quello del nostro ordinamento : così come in Italia si è avuta una modifica costituzionale , anche in Francia si è proceduto ad una revisione costituzionale per dare attuazione al diritto europeo in maniera più penetrante , ma come l' art. 117 comma 1 Cost. italiana dà copertura costituzionale ai Trattati senza però scalfire il nocciolo duro dei principi fondamentali , il loro art. 88 -1 è stato interpretato

²⁰⁰ Decisioni n. 496, 497 , 498 , 499 del 2004.

dalla Corte francese precisando che baluardo indefettibile e insuperabile per il diritto comunitario è e resta il cuore dei diritti fondamentali.

Se , dunque , ad una prima lettura dell’ art. 55 può sembrare che l’ ordinamento francese abbia optato per un sistema monista , dalle pronunce è chiaro che la visione adottata è quella della separazione degli ordinamenti ²⁰¹.

Oltre all’ elaborazione della teoria dei controlimiti il sistema francese elabora il concetto di “identità costituzionale” .

Secondo il suddetto autore francese²⁰² il concetto in questione non finisce in una mera declamazione concettuale, avendo , piuttosto carattere funzionale : l’ indeterminatezza del suo contenuto da una parte lo rende essenziale all’ integrazione europea, dall’ altra il suo ruolo di modulatore dei diversi settori di competenza tra diritto interno ed europeo fa sì che rimanga “potentiellement conflictuelle²⁰³” o , come un altro studioso ci insegna ²⁰⁴ , “le principe d’identité nationale [...] suggère, combiné à la subsidiarité, de nouvelles limitation à l’ integration européenne”.

Il concetto di identità costituzionale è di giovane esistenza anche in Italia, nello specifico , la locuzione tanto usata quanto incerta, ha visto la sua massima espansione con la nota vicenda Taricco.

Estrapolata dal Trattato di Lisbona e utilizzata dalle diverse Corti costituzionali assume i diversi colori dell’ arcobaleno a seconda che questa venga impiegata dal giudice europeo o dai giudici nazionali .

²⁰¹ Proprio come accaduto nel caso Granital il risultato cui si giunge è che nell’ evenienza di incompatibilità tra norma interna ordinaria e norma comunitaria sarà la seconda a prevalere per mezzo della disapplicazione senza abrogare la norma non applicata che , comunque , continuerebbe a vivere nell’ ordinamento per cui si giunge facilmente alla conclusione che non può trattarsi di un unico ordinamento , ma di sistemi giuridici distinti.

²⁰² H . LABAYLE, op.ult.cit.

²⁰³ J . ROSSETTO , *Quelques observations sur le control de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la VRepublique* , in Mélanges Blumann, 2015.

²⁰⁴ M. DELMAS-MARTY , *L’ integration Européenne , entre pluralism , souverainisme et universalisme* , www.giuri.unife.it , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it, 2016

Tralasciando momentaneamente la questione per darvi spazio nel proseguo , è di interessante indagine per lo studio che qui si conduce, analizzare l'uso di un altro discusso strumento, tanto elogiato quanto timorosamente applicato dai giudici costituzionali , di “conciliazione”: il rinvio pregiudiziale.

Analogamente al discorso del giudice costituzionale italiano circa la competenza ad attivare il rinvio pregiudiziale, la corte francese ritiene che il mezzo sia adoperabile dal giudice comune , ma non da se medesima , nello specifico , nel considerando n. 20 della Dc 504- 2006 sancisce che << [...] *Il Consiglio costituzionale non può investire la Corte di Giustizia della Comunità europea della questione pregiudiziale [...]* ; ad ogni modo spetta alle autorità nazionali , se del caso , adire la Corte di Giustizia delle Comunità europee a titolo pregiudiziale >> , proprio come nell' ordinamento italiano di primo acchito adducendo motivazioni di natura tecnica ²⁰⁵ ha preferito rimanere “ estranea” al dialogo con la Corte di Giustizia.

Le esigenze di confronto hanno , però , avuto la meglio , tanto che nel 2013 il Conseil con decisione n. 314/2013 ha dovuto cambiare rotta adottando per la risoluzione di un caso un mezzo fino ad allora preclusi: il rinvio pregiudiziale.

A differenza di quanto accaduto col giudice costituzionale italiano (vedi cap. 2.3) che ha “giustificato” il rinvio adducendo motivazioni di tipo “ sussidiario “ (la Corte sostiene che essendo necessaria l' interpretazione della CGUE per la risoluzione del caso e non avendo operato il giudice comune il rinvio , spetta alla stessa farlo per non incorrere nella violazione dell' art. 267 TUE), il Conseil investe la Corte di Lussemburgo poiché a sua volta investita dalla Corte di Cassazione che poneva la questione di legittimità in merito ad una norma penale in contrasto col mandato d' arresto europeo.

²⁰⁵ Ovvero la non celerità della risoluzione della questione in caso di rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Nel caso di specie era stato emesso un MAE ²⁰⁶dal Regno Unito nei confronti di un professore inglese scappato con una studentessa quindicenne .

Appurato che i due avevano avuto rapporti sessuali , successivamente all' avvenuto arresto a Bordeaux , il Regno Unito chiede altresì che al professore venga imputata un' ulteriore accusa : il reato di violenza sessuale.

La Francia doveva prestare il proprio assenso o il proprio rifiuto alla consegna dell' arrestato , ex art. 27 della decisione quadro 2002/584/GAI riguardante il MAE , la pronuncia doveva avvenire nei trenta giorni successivi alla richiesta.

La questione era complicata dal fatto che nell' ordinamento francese l' età per prestare il proprio consenso ad avere rapporti sessuali è di anni quindici e non sedici come nel Regno Unito per cui al professore secondo l' ordinamento francese non poteva essere imputato l' ulteriore reato .

L' imputato proponeva ricorso .

Secondo la normativa francese la decisione resa non è ricorribile, ma trovandosi a dover decidere in tempi così ristretti il Conseil investe allora la CGUE chiedendo se il termine di trenta giorni può esser sospeso o meno , chiede quindi la corretta interpretazione dell' art. 27 della decisione quadro all' unica corte detentrici di tale potere.

Il giudice francese richiede semplicemente l' interpretazione della norma comunitaria per poterne poi trarre le conseguenze , evita cioè di menzionare la norma penale nazionale contrastante, se lo avesse fatto sarebbe stato come far dichiarare indirettamente l' illegittimità della norma interna , rischiando di essere in qualche modo spodestata dal suo ruolo di unico giudice idoneo a sindacare la costituzionalità di una norma interna (in realtà il ragionamento è molto più sottile : la CGUE non può decretare la legittimità o meno di una norma nazionale , potendo solamente pronunciarsi su norme comunitarie , ma il contenuto della richiesta francese scongiura una qualsiasi forma di condanna nei confronti della

²⁰⁶ Acronimo di mandato d' arresto europeo.

norma penale nazionale che prevede che il termine di trenta giorni sia perentorio).

Il 2013 è stato un anno significativo per molte Corti costituzionali che si sono messe nelle condizioni di interagire con la Corte di Lussemburgo instaurando un dialogo diretto , a prescindere da ciò l' atteggiamento adottato può definirsi guardingo ed è facilmente rintracciabile dalle motivazioni addotte dalle diverse corti le quali si sono preoccupate di costruire un' impalcatura di giustificazioni atte a sorreggere l' idea per cui l' uso del rinvio pregiudiziale era strettamente connesso e contingente al caso di specie , non essendo rinvenibile la possibilità di un utilizzo ordinario e consueto .

Secondo qualche studioso ²⁰⁷ non è possibile trarre la conclusione che si sia innanzi una presa di posizione “ rivoluzionaria” del Conseil dato che il suo compito rimane quello di pronunciarsi esclusivamente sulla legittimità delle leggi di trasposizione di una direttiva che siano lesive del diritto comunitario e , di conseguenza, della copertura costituzionale e nulla di nuovo aggiunge il rinvio pregiudiziale dato che viene semplicemente investita la corte *ad hoc* istituita per l' interpretazione del diritto comunitario . a parere di chi scrive , invece , al di là , delle questioni puramente tecniche che possono essere o meno rivoluzionarie , il gesto d' apertura verso la Corte di Lussemburgo deve essere inteso come un segnale di crescita importante.

Se anche con delle riserve e puntualizzazioni le Corti mantengono ancora un contegno ritroso , è indubbio che stiano cercando di instaurare un dialogo in via diretta , non rimandando più tale incombenza al solo giudice comune e non si può non leggere in questo cambiamento un segnale ulteriore di apertura.

²⁰⁷ S. CATALANO , *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di Giustizia dell' Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria* , in www.aic.it,2013.

Spagna

Un caso molto interessante ci perviene dalla corte costituzionale spagnola . la particolarità e l' interesse risiedono nel fatto che nel primo rinvio pregiudiziale ad essere coinvolti sono lo Stato spagnolo , quello italiano e la CGUE.

Prima di addentrarci nel caso di specie è utile avere un' infarinatura generale della struttura costituzionale spagnola.

Il sistema di giustizia costituzionale spagnola si colloca a metà strada tra quello italiano e quello francese : mentre nel primo il ricorso alla corte costituzionale può essere esperito in via diretta e/o indiretta , ma mai direttamente da una persona che lamenti una lesione e voglia autonomamente ricorrere, nel secondo vi è il sistema del “ doppio filtro “ per evitare un inutile sovraccarico della Corte.

Il Tribunal Constitucional spagnolo con l' introduzione dell' art. 53 c.2 ²⁰⁸ nella Costituzione del 1978 è stato incaricato di raccogliere i “*recursos de amparo* “ presentati da qualsiasi persona fisica o giuridica che lamenti la lesione di uno dei diritti costituzionali previsti dagli artt. 14-30 , l' unica condizione posta era il previo esperimento di tutti i rimedi giudiziari ²⁰⁹.

La possibilità di adire direttamente la Corte costituzionale ha causato non pochi problemi di paralisi alla macchina giudiziaria che di anno in anno ha visto accrescere in maniera esponenziale i ricorsi indirizzati al Tribunal Constitucional.

A distanza di circa trent' anni la struttura dell' *amparo* costituzionale è stata sottoposta a riforma (nel 2007) nella parte riguardante i requisiti di ammissibilità dei ricorsi : il ricorrente avrebbe cioè dovuto dimostrare il carattere inedito della

²⁰⁸ Art. 53 c. 2 :<<Qualsiasi cittadino potrà ottenere la tutela delle libertà e diritti riconosciuti nell'articolo 14 e nella Sezione prima del Capitolo secondo, di fronte ai Tribunali ordinari attraverso un procedimento basato sui principi preferenza e sommarietà e se del caso attraverso il ricorso di amparo di fronte al Tribunale Costituzionale. Questo ultimo ricorso sarà utilizzabile nel caso dell'obiezione di coscienza riconosciuta nell'articolo 30.>>

²⁰⁹ G. GENTILI , *Una prospettiva comparata sui sistemi europei di ricorso diretto al giudice costituzionale : suggestioni e spunti per la Corte italiana*, www.revistaselectronicas.ujaen.es , 2011.

questione e la particolare rilevanza costituzionale ; sono poi stati ridotti i termini per proporre ricorsi .

Da questo tipo di struttura sembra che il Tribunale costituzionale spagnolo si sia fatto esso stesso garante di diritti e libertà fondamentali nel modo più incisivo possibile, ovvero decretando direttamente e dando l' opportunità al singolo di investirlo della questione .

Partendo da questa premessa è ora possibile leggere con altre lenti i risvolti del caso Melloni , ma non prima d' aver esposto ,senza pretesa di ulteriori approfondimenti , la nascita della teoria dei controlimiti in Spagna .

Più tardivamente rispetto alla nostra Corte costituzionale , il giudice spagnolo , con sentenza 64/1991 ²¹⁰ afferma che << la cessione dell' esercizio delle competenze a favore di organismi sovranazionali non implica che le autorità nazionali cessino di essere sottoposte all' ordinamento interno quando eseguono obblighi provenienti da tali organismi , poiché anche in questi casi continuano ad essere un potere pubblico subordinato alla Costituzione e al resto dell' ordinamento spagnolo >>, in un passo successivo della medesima sentenza il Tribunale spagnolo chiarisce che nel caso in cui un atto del potere pubblico venga impugnato attraverso il ricorso di *amparo* che << essendo stato adottato in esecuzione del diritto comunitario europeo , potrebbe violare un diritto fondamentale , la cognizione di tale lesione spetta a questa giurisdizione costituzionale , indipendentemente dalla circostanza che quell'atto sia o meno conforme secondo l' ordinamento comunitario europeo ...>>.

Da questo momento può dirsi contrassegnata la linea di confine tra il diritto europeo e il diritto interno spagnolo che circoscrive la portata dell' ordinamento sovranazionale fino al limite in cui questo non varchi la soglia della violazione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito , aderendo , dunque , alla dottrina dei controlimiti italiana.

²¹⁰ Ma vedi anche sent. TC 236/1991.

Un' altra manifestazione forte della teoria in questione ci perviene in occasione del processo di ratifica della Costituzione europea .

All' art . I-6 si prevedeva che << La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell' Unione nell'esercizio delle competenze a queste attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri>> .

Il Consiglio di Stato spagnolo , ritenendo la succitata disposizione in contrasto con l' ordinamento giuridico interno , suggerisce al Governo di applicare l' art. 95.2 Cost.²¹¹ al fine di promuovere e verificare la conformità della norma.

Investito della questione , il Tribunale costituzionale spagnolo , ribadendo l' incisività della teoria dei controlimiti , afferma ²¹² che << nel caso difficilmente concepibile che nell'ulteriore evoluzione del diritto dell' Unione europea questo diritto risulti essere inconciliabile con la Costituzione spagnola , senza che gli ipotetici eccessi del diritto europeo nei confronti della Costituzione europea siano risolti mediante gli strumenti ordinari da questa previsti , in ultima istanza la salvaguardia della sovranità del popolo spagnolo e della supremazia della Costituzione , che spetta al Tribunale costituzionale , potrebbero condurlo a risolvere i problemi che sorgeranno , i quali nella prospettiva attuale si considerano assenti, per il tramite degli appositi procedimenti costituzionali [...]>>.

La declaratoria del Tribunale spagnolo , quanto meno sul piano teorico , è sintomo di un forte protezionismo del nucleo forte della Costituzione.

Anche in questo caso , come in quello francese, la nozione non può che intrecciarsi con l' altro nuovo concetto sorto nel panorama dei rapporti interordinamentali : ci ritroviamo cioè a coniugare di nuovo la teoria dei controlimiti con il non ancora definito concetto di identità costituzionale .

²¹¹ A norma del quale ,per esteso:<< La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción >>.

²¹² DTC 1/2004.

Come eminenti esponenti della dottrina sostengono ²¹³ è possibile rilevare e distinguere due dimensioni del concetto di identità costituzionale : una conflittuale ed un' altra di convergenza .

La prima manifesta la sua forza nell' ambito dei controlimiti , ovvero disposizioni costituzionali resistenti al primato del diritto europeo ; la seconda veste dell' identità costituzionale è indossata allorquando la Corte di Giustizia regola l' utilizzo delle "identità" degli Stati membri per dar luogo al principio di primazia.

L' identità costituzionale può esser maneggiata ora a favore dell' ordinamento interno ora a favore di quello sovranazionale .

Non è ancora chiaro quale sia il reale contenuto , potendo ben immettere all' interno di tale categoria diversi principi e disposizioni classificabili come fondanti

Ed è proprio da tale difficoltà che nasce il possibile contrasto : se la Corte di Giustizia non può pretendere di definire quali siano e quali no i principi rientranti nella sfera dell' ambito di applicazione dell' identità costituzionale degli Stati membri al fine di gestire a suo piacimento il principio del primato , questi ultimi non possono neppure arrogarsi la prerogativa di definirne la portata reinterpretando la nozione datane dall'art. 4.2 TCE che è di esclusiva competenza del giudice comunitario ²¹⁴.

Assodato che nessuno dei due ordinamenti può avere l' ultima parola riguardo la definizione di identità costituzionale , non rimane che ipotizzare come dovrebbe modularsi un eventuale contrasto della definizione in questione.

Il pensiero sopraffino dell'autore ci induce a prendere in considerazione le ulteriori problematiche connesse alla risoluzione dei tale eventuale problema .

²¹³ F. BALAGUER CALLEJON, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell' esperienza spagnola*, in, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, www.giuri.unife.it, 2016.

²¹⁴ È proprio manipolando l' art. 4.2 TCE che il giudice costituzionale, nel caso Taricco , con ordinanza 24/2017 , cerca di trovare una "soluzione" ad un possibile contrasto insanabile.

La nozione di identità costituzionale – già di per sé indefinita – è fortemente connessa a concetti quali la sovranità nazionale , l' intangibilità delle Costituzioni e la riforma costituzionale .

Alcuni Stati membri , come la Spagna , non prevedono alcun tipo di “clausola d' eternità” atta a custodire l' immutabilità della Carta fondamentale.

Ciò basta per poter prospettare la possibilità che Nazioni come questa si diano un nuovo ordinamento costituzionale attraverso la revisione totale della Costituzione.

Ma se ciò è possibile, può dirsi che esiste l' identità costituzionale ? e in caso di risposta affermativa, in cosa consiste ?

L' autore ci pone poi il caso di uno Stato membro che possiede all' interno delle disposizioni costituzionali , norme atte a preservare l' immutabilità della Costituzione .

È il caso della Germania .

La costituzione tedesca all' art. 146 prevede che :<< La presente Legge fondamentale, che è applicabile all'intero popolo tedesco in seguito al conseguimento dell'unità e della libertà della Germania, cesserà di avere vigore nel giorno in cui entrerà in vigore una costituzione adottata dal popolo tedesco in piena libertà di decisione>>.

Con l' unificazione lo Stato tedesco avrebbe dovuto darsi una Costituzione nel rispetto della volontà del popolo , in realtà ciò che è avvenuto è che la Legge Fondamentale è rimasta immutata (non dando applicazione all' art. 146 suddetto) , cambiando , invece, il soggetto costituente.

Stando così le cose , può realmente dirsi che l' identità costituzionale tedesca sia rimasta la stessa pur avendo mutato il soggetto costituente?

Ciò che ci suggerisce l' autore è un altro punto di vista : evitando di rimanere relegati alle rigide nozioni spesso vaghe e inconcludenti di migliaia di concetti dai contorni labili , bisogna affidarsi alla (nuova) democrazia pluralista la quale determina di volta in volta i contenuti dell' identità costituzionale , che non può essere eretta a vaso contenente principi supremi immodificabili , essendo , piuttosto , l' espressione mutevole della libera scelta democratica del tempo .

Alla luce sia delle considerazioni sin qui svolte che dell' enunciazione sul piano teorico della teoria dei controlimiti , analizziamo come il Tribunale costituzionale spagnolo ha affrontato dal punto di vista pratico l' applicazione della teoria cui aveva aderito dal 1991.

Il fatto : un individuo , Stefano Melloni , indagato in Italia per bancarotta fraudolenta , si trasferisce in Spagna . L' Italia ne chiede la consegna che gli viene concessa . Il Melloni rilasciato su cauzione , si dà alla fuga e , nel frattempo , in Italia si procede col processo in contumacia.

Emesso il MAE per la seconda volta viene arrestato dalle autorità spagnole .

Il Melloni si opponeva alla consegna alle autorità italiane rilevando non solo che aveva revocato i mandati dei difensori originari per cui le notifiche non erano state trasmesse ai nuovi rappresentanti legali , ma anche che essendosi proceduto in contumacia non aveva avuto la possibilità di impugnare la sentenza per cui le autorità spagnole avrebbero dovuto consegnarlo a condizione che questi potesse utilizzare i mezzi di gravame utili alla revisione del processo .

La camera penale spagnola rigetta il ricorso .

L' imputato propone ricorso direttamente dinanzi l' organo costituzionale per violazione del diritto ad un equo processo , diritto tutelato dall' art. 24 ²¹⁵ della

²¹⁵ Art . 24 : <<Tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici nei tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi senza che, in nessun caso, si verifichi la mancanza di difesa. Similmente tutti hanno diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge, al patrocinio legale, a essere informati dell'accusa formulata contro di loro, a un processo pubblico senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie, a utilizzare i mezzi di prova pertinenti alla loro

Costituzione spagnola che prevede che in caso di imputazione per un reato la cui condanna prevede una pena elevata , deve esser garantita la revisione del processo celebratosi *in absentia* .

A tal proposito il Tribunale spagnolo afferma che una tale violazione è condannata dal sistema costituzionale spagnola , e si pone ulteriori quesiti : secondo l' art. 4 bis della decisione quadro 299 del 2009 non si può “ *rifiutare di eseguire il mandato d' arresto europeo emesso ai fini dell' esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l' interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione* “ , per cui può ritenersi che tale articolo impedisca di subordinare il MAE alla condizione che venga riesaminata la questione ? E se la risposta è affermativa, può dirsi in linea con gli artt. 47²¹⁶ e 48²¹⁷ della Carta dei diritti fondamentali ? E come si coordina con l' art. 53²¹⁸ della Carta dei diritti che prevede che debba applicarsi la disposizione più favorevole ad uno standard di tutela maggiore ?

difesa, a non fare ammissioni contro se medesimi, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza. La legge regolerà casi in cui a causa di parentela o del segreto professionale non sussisterà obbligo a rendere dichiarazioni circa presunti reati. >>

²¹⁶ Art. 47 Carta di Nizza : <<Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia>>.

²¹⁷ Art . 48 Carta di Nizza: << Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato.>>

²¹⁸ Art . 53 Carta di Nizza : << Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.>>.

Della questione viene investito con rinvio pregiudiziale il giudice comunitario che rifiuta l'interpretazione secondo cui è possibile opporsi al mandato d'arresto europeo subordinandolo alla condizione della revisione del processo²¹⁹.

Analizziamo una da una le questioni pregiudiziali presentate²²⁰.

La prima questione riguarda l'articolo 4 bis ovvero se è possibile subordinare il mandato alla circostanza che il processo venga revisionato.

La CGUE fornisce un'interpretazione priva di dubbi: non è possibile apporre tale condizione e le motivazioni sono deducibili da diversi punti della sentenza: la Corte di Lussemburgo innanzitutto chiarisce il compito del MAE, che è uno strumento atto a sostituire il più complesso sistema dell'extradizione al fine di favorire la collaborazione tra Stati membri; precisa poi che gli Stati possono non dare esecuzione nei casi facoltativi previsti dalla decisione quadro e che le condizioni di subordinazione del MAE sono quelle previste dall'art. 5, ma non oltre.

Nella seconda pregiudiziale viene esaminata la compatibilità dell'art. 6 CEDU²²¹ con l'art. 4 bis, la CGUE riconosce il diritto dell'imputato a partecipare al

²¹⁹ Sent. CGUE 26/02/2013, C-399/11, Melloni.

²²⁰ L. RIZZA, *Il caso Melloni: la Corte di Giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimento in absentia*, in www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/53-2013.pdf. 2013.

²²¹ Art. 6 CEDU: «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.*

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

processo , ma non vi è violazione nel caso in cui questi non si presenti e si prosegue per evitare la paralisi del procedimento .

L' art. 4 bis è posto in relazione agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza , anche qui la Corte riscontra compatibilità poiché non solo nel caso in cui l' imputato venga informato di data , luogo ed ora del processo il diritto alla difesa non può dirsi violato , ma anche , anzi , gli articoli suddetti sono da considerarsi in piena armonia con l' art. 6 CEDU proprio per tali motivi .

Da ultimo verifica se viene rispettato l' art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell' UE che statuisce che uno Stato membro può apprestare lo standard di tutela più elevato – nel caso di specie la Spagna chiedeva se non fosse corretto tutelare il Melloni concedendo una revisione del processo come previsto dall' ordinamento spagnolo in caso di procedimento svoltosi in contumacia – a discapito , anche , del diritto comunitario .

Il passo più interessante della sentenza è sicuramente quest' ultimo .

La CGUE deve decidere se fare apprestare la tutela più intensa concesso dallo Stato spagnolo o se far prevalere il diritto comunitario (ammettendo che l' imputato venga consegnato e sottoposto alla tutela meno garantista dello stato italiano che non prevede la revisione in caso di contumacia).

La Corte di Lussemburgo propende per la seconda soluzione poiché ad avallare la prima si arriverebbe a ledere il principio del primato del diritto europeo .

La CGUE va anche oltre e afferma che “ è pur vero che l' art. 53 della Carta quando un atto del diritto dell' Unione richiede misure nazionali di attuazione , consente alle autorità e ai giudici nazionali di applicare standard di tutela

(c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza>>

nazionali dei diritti fondamentali , a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta ,come interpretato dalla Corte , né il primato , l' unità e l' effettività del diritto dell' Unione²²²”.

Uno dei punti più importanti sviluppati nel caso Melloni è , certamente , che la CGUE trovandosi per la prima volta a dover bilanciare l' art. 53 Carta di Nizza con il principio del primato del diritto comunitario , decide di far prevalere il secondo a discapito della “più alta tutela “.

La preoccupazione della Corte di Giustizia non è solamente che il diritto comunitario non venga applicato in modo omogeneo in tutti gli Stati membri , ma anche e , forse, soprattutto , che venga in qualche modo compromessa l' efficacia e la primazia.

A parer di chi scrive l' affermazione del giudice europeo è tutt' altro che una massima declamata senza effetti successivi , piuttosto sembra una presa di coscienza di quello che vuole essere il suo ruolo nel presente e , ancor di più , nel futuro : una corte suprema molto simile ad un giudice federale .

Il secondo importante passo del caso riguarda la reazione dell' ordinamento spagnolo²²³.

Mi si faccia passare il termine , ma il Tribunal Constitutional pecca di vera e propria ipocrisia .

Citiamo alcuni illuminanti passi della sentenza in questione commentando la posizione del giudice spagnolo via via .

Al punto 3 si legge << Prima di determinare il contenuto ad extra del diritto a un processo equo, dobbiamo, tuttavia, completare la risposta della Corte di Giustizia con la dottrina fissata a suo tempo dal Tribunal constitucional nella DTC 1/2004 del 13 dicembre. In quell'occasione, abbiamo segnalato che”la cessione ex art.

²²² Sottolineato mio .

²²³ Sent . 13/02/2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni .

93 C. presenta a sua volta dei limiti materiali che limitano questo trasferimento. Tali limiti materiali, sebbene non riconosciuti in modo espreso, ma implicitamente desunti dalla Costituzione e dal significato essenziale di questo precetto, si traducono nel rispetto della sovranità statale, delle nostre strutture costituzionali e del sistema di valori e principi fondamentali sanciti nella nostra Costituzione, in cui i diritti fondamentali acquisiscono una propria essenza (art. 10.1 Cost)”, pare chiaro che la Corte spagnola, quasi immediatamente, tenga a precisare che a prescindere dalla decisione presa dalla Corte di Giustizia e da essa stessa, la teoria dei controlimiti non può di certo dirsi tramontata, addirittura nel passo successivo afferma che << nel caso difficilmente concepibile in cui si verificasse un conflitto inconciliabile tra il diritto dell’UE e la Costituzione spagnola e non fosse possibile risolvere gli ipotetici eccessi del diritto europeo nei confronti della Costituzione europea [il diritto primario], mediante gli ordinari canali previsti, la necessità di conservare la sovranità del popolo spagnolo e la supremazia della sua Costituzione potrebbero indurlo ad affrontare l’insorgere di eventuali problemi, che attualmente non sussistono, attivando i procedimenti costituzionali pertinenti>> quasi a ricordare alla Corte comunitaria che qualora ciò dovesse succedere (ma non è forse proprio successo in questo caso ?)l’ordinamento spagnolo farà prevalere il diritto costituzionale su quello comunitario .

Ma sarà vero ?

Dato il caso in questione , e non vi sarebbe potuta essere occasione più azzeccata, la teoria dei controlimiti più che declamata sarebbe dovuta / potuta essere applicata ! Per quale ragione , altrimenti , avrebbe chiesto un parere alla CGUE ?

È sì vero che ciò che viene richiesta è l’ interpretazione di un articolo di matrice europea per cui unico giudice competente on poteva che essere quello comunitario , ma dall’ impostazione del quesito , tra l’ altro alla luce dell’ accoglimento di un ricorso diretto ritenuto ammissibile, pare evidente che il

Tribunal non riteneva , stando ai suoi principi costituzionali , che il diritto all' equo processo fosse pienamente soddisfatto .

Ma vediamo come giustifica il nuovo orientamento .

La Corte spagnola adduce che << quando le autorità nazionali (tra cui l'autorità giurisdizionale) devono riconoscere, omologare o convalidare una decisione adottata da un'autorità straniera, possono incorrere in una violazione «indiretta» dei diritti fondamentali, a cui si può concedere protezione mediante un ricorso di amparo, quando quella decisione sia considerata lesiva di tali diritti. Tuttavia, secondo il TC, mentre le autorità spagnole sono vincolate incondizionatamente ad intra ai diritti fondamentali, così come consacrati nella Costituzione, il contenuto vincolante dei diritti fondamentali nella sua proiezione ad extra è più ridotto. L'ambito di applicazione del diritto a un processo equo non ricomprende, quindi, tutte le garanzie riconosciute nell'art. 24 Cost., ma solo i requisiti fondamentali o elementari, che costituiscono l'essenza stessa dell'equo processo, i quali possono proiettarsi sulla valutazione dell'azione dei poteri pubblici stranieri, potendo arrivare a determinare l'incostituzionalità "indiretta" dell'attuazione della giurisdizione spagnola che è propriamente l'oggetto del nostro controllo>>. Orbene , secondo l' impostazione del giudice spagnolo i diritti possono esser tutelati con maggiore o minore intensità a seconda che vengano lesi dall' ordinamento interno o da uno straniero . Se vogliamo glossare è plausibile dire che nel caso in cui la lesione sia subita da un cittadino spagnolo questi godrà della massima tutela , lo stesso non è configurabile in capo ad un individuo che sebbene faccia parte dell' ordinamento europeo , non è sottoposto esclusivamente alla giurisdizione spagnola , come accaduto nel caso specifico .

È lecito far convivere diritti di serie A e diritti di serie B?

Il discorso del giudice spagnolo viene condotto lasciando intuire che il " ripensamento " sul caso sia del tutto indipendente dalla decisione comunitaria , che , invece, è solo utilizzata come parametro di riferimento .

Pur decidendo come suggerito , ribadisce l' esistenza della teoria dei controlimiti , l' intangibilità della Costituzione , l' assolutezza della sua sovranità come se tutte quelle belle parole potessero mutare il fatto oggettivo che si sia completamente uniformata alla pronuncia della CGUE.

Il Tribunale costituzionale spagnolo avrebbe anche potuto non investire la Corte di Giustizia , l' art. 4 bis era già abbastanza chiaro da permettere una decisione in totale autonomia , ciò che il giudice costituzionale forse già sapeva a priori è che avrebbe dovuto abbassare lo standard di tutela , non tanto perché il diritto ad un equo processo fosse stato realmente violato (non sarebbe ragionevole pensare che il processo in contumacia che rispetti i diritti dell' imputato sia lesivo del diritto di difesa) , ma quanto , piuttosto , perché se fosse tutelato in modo assoluto condurrebbe a situazioni di paralisi e , conseguentemente, non si potrebbe pervenire a giustizia !

La reazione spagnola, al di là delle declamazioni d' impatto , è stata sicuramente timida nei fatti .

Possiamo però aspettare che venga apprestata da parte del diritto comunitario una tutela minore di quella prevista dalla costituzione spagnola ad un individuo sottoposto alla sua esclusiva giurisdizione, magari , in tal caso , la teoria dei controlimiti verrà fuori in tutta la sua pienezza.

Come ultimo ordinamento di comparazione è stata scelta la Germania , non solo per il percorso affine a quello italiano , ma anche per il forte legame che ha sempre manifestato nei confronti della propria tradizione culturale e giuridica .

Germania

L' indagine sul sistema della giustizia costituzionale tedesca verrà condotto per comprendere appieno tutte le sfaccettature della giustizia costituzionale non

solo all' interno degli ordinamenti ,ma in prospettiva di una collocazione degli stessi nello scenario europeo .

Saranno affrontati passo passo gli step giurisprudenziale che hanno condotto nel 2013 al rinvio pregiudiziale .

Saranno sottoposte al vaglio della nostra attenzione specificamente quattro nodi , ognuno dei quali ha sbrogliato parte della matassa intrecciata del grande filo dei rapporti interordinamentali .

In particolare ci si soffermerà sulla dottrina elaborata nei casi “Solange I”, “Solange II”²²⁴ , “Maastricht-”²²⁵ , “ Lissbon-Urteil”²²⁶.

Esaminate le posizioni della corte tedesca riguarda ognuna delle decisioni suddette , sarà possibile comprendere non solo il peso da dare al rinvio operato nel 2013 , ma , anche la reazione di questo ordinamento alla lesione di diritti fondamentali .

Ricostruiamo brevemente la posizione partendo dalla saga “ Solange” .

Le sentenze sono così comunemente denominate a seguito di una locuzione avverbiale utilizzata : “ solange” letteralmente può esser tradotto come “ fintantoché”.

La sentenza “ Solange I” ²²⁷de impegnato il giudice costituzionale tedesco su una questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Francoforte relativamente all' applicazione di un regolamento comunitario .

Il giudice costituzionale afferma che il diritto comunitario non fa parte del diritto interno , sottolineando la rispettiva autonomia e indipendenza , a proposito è

²²⁴ Nei casi “solange” la Corte tedesca afferma che “fintantoché l' UE non avesse predisposto un catalogo dei diritti fondamentali , si riservava il potere di sindacare la compatibilità del diritto comunitario coi propri diritti fondamentali .

²²⁵ Il tribunale tedesco in questa sentenza compone un altro tassello utile a creare il quadro del rapporto , afferma che il controllo verterà sulla ripartizione delle competenze .

²²⁶ Viene creata un' altra rete di comunicazione , ma la corte rimane ancora vincolata alla protezione del proprio ordinamento, si riserva il controllo sul rispetto dell' identità costituzionale.

²²⁷ Sent . BverfG 29/05/74 , 2BvL 52/71.

utile ricordare che solo un anno prima il giudice italiano nella sentenza Frontini dichiarava che ordinamento interno ed europeo sono autonomi e separati , seppur coordinati .

Stando in tal modo descritti i rapporti , il giudice di riferimento dei due ordinamenti avevano la libertà di sindacare liberamente ognuno nel proprio sistema la legittimità o meno delle proprie norme , non avendo , invece , la competenza per decretare riguardo la validità delle norme esterne (ovvero il giudice tedesco non può sindacare sul diritto comunitario e , viceversa, quello comunitario non può farlo sui diritti nazionali) .

Il BverfG prospetta poi il caso in cui vi fosse stato contrasto tra norme : se le norme coinvolte erano norma interna ordinaria e diritto europeo primario quest' ultimo prevaleva sul primo , lo stesso non poteva dirsi in caso di conflitto con norme costituzionali , analogamente a quanto detto dal giudice italiano già nel 1964 con la sentenza 14 del 24 febbraio , meglio conosciuta come il caso Costa/Enel , veniva proclamata la resistenza del nucleo duro della Costituzione (i controlimiti) .

Allo stesso identico modo in cui la Consulta interpreta l' art. 11 Cost. , così , la corte costituzionale tedesca dà un' interpretazione restrittiva dell' art. 24 c. 1 della Legge Fondamentale²²⁸ : non si può permettere una qualsiasi incursione nel diritto tedesco tale da compromettere il sistema costituzionale e causarne la rottura.

L' interpretazione restrittiva non poteva che essere influenzata anche dal dato fattuale che il sistema europeo era caratterizzato da un forte deficit democratico e dall' assenza di un catalogo dei diritti fondamentali , per cui “ fintantoché” (“solange”) non si fosse giunti ad un' integrazione completa sotto entrambi gli aspetti , un eventuale contrasto tra norme europee primarie e norme costituzionali non poteva che risolversi a favore del secondo .

²²⁸ Art . 24 c.1 LF: << La Federazione può trasferire con legge diritti di sovranità a organizzazioni intergovernative.>>

Altra analogia con le pronunce italiane dei tempi ²²⁹ riguarda il metodo di risoluzione del contrasto : anche il giudice tedesco si riserva la competenza di decidere a riguardo ex art. 100 c.2 LF²³⁰ , deve esser cioè sollevata questione di costituzionalità .

A distanza di poco più di dieci anni il Tribunale costituzionale federale si pronuncia nuovamente sulle competenza attribuite al diritto comunitario , seppur con delle riserve , come vedremo , comincia a mostrare timidi segni d' apertura verso il sistema europeo .

Con la sentenza “ Solange II” ²³¹ , investito dalla ricorrente relativamente all' applicazione di un regolamento comunitario come consentito da un tribunale amministrativo sulla base dell' interpretazione di una disposizione di un trattato (l' art. 177 ²³²) istitutivo e ritenuta corretta dalla CGUE , il giudice costituzionale tedesco si trova a dover decidere se vi sia stata o meno violazione di un diritto fondamentale per come interpretati dalla Corte europea.

Il BverfG riconosce nella Corte di Giustizia il ruolo di giudice naturale preconstituito e competente del diritto europeo , afferma che lo stesso garantisce anche sul piano processuale la difesa e , dunque , non lede il principio di “resistenza” .

²²⁹ Il caso cui in particolare mi riferisco è “ Industrie chimiche” , sent. 232/75.

²³⁰ Art . 100 c. 2: << Se in una controversia giuridica è incerto se una norma di diritto internazionale sia parte integrante del diritto federale e se essa produca direttamente diritti e doveri per il singolo , il tribunale deve chiedere la decisione del Tribunale Costituzionale Federale.>>.

²³¹ Sent. 22/10/86, 2BvR 197/83.

²³² Art 177 TCEE:<< La politica della Comunità nel settore della cooperazione allo sviluppo, che integra quelle svolte dagli Stati membri, favorisce:

- lo sviluppo economico e sociale sostenibile dei paesi in via di sviluppo, in particolare di quelli più svantaggiati,
- l'inserimento armonioso e progressivo dei paesi in via di sviluppo nell'economia mondiale,
- la lotta contro la povertà nei paesi in via di sviluppo.

La politica della Comunità in questo settore contribuisce all'obiettivo generale di sviluppo e consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Comunità e gli Stati membri rispettano gli impegni e tengono conto degli obiettivi riconosciuti nel quadro delle Nazioni Unite e delle altre organizzazioni internazionali competenti.>>

La massima della sentenza muta l' oggetto rispetto alla precedente : “ fintantoché” la comunità europea garantisce i diritti fondamentali in maniera pressoché eguale a come avviene nell' ordinamento interno << il Tribunale costituzionale federale non eserciterà più la sua giurisdizione sull' applicabilità del diritto comunitario derivato >>.

Nonostante il giudice nazionale “ allunghi la mano “alla CGUE , non dimentica di precisare che limite insormontabile resta il rispetto dell' identità nazionale e pone il rispetto dell' identità nazionale (ovvero i principi fondanti dell' ordinamento tedesco) a fondamento delle sue scelte .

Parallelamente , con la sentenza Granital del 1984 , anche la nostra Corte costituzionale fa un passo indietro e riconosce l' immediatezza e l' efficacia del diritto comunitario tramite l' istituto della disapplicazione della norma interna configgente , senza che vi sia più bisogno di sollevare la questione di legittimità costituzionale .

Un altro importante passo dell' Europa verso l' integrazione fu la ratifica del Trattato di Maastricht , brevemente , punti principali possono esser riassunti elencando gli obiettivi perseguiti :

una maggiore legittimità ed efficacia delle istituzioni europee; l' instaurazione di un' unione economica, monetaria , politica e di sicurezza ancora più intensa ; la promozione dello sviluppo sociale.

Il Trattato cambia anche la struttura portante della Comunità , vengono modificati i pilastri della CE, che adesso, si chiamerà Unione europea.

La svolta del Trattato di Maastricht impone una crescita – già comunque avviata sul piano pratico- giuridica , si rende cioè necessaria la formalizzazione di progressi raggiunti e da raggiungere.

Una tale importante innovazione non poteva che scuotere i Paesi europei , tra titubanze, paure, dubbi e “ no” iniziali alla ratifica , si è poi giunti a sigillare l’ adesione al Trattato , ultime tra tutti , la Germania .

È in questo scenario che si colloca la sentenza Maastricht ²³³ .

La questione di costituzionalità nasce a seguito della proposta di modifica dell’ art. 23 LF ²³⁴ al fine di consentire , quanto più velocemente possibile, la cessione di sovranità all’ Unione necessaria a perseguire gli scopi predetti .

²³³ Sent. 12/10/93, 2BvR 2159/92.

²³⁴ Art . 23 LF: << Per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal Bundesrat, trasferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma.

Il Bundestag e i Länder, attraverso il Bundesrat, concorrono agli affari dell'Unione Europea. Il Governo federale deve informare il Bundestag e il Bundesrat in modo esauriente e tempestivo. Il Governo federale dà al Bundestag la possibilità di prendere posizione prima di concorrere agli atti normativi dell'Unione Europea. Nelle trattative il Governo federale tiene conto della posizione del Bundestag. I particolari sono stabiliti dalla legge. Il Bundesrat, deve essere associato alla formazione della volontà della Federazione nella misura in cui il suo concorso sia richiesta sul piano interno per una misura analoga ovvero qualora i Länder siano competenti sul piano interno. Qualora in una sfera di competenze esclusive della Federazione siano toccati interessi dei Länder, oppure qualora la Federazione abbia ad altro titolo il diritto di legiferare, il Governo federale tiene conto della posizione del Bundesrat. Se sono coinvolte in maniera preponderante competenze legislative dei Länder, l'organizzazione di loro uffici o il loro procedimento amministrativo, nella formazione della volontà della Federazione deve essere considerato in modo determinante il parere del Bundesrat; in ogni caso deve essere mantenuta la responsabilità della Federazione per l'insieme dello Stato. Nelle questioni che possono comportare aumenti di spese o a diminuzioni di entrate della Federazione, è necessario l'assenso del Governo federale. Se sono interessate principalmente competenze legislative esclusive dei Länder, la tutela dei diritti che spettano alla Repubblica federale di Germania quale Stato membro dell'Unione Europea deve di norma essere trasferita dalla Federazione ad un rappresentante dei Länder nominato dal Bundesrat. La tutela dei diritti si realizza con la partecipazione del Governo federale e di concerto con esso; deve essere mantenuta la responsabilità della Federazione per l'insieme dello Stato. I particolari di cui ai commi quarto e sesto sono stabiliti da una legge che richiede l'approvazione del Bundesrat.>>

²¹⁴ S . MANGIAMELI , *l' esperienza costituzionale europea*, in www.aracneeditrice.it ,2008; ma vedi anche P.L. GETI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l' Unione europea*, www.nomos-leattualitadeldiritto.it ,2015.

Il ricorso al BverfG fu sollevato da Hand-Christian Stroebele e da Ulrich , che spinti da un gruppo di richiedenti , ritenevano lesivo del principio di democrazia e dei principi fondamentali la modifica.

Il tribunale tedesco , in modo sorprendente , dimostra d’ avere grande fiducia nel “ nuovo” ordinamento e non potrebbero essere utilizzate parole più azzeccate di quelle pronunciate dalla stessa corte per esprimere cosa si aspettava da un’ interazione più viva e come si preservava da eventuali future ingerenze : <<L’ apertura all’ integrazione europea [...] ha come conseguenza che atti incidenti su diritti fondamentali possano essere adottati anche da autorità europee e che la tutela di questi diritti debba essere quindi garantita per l’intero ambito di operatività degli atti medesimi; in questo modo si amplia, in particolare, la sfera spaziale di applicazione dei diritti di libertà e il parametro di raffronto per l’applicazione del principio d’eguaglianza>> , la Corte continua poi garantendo << protezione effettiva di tali diritti per gli abitanti della Germania >> anche , qualora ciò si rendesse opportuno e necessario , nei confronti dell’ Unione europea .

A “ limitare” i poteri delle istituzioni e degli organi europei vi sarebbe il controllo del BverfG il quale assicura che << qualora le istituzioni o gli organi europei applicassero o sviluppassero la normativa pattizia in modo non più conforme al Trattato oggetto della legge tedesca di autorizzazione, i relativi atti non sarebbero vincolanti nella sfera di sovranità tedesca>>, per cui <<agli organi dello Stato tedesco sarebbe costituzionalmente precluso di dare attuazione a tali atti in Germania>>²³⁵.

L’ ordinamento tedesco si pone certamente in una posizione di collaborazione , d’ altra parte l’ avanzamento del processo riguardava anche il settore economico che , proprio per la Germania , era uno dei settori più interessanti nel quale interagire.

Merita qui di essere aperta una breve parentesi : la Germania uscita distrutta , povera e indebitata sia dalla prima che dalla seconda guerra mondiale cerca di ricostruire la propria economia appoggiandosi sull' unica risorsa rimastale ovvero l' interazione commerciale coi Paesi europei.

Condonatole per la metà il grande debito contratto a seguito del secondo conflitto mondiale e rateizzata la parte rimanente , investe le proprie risorse principalmente per la realizzazione delle infrastrutture.

Da quel momento diventa fondamentale non solo l' aiuto degli Stati Uniti , ma , soprattutto , quello dei Paesi europei .

Grazie all' Unione monetaria la Germania , per un gioco di inflazione della moneta che qui non si approfondisce , ricava considerevoli benefici dall' abbandono del marco in favore dell' euro a differenza di altri Paesi , come l' Italia , che , invece , ha dovuto sostenere il peso di un cambio moneta per nulla favorevole .

Le volte in cui la stessa ha sfiorato i famosi criteri di Maastricht ²³⁶ senza alcun tipo di sanzione europea sono consistenti , oltretutto , ormai da circa dieci anni la Germania vanta il primato con maggior denaro risparmiato violando la regola della bilancia commerciale secondo la quale non deve aversi un surplus commerciale superiore al 6% per più di tre anni consecutivi .

La logica di questo meccanismo è semplice : nel caso in cui un Paese europeo per diversi anni abbia un surplus commerciale che superi questa soglia parallelamente causa un deficit in altri Paesi .

La Germania esporta più di quanto importa , ciò che accade è che i Paesi europei continuano ad acquistare dalla stessa indebitandosi , la Germania continua a risparmiare limitando le importazioni e , conseguentemente, il guadagno altrui .

²³⁶ Il Trattato di Maastricht prevede dei criteri percentuali economici entro i quali mantenersi pena l' emissione di sanzioni europee.

La risposta dello Stato tedesco è però già pronta : il surplus commerciale non riguarda esportazioni effettuate all' interno del territorio europeo , per cui alla stessa , non può esser applicata la regola della bilancia commerciale istituita al fine di controllare l'import/export europeo .

Ma ancora, la Germania giocando sulla sua struttura federale non poche volte sposta i fondi della cassa pubblica ai Land "rimettendo in ordine" conti che , realmente , non lo sono !

L' impressione che ne deriva è che spesso l' Europa ha creato leggi cucite più sull' economia tedesca che sull'intero ordinamento sovranazionale.

Basti ricordare da ultimo il piano di austerità fortemente voluto dalla cancelliera Merkel e inadatto a Paesi quali l' Italia che , invece, avrebbero avuto bisogno di una spinta e di un aiuto per la crescita delle infrastrutture e dei posti di lavoro , la stessa spinta che fu data alla Germania dalla stessa Italia quando , distrutta e in default nel secondo dopoguerra, venne sostenuta nella sua ricrescita.

Tornando alla sentenza Maastricht, tirando le somme di questa pronuncia è facile intuire che al di là delle lodevoli intenzioni di integrazione, per la Germania (così come anche per l'Italia) non si era di certo aperta la porta ad un federalismo mascherato .

Punto fermo , infatti , rimane ancora l' assoluta sovranità e protezione dei diritti fondamentali .

Un ulteriore passo dell' ordinamento tedesco è rinvenibile , in linea di continuità , nella sentenza Lisbon- Urteil²³⁷ .

I ricorrenti lamentavano non solo la violazione del diritto di voto (trasferendo le competenze gli elettori avrebbero votato invano) , ma anche la lesione del principio democratico(L' UE , ancora oggi , non garantisce la rappresentatività

²³⁷ Decisione 30/06/2009 , 2Bve 2/08; il ricorso al tribunale costituzionale fu sollevato per conflitto tra organi .

dei cittadini europei a causa del deficit democratico , vedi cap. 2.3) , infine si rilevava la violazione dell' identità costituzionale ovvero dell' art. 79 c. 3 LF ²³⁸ .

La Corte risponde che << la garanzia del diritto si estende al suo “ contenuto democratico fondamentale “>> e cioè <<al potere degli elettori di concorrere in permanenza a determinare la legittimazione popolare dei poteri pubblici e di condizionare il modo in cui sono esercitati>>, la Corte precisa altresì che questa maggiore interazione non può interpretarsi come adesione ad uno stato federale , né concetto sul quale ci soffermeremo , come rinuncia all' identità nazionale.

L' identità nazionale tedesca corrisponde alla nostra teoria dei controlimiti : secondo questo principio strettamente connesso alla clausola d' eternità ²³⁹ vi è il divieto di riforme costituzionali che possano apportare modifiche alla struttura essenziale dell' ordinamento e della Legge Fondamentale , in base a ciò la Germania qualora si vede minacciata da eccessiva invadenza del diritto comunitario può impedire l' applicazione del diritto comunitario incompatibile .

Un tale principio non può che cozzare con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale ha ribadito pedissequamente la necessaria primazia e attuazione del diritto comunitario .

Anche in questo caso , l' unico strumento in grado di evitare fratture definitive non può che essere il rinvio pregiudiziale , in caso di sospetta incompatibilità , infatti , la Germania dovrebbe interpellare la CGUE affinché verifichi il rispetto dell'art. 4 par. 2 TUE secondo il quale l' UE deve rispettare l' identità nazionale degli Stati membri ²⁴⁰ .

Da un punto di vista strettamente giuridico non è possibile conciliare la posizione del giudice costituzionale tedesco – il quale si riserva la competenza assoluta in caso di violazione dell' identità costituzionale – con la posizione del giudice

²³⁸ Art . 79 c.3 :<< Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in Lander, il principio della partecipazione dei Lander alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20>>, è questa la c.d. “ clausola d' eternità”.

²³⁹ Art. 79 c. 3 LF .

²⁴⁰ R. Arnold, *L' identità costituzionale: un concetto conflittuale*, www.romatrepress.uniroma3.it

comunitario che pretenda l' applicazione, sempre e comunque , del diritto europeo.

Da un punto di vista collaborativo la soluzione auspicata dovrebbe essere il rinvio pregiudiziale , al fine di stroncare sul nascere eventuali conflitti potenzialmente insanabili.

A distanza di anni la Corte costituzionale tedesca , con grande maturità , ha optato per la soluzione che più si conviene e , nel 2013 , ha operato il suo primo rinvio pregiudiziale .

Il caso in questione riguarda l' ordinanza 14/01/2014 .

Il Bundeverfassungsgericht investe la CGUE , che in modo parecchio intelligente , gestisce la situazione conscia che la sua risposta potrebbe inclinare i rapporti con lo Stato rimettente.

L' ordinanza viene emessa nell' ambito di un procedimento volto a verificare la compatibilità del programma OMT²⁴¹ con la Costituzione tedesca.

Il Consiglio direttivo della BCE ²⁴² il 06/09/2012 tramite comunicato stampa rende noto che il suddetto programma riguarda l' acquisto sul mercato secondario di titoli di debito pubblico di Stati dell' area dell' euro ²⁴³.

Il BverfG all' indomani della comunicazione , si trova a fronteggiare diversi ricorsi²⁴⁴ , riuniti investe la Corte di Giustizia.

Secondo i ricorrenti l' attuazione del programma avrebbe limitato le competenze del legislatore tedesco in materia di bilancio , avrebbe, di riflesso , attribuito competenze eccedenti all' UE violando la LF .

²⁴¹ Acronimo di Outright Monetary Transactions.

²⁴² Acronimo di Banca Centrale Europea .

²⁴³ Ad oggi non sono ancora state prese decisioni formali , né si è proceduto ad alcun tipo di attuazione del programma.

²⁴⁴ Quattro ricorsi diretti e uno per conflitto tra poteri dello Stato .

Il BverfG ritiene ammissibili i ricorsi , poiché non essendo meglio precisato nel programma OMT , un' interpretazione estensiva potrebbe condurre a trarre le conclusioni che la BCE potrebbe invadere indebitamente la sfera d'azione dell'ordinamento tedesco in materia di bilancio e politica economica e , conseguentemente , incidere sull' effettività del diritto di voto dei cittadini che secondo l' art. 38 LF verrebbe leso in caso di delega di competenza così incisiva , tale da “ svuotare” le attribuzioni del Bundestag ²⁴⁵ che a quel punto diverrebbe incapace di assumere “decisioni politiche centrali” ledendo il principio di democrazia²⁴⁶ .

In particolare il BverfG chiede che sia data interpretazione dell' art. 127 par. 2 TFUE ²⁴⁷ ovvero se BCE e dell' art. 123 TFUE²⁴⁸ (ovvero se viene aggirato il divieto di assistenza finanziaria degli Stato membri da parte della BCE). ²⁴⁹

Nel rinvio pregiudiziale il giudice tedesco da una parte suggerisce alla CGUE la lettura da dare al programma OMT (ovvero una lettura restrittiva) al fine di non mettersi in contrasto col diritto nazionale , dall' altra , richiamando la giurisprudenza precedente, avverte che nel caso in cui l' interpretazione fornita

²⁴⁵ Il BUNDESTAG è IL Parlamento federale tedesco .

²⁴⁶ A. MIGLIO, *Il primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco* , in www.osservatorioaic.it,2014.

²⁴⁷ Art. 127 par.2 TFUE :<< I compiti fondamentali da assolvere tramite il SEBC sono i seguenti:

- definire e attuare la politica monetaria dell'Unione,
- svolgere le operazioni sui cambi in linea con le disposizioni dell'articolo 219,
- detenere e gestire le riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri,
- promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento.>>.

²⁴⁸ Art . 123 TFUE :<< Sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate "banche centrali nazionali"), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali.

Le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano agli enti creditizi di proprietà pubblica che, nel contesto dell'offerta di liquidità da parte delle banche centrali, devono ricevere dalle banche centrali nazionali e dalla Banca centrale europea lo stesso trattamento degli enti creditizi privati.>>

²⁴⁹ I quesiti per come posti dal Tribunale tedesco sono più ampi , riassuntivamente la CGUE li ha riformulati in due grandi domane così come li ho presentati nel testo .

sarà ritenuta *ultra vires* , l' ultima parola spetterà alla Corte tedesca la quale non potrà che proteggere la Legge Fondamentale.

La posizione d' ambiguità del BverfG si rinviene già dalla circostanza che il programma OMT non era (e non è) in attuazione , per cui le lesioni di cui parla il giudice tedesco sono eventuali , incerte e non ancora prospettabili !

Ciò che si può scorgere è una presa di posizione dell' ordinamento tedesco che quasi a voler scoprire immediatamente le carte, proietta alla CGUE una situazione solo ipotetica.

Ma se da un lato sembra assumere un atteggiamento rigido , dall' altro fa uso , per la prima volta in assoluto , di uno strumento che altro non è che il mezzo più idoneo per instaurare un vero e proprio dialogo .

La tanto attesa risposta giunge dopo due anni ²⁵⁰ e non lascia scontento nessuno : la Corte di Giustizia assecondando ' interpretazione tedesca conferma che ai sensi dell' art. 127 par. 2 TFUE la politica economica <<deve essere comunque diretta all' obiettivo principale di mantenimento della stabilità dei prezzi>> ovvero scongiura l' idea che la SEBC ²⁵¹ possa emanare atti inerenti la politica economica , dopodiché si occupa del principale cruccio : il divieto di aiutare sul piano finanziario gli Stati membri tramite operazioni della BCE.

Subito dopo aver precisato che all' art. 18 par. 1 dello Statuto SEBC-BCE sono previste operazioni finanziarie , afferma che nel programma OMT sono presenti restrizioni tali da non inficiare il divieto suddetto (non sarà possibile acquistare titoli la cui scadenza sia superiore ai tre anni ; i destinatari di tali misure sono gli Stati partecipanti al programma di aggiustamento macroeconomico e così via) .

La risposta del giudice europeo pare soddisfare un' interpretazione in linea con le esigenze tedesche .

²⁵⁰ Sent. 16/06/2015 , causa c-62/14 CGUE.

²⁵¹ Sistema Europeo Banche centrali .

Il primo confronto “provocatorio” di un Stato membro è stato risolto con grande diplomazia dalla CGUE che ha dimostrato di saper bilanciare gli interessi propri con quelli degli ordinamenti nazionali all’occorrenza.

Nelle prossime pagine ci occuperemo di un recente caso che vede protagonista l’Italia, in quello che potrebbe rivelarsi o un aspro scontro o un’ulteriore crescita del confronto tra Corti supreme.

3.3 Il caso Federfarma.

Il caso Federfarma ²⁵² ci farà da introduzione ad un altro importantissimo passaggio dell’ordinamento italiano in materia di integrazione, controlimiti e armonizzazione.

Quasi come un segno premonitore, nel 2005, il Consiglio di Stato (da adesso CDS) si pronuncia con una certa fermezza tentando d’applicare (ma per certi versi, quanto meno *inter partes*, può dirsi che ha applicato concretamente) la teoria dei controlimiti.

La peculiarità del caso in esame risiede non solo nella inedita circostanza che per la prima volta il nostro sistema giurisdizionale assume una veste di risolutezza sulla concretizzazione dei controlimiti, ma anche – e forse più d’ogni cosa – che a pronunciarsi a riguardo non è, come ci si poteva aspettare, la Corte

²⁵² Sent. Consiglio di Stato, sez. V, n. 4207 del 2008.

Costituzionale , ma il Consiglio di Stato²⁵³ organo incaricato di gestire la giustizia amministrativa e non di certo quella costituzionale .

Scandagliamo adesso il caso così da poter , subito dopo , avviare la dissertazione su ciò che la dottrina ha ritenuto di dover constatare allo stato dei fatti .

La vicenda :

l’Azienda Farmacie Municipali Milanesi veniva trasformata dal Comune di Milano in società per azioni ai sensi della l. 127 / 97. L ‘ azienda procede ad un’ asta pubblica per la cessione dell’ 80% del capitale sociale , cui potevano partecipare società di capitali e consortili operanti nel settore farmaceutico sia di distribuzione al dettaglio che all’ ingrosso , iscritti all’ albo o esercenti la professione di farmacista.

La gara veniva aggiudicata dal gruppo GEHE Italia S.p.a. (poi divenuta Admenta S.p.a.) .

Prima di proseguire si rende necessario inserire il caso all’ interno della disciplina applicata , è indispensabile render noto che il quadro normativo in materia è essenzialmente fondato sulla l. 475/68 , l. 362/91 , d.P.R. 4/72 e d.P.R. 616/77.

I ricorrenti lamentavano la partecipazione delle farmacie comunali operanti nell’ attività di distribuzione all’ ingrosso vietata dall’ art. 8 della l. 362/91²⁵⁴ per le

²⁵³ Il Consiglio di Stato è disciplinato dagli artt. 100 e 103 Cost. Le funzioni del CDS sono suddivisibile in due macrocategorie : funzione consultiva e funzione giurisdizionale .

La sua storia è lunga due secoli , istituito nel 1831 da Carlo Alberto , nacque con funzioni consultive, ma già nel 1859 gli furono attribuite competenze giurisdizionali . Nel 1889 fu istituita la IV sezione per gli gestire la giustizia amministrativa . Le sezioni del CDS sono divise per competenze, tre si occupano della funzione consultiva, le altre tre di quelle giurisdizionali . Nella sua veste consultiva ha il compito di emanare pareri di carattere giuridico ed amministrativo richiesti dalla P.A. (i pareri talvolta sono facoltativi , talvolta obbligatori) .

La funzione giurisdizionale vede il CDS come organo di secondo grado (era giudice unico fino a prima dell’ istituzione dei T.A.R.) per i ricorsi in appello , è giudice di primo e unico grado in alcune ipotesi ben precise (la più importante tra tutte è il giudizio di ottemperanza) .

Le sentenze del CDS non sono ricorribili in Cassazione se non per questioni “ inerenti “ la giurisdizione (ovvero nei soli casi in cui il CDS violi i confini che distinguono le funzioni dello Stato : legislativa , amministrativa e giurisdizionale) o all’ interno della ripartizione della giurisdizione oltrepassi le competenze attribuite ad ogni tipo di giudice (si pronunci cioè riguardo materie che stiano al di fuori del diritto amministrativo) .

farmacie private, per cui analogicamente avrebbe dovuto vigere il medesimo divieto anche per le prime .

Della questione viene investita la Corte Costituzionale ²⁵⁵la quale emetteva sentenza additiva e dichiarava incostituzionale la norma << nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione , distribuzione , intermediazione e informazione scientifica >>.

Il giudice di primo grado a seguito della sentenza annullava la gara.

Il Comune di Milano in secondo grado lamentava al CDS il contrasto dell' art. 8 della suddetta legge per come interpretato dalla Consulta con gli artt. 43 e 56 del Trattato CE riguardanti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali ed , inoltre , per violazione del principio di proporzionalità , per questi motivi chiedeva la disapplicazione dell' art. 8 , espletando , se la questione fosse ancora dubbia , rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia .

Il CDS risponde che la disapplicazione di una normativa nazionale per contrasto col diritto comunitario deve esser , in caso di dubbi circa il significato da attribuire alle norme europee sottoposto a rinvio , ma , tuttavia , la pregiudiziale alla CGUE non deve esser inteso come obbligo << assoluto ed incondizionato >> , a maggior ragione allorquando la questione riguardi diritti fondamentali - come quello della salute di cui si sta trattando - , in tali ipotesi , infatti , l' ordinamento è impenetrabile e l' obbligo del rinvio viene meno .

Il Consiglio di Stato calca ancor di più la mano e afferma che anche a voler agire diversamente , dal momento in cui sia intervenuta la Corte Costituzionale , si è

²⁵⁴ Art . 8 l. 362/91 : comma 1 << La partecipazione alle società di cui all' art. 7 , salvo i casi di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo , è incompatibile :

- a) con qualsiasi altra attività esplicita nel settore della produzione , distribuzione , intermediazione e informazione scientifica del farmaco ;
- b) con la posizione di titolare , gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia;
- c) con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato . >>

²⁵⁵ decisione n. 275/ 2003, Corte Cost.

completamente vincolati alla sua sentenza , escludendo così ogni tipo di dialogo interordinamentale .

Il caso è interessante più che per i risvolti pratici²⁵⁶ , per quello teorici poiché ha dato modo agli studiosi di riflettere dinanzi quello che sembrava il primo caso di applicazione dei controlimiti.

Di fronte questo severo atteggiamento del CDS la dottrina ha dato il via alle più discusse e svariate posizioni in merito , lo spartiacque di queste diatribe non poteva che risiedere nella concezione più o meno europeista degli studiosi .

Da una parte vi è stato chi ha apprezzato l' iter seguito dal giudice amministrativo²⁵⁷ , puntualizzando che la strada ordinaria , se percorsa, avrebbe previsto che fosse adita la Corte Costituzionale – per contrasto tra TCE e art. 32 Cost. - , ma che proprio l' aver scelto una strada alternativa ha permesso l' applicazione dei controlimiti (l' Autore sottintende che la Corte Costituzionale non avrebbe avuto il coraggio per imporsi in tal modo poiché a pensare diversamente la Consulta avrebbe dovuto dichiarare incostituzionale la legge di recepimento del trattato provocando << una breccia enorme nel primauté del diritto comunitario >> e causando << una rottura permanente dell' unitarietà >>²⁵⁸ . La pronuncia del CDS, invece, per quanto “ forte” , non può dirsi dirompente al punto di minare i rapporti sovranazionali) .

Qualche altro studioso²⁵⁹ si è soffermato sull' aspetto più tecnico e ha criticato il *modus operandi* sotto diversi profili :

²⁵⁶ Già prima della pronuncia del CDS la Commissione europea aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano per violazione a norma dell' art. 226 TCE che prevede . nel dicembre del 2005 veniva fatta richiesta di modifica della disciplina nel settore farmaceutico e già l' anno seguente , con l. 248/2006 (conversione del decreto legge 223/06 conosciuto come “decreto Bersani”) si procedeva alla riforma .

La sentenza del CDS non ha quindi prodotto forti risonanze .

²⁵⁷ A.CELOTTO, *I “controlimiti” presi sul serio* , in www.giustiziaamministrativa.it , 2006

²⁵⁸ A. CELOTTO , op. ult. cit. , cit.

²⁵⁹ S . Valaguzza, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato :la primauté del diritto nazionale* , in *dir. Proc. Amm.* , 2006.

il Collegio , innanzitutto , basa il suo ragionamento del tutto innovativo ed inedito non avendo alle spalle alcun tipo di precedente giurisprudenziale , né comunitario né nazionale ²⁶⁰ , in secondo luogo il giudice amministrativo classifica le norme del Trattato come non direttamente applicabili ²⁶¹ ed , infine , pur essendo giudice di ultima istanza e nonostante le forti titubanze circa l' ' interpretazione da dare alle disposizioni dei Trattati , ritiene di non dover optare per il rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria , nonostante sia l' unico mezzo idoneo a prevenire contrasti irrisolvibili , ma anche il solo strumento in grado di armonizzare il diritto comunitario con quello interno , emblema , dunque , dell' integrazione europea.

Il CDS nonostante viga l' obbligo di rinvio per il giudice di ultima istanza , afferma in sentenza che non è << né assoluto né incondizionato >> , da una parte è corretto affermare che il giudice nazionale ha dei margini di discrezionalità entro i quali può decidere se rinviare o meno , ma dall' altra non si può dimenticare che tale possibilità deve esser circoscritta ad un caso ben preciso: quando la disposizione in questione sia di “ manifesta chiarezza” ²⁶² , circostanza non rinvenibile nel caso di specie .

Il CDS si appella quindi alla teoria dei controlimiti , l' Autore osserva altresì che se la teoria dovesse essere applicata così come in sentenza ovvero come limite al diritto europeo in tutti quei settori che tocchino materie in cui vengono in rilievo diritti fondamentali , lo spazio d' azione del diritto europeo sarebbe pressoché nullo dato che moltissime competenze trasferite sul piano sovranazionale,

²⁶⁰ Già nel caso Granital del 1984 , contrariamente ,era stato elaborato l' istituto della disapplicazione e del primato del diritto comunitario .

²⁶¹ Anche per quest' affermazione è necessario ricordare che già con la sent. del 5 febbraio 1963 , causa 26/62 , caso Van Gend & Loss c. amministrazione olandese delle imposte , nel 1964 caso Costa/Enel , nel 1978 caso Simmenthal solo per enunciare le più celebri nonché già trattate nei progressi capitoli , la CGUE aveva fermamente affermato che le norme dei Trattati come anche quelle sufficientemente dettagliate , assurgevano a previsioni direttamente applicabili e vincolanti .

²⁶² La teoria dell' *acte clair* nella giurisprudenza della CGUE prevede di non procedere al rinvio qualora la chiarezza derivi da un ' inequivocabile interpretazione letterale su cui le parti si trovino in accordo oppure da una precedente decisione comunitaria in cui la CGUE si sia già pronunciata a riguardo .

dolenti o nolenti , si intersecano con essi per cui bisogna ritenere che i controlimiti abbiano la sola funzione di “freno” che esaurisce tutte le sue potenzialità nelle declamazioni , non a caso non è mai stata utilizzata dalla Consulta ²⁶³; oltretutto il riferimento ad un diritto fondamentale (quello della salute) è del tutto << inconferente>> poiché la disciplina del settore farmaceutico (ed in modo specifico l’ art. 8 della legge suddetta) interessano aspetti prettamente commerciali , economici e concorrenziali , tangenti il diritto sanitario , ma non sufficiente a ritenere che la materia intersechi pienamente il diritto costituzionale sancito all’ art. 32 Cost.

Qualche altro autore contrario all’ operato del CDS ha definito la sentenza come << un’ anomalia di non poco conto nel quadro della più recente giurisprudenza amministrativa italiana che , seppur dopo qualche iniziale perplessità , sembrava ormai avere raggiunto un elevato livello di maturità e sensibilità rispetto alle tematiche di rilievo comunitario >> ²⁶⁴ e ha osservato che il giudice amministrativo avrebbe potuto scegliere la ben diversa soluzione della “doppia pregiudiziale” ovvero sollevare la questione sia dinanzi la CGUE che innanzi la Corte Costituzionale , in siffatte situazioni potrebbe verificarsi l’ ipotesi che vi sia sovrapposizioni di norme e giudicati , per cui la Consulta per ovviare a tali prospettabili problemi ha suggerito che se i dubbi interpretativi posti hanno duplice natura , il giudice *a quo* deve prima ricorrere alla Corte di Giustizia , la pronuncia della quale è *condicio sine qua non* per l’ ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

Altro interessante aspetto su cui si sofferma l’ Autore è l’ eventuale responsabilità extracontrattuale dello Stato .

Le premesse da cui parte è la seguente :

²⁶³ L’ Autrice non può sapere che a distanza di circa dieci anni la teoria dei controlimiti , come un vulcano che per anni resta silenzioso , esploderà proprio per mano della Corte Costituzionale (vedi sub cap. 3.4) .

²⁶⁴ V. CAPUANO, *Norme fondamentali del Trattato CE private dell’ effetto diretto : la sentenza Admenta* , in riv. It. Dir. Pubbl. comunitario , 2006 , cit.

il sistema comunitario si differenzia dagli altri ordinamenti internazionali per una peculiare caratteristica che risiede nella possibilità del singolo di poter invocare un trattato dinanzi il proprio giudice nazionale pretendendone l'efficacia .

da ciò e alla luce dell' operato del CDS , non può che sorgere spontaneo un interrogativo : quale spazio residuo si riserva all' effettività della tutela giurisdizionale nel diritto comunitario ?

La responsabilità extracontrattuale non è disciplinata all' interno dei Trattati essendo un istituto nato da un' elaborazione puramente giurisprudenziale.

La CGUE ha considerato due possibili casi di responsabilità : per fatto del legislatore e per fatto del giudice.

Il caso che ci riguarda rientra nel secondo .

Stando alla posizione della Corte di Giustizia il non aver operato il rinvio può dar luogo a violazione del diritto comunitario atto a giustificare un risarcimento del danno in capo ai singoli lesi .

Il giudice amministrativo italiano a parte non riconoscere alle norme del Trattato efficacia diretta , ha anche violato l' art. 267 TFUE il che , sulla base della celeberrima sentenza Kobler ²⁶⁵ , comporta che gli Stati membri << *sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili [...] anche nell' ipotesi in cui la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado , sempre che il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente [...] >> i criteri a norma dei quali si stabilisce se è avvenuta o meno la violazione sono da ricercare nel << *grado di chiarezza e precisione della norma violata , il carattere intenzionale della violazione , la scusabilità o l' inescusabilità dell' errore di diritto [...] , nonché la mancata osservanza da parte dell' organo giurisdizionale di cui trattasi , dell' obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell' art. 234 comma 3 TCE*²⁶⁶ >> , l' Avv.*

²⁶⁵ Sent. 30 settembre 2003 , causa 224/01 , Gerhard Kobler c. Republik Osterreich.

²⁶⁶ L' art. 234 TCE corrisponde all' art. 267 TFUE.

Generale Léger ha precisato , inoltre , che sebbene << *la Corte si sia astenuta dallo stabilire una gerarchia tra tali diversi criteri* >> il mancato rispetto del rinvio è fattore determinante per la comprensione della responsabilità del giudice ²⁶⁷ .

Non è irrilevante , infine , che – come sopra detto - la Commissione europea ancor prima della pronuncia del CDS avesse avviato una procedura di infrazione nei confronti dell’ Italia per incompatibilità della disciplina del settore farmaceutico con gli artt. 43 e 56 TCE.

L’ Autore conclude ritenendo il Consiglio di Stato << poco sensibile alle istanze europeiste>>, ma se ne preoccupa ben poco , poiché secondo il suo giudizio queste non sono che “derive” giurisprudenziali , inidonee a metter in pericolo gli “ sforzi “realizzati a livello comunitario .

Diversamente altra parte della dottrina ²⁶⁸ invece di condannare la posizione del giudice amministrativo ne ha apprezzato la soluzione , soprattutto alla luce dell’ indagine condotta tenendo in conto non solo e non tanto le “istanze europeiste 2 quanto , piuttosto , il rispetto della nostra giustizia costituzionale , in particolar modo l’ art. 137 Cost.

All’ ultimo comma dell’ articolo è previsto che non è possibile alcuna impugnazione delle decisioni della Corte Costituzionale per cui , ricostruendo la nozione di giudicato se ne deduce che l’ atto è incontestabile sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale , la stessa Consulta ha esplicitato il concetto in occasione di una sua pronuncia ²⁶⁹ , in quest’ occasione statuisce che << non è ammessa alcuna impugnazione>> ai sensi dell’ art. 137 c. 3 Cost. nel senso che è precluso << in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare , annullare , riformare , in tutto o in parte le decisioni della Corte >> e che << l’ espressa esclusione di qualsiasi impugnazione [...] pone una regola, priva di eccezioni , che non si limita ad interdire gravami devoluti ad altri giudici

²⁶⁷ Sent . Kobler, conclusioni par. 70 .

²⁶⁸ F . DAL CANTO , *Il Consiglio di Stato tra normativa comunitaria e giudicato costituzionale* , in dir. Cost. , 2006.

²⁶⁹ Sent . 29/1998 .

[...] , ma impedisce anche il ricorso alla stessa Corte contro decisioni che essa ha emesso >> .

La non impugnabilità riguarda anche le forme indirette ovvero tutti i casi in cui il legislatore riproduce norme cassate dalla Consulta²⁷⁰(vedi sent . 223/83, ma anche 118/96) .

Tenendo conto di ciò e anche del comma 2 dell’ art. 136 Cost.²⁷¹, l’ unica possibilità per superare le pronunce costituzionali è con l’ emanazione di una legge dello stesso rango che operi una revisione .

La sentenza additiva all’ uopo pronunciata risolve i dubbi del CDS e rappresenta , alla stregua del ragionamento appena fatto , l’ unica strada percorribile al fine di emettere una pronuncia che sia conforme a costituzione , per cui qualsiasi atto (diverso da una legge di revisione costituzionale) di natura legislativa o giurisdizionale contrario a questa avrebbe implicato la violazione dell’ art. 137 Cost.

Poiché il Giudice delle Leggi ha sentenziato su uno di quei diritti “speciali” e insuperabili ²⁷²(diritti costituenti i controlimiti) l’ unica scelta obbligata del giudice amministrativo era quella di dar seguito alla pronuncia costituzionale .

Seppur questo orientamento si schiera a favore del Consiglio di Stato , ha cura di non tralasciare un aspetto tecnico di preminente importanza :

il giudice amministrativo ha agito correttamente applicando i controlimiti o avrebbe dovuto investire la Corte costituzionale lasciando a questa la possibilità di farlo ?

²⁷⁰ Vedi sent . 223/83, ma anche 118/96, Corte Cost.

²⁷¹ Art . 136 c. 2 Cost . : << *La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati , affinché , ove lo ritengano necessario , provvedano alle forme costituzionali* >>.

²⁷² Nel caso di specie l’ Autore si riferisce al diritto alla salute, per un diverso inquadramento del diritto vedi sopra .

Tanto la dottrina²⁷³ quanto la giurisprudenza costituzionale²⁷⁴ sono sempre stati concordi nel ritenere unico organo competente ad esprimersi sui controlimiti la Consulta, ma alla luce dei cambiamenti repentini – ed in particolare l'interessamento mostrato dall'UE quanto a protezione dei diritti fondamentali - degli ultimi anni, sembra potersi ammettere che l'armonizzazione degli ordinamenti non solo possa avvenire per mano di giudici nazionali diversi da quello costituzionale, ma anche che una tale tipo di pronuncia non sia sintomo di "derive antidemocratiche", quanto l'utilizzo dei controlimiti a rovescio, che assume il ruolo di garante dei diritti fondamentali non solo nell'ambito ristretto dell'ordinamento costituzionale italiano, ma ad ampio spettro, soluzione, questa, che può certamente dirsi compatibile con lo standard di tutela previsto all'art. 53 Carta di Nizza.

Un discorso conclusivo di tal genere non fa una piega, ma i fatti a distanza di qualche anno, hanno dimostrato che la CGUE nell'interpretare l'art. 53 suddetto ha preferito far soccombere la tutela più intensa apprestata da un ordinamento nazionale per non sacrificare il primato del diritto comunitario²⁷⁵.

Il caso Federfarma ha diviso la dottrina, una parte ha accolto la sentenza cogliendo il coraggio mostrato dal giudice amministrativo, spavalderia mai tirata fuori dalla Corte Costituzionale fino ad allora, altri ne hanno criticato l'autonomia affibbiandole un comportamento autarchico che esula dalle competenze attribuitegli e indicativo di una forte "chiusura" all'integrazione.

Al di là del filone dottrinale che si preferisce seguire, resta un dato concreto: i risvolti della sentenza 4207/05 non sono mai passati dal piano delle declamazioni a quello pratico per le situazioni contingenti su esposte.

²⁷³ G. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria?* in *Giurispr. Cost.*, 2005, ; A. PERTICI, *Il diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale: un bilancio in attesa di una <<svolta>>*, in A. Pace, *Corte Costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006.

²⁷⁴ Sent. 183/73, Corte Cost.

²⁷⁵ Vedi cap. 3.2, caso Melloni.

La Costituzione e la Consulta prevedono che su tali delicate questioni sia questa a dover proferir l'ultima parola, per cui potremmo dire, senza la preoccupazione di cadere in errore, che il Consiglio di Stato era tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale non provvedendo da se medesimo all'applicazione dei controlli, ma se accettiamo la soluzione tecnicamente più corretta, è doveroso fare un passo indietro in quanto un'argomentazione di tal genere non si concilia né con una visione del sistema europeo come parafederale né con un processo proficuo verso l'integrazione completa.

La scelta non può che esser presa ai vertici a seguito di un'attenta ponderazione e di un dialogo vivo e fertile che renda reale la soluzione più adatta.

Ci si augura che le Corti Supreme col massimo rigore logico e lontane da preconcetti e paure abbandonino il timore della perdita di sovranità per abbracciare la causa dei diritti fondamentali, ma anche della crescita sociale e politica riuscendo l'una a cedere il passo all'altra in vista non più della tutela delle proprie prerogative, ma perseguendo i più alti ideali tanto decantati nelle svariate portanti Carte.

3.4 I controlimiti : una reale categoria giuridica ? Il caso Taricco.

La vicenda in questione si snoda attraverso diverse pronunce provenienti da corti di merito , dalla Corte di Cassazione , dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale.

Il caso : Il signor Taricco e altri vengono imputati per il reato di associazione a delinquere di cui all' art. 416 comma 1 c.p.²⁷⁶ per la commissione della fattispecie di frode IVA prevista dagli artt. 2²⁷⁷ e 8²⁷⁸ del d.lgs. n. 74/2000²⁷⁹ .

A seguito di diversi rinvii e della complessità dell' accertamento dei reati tributari , il G.U.P. prevede che, a norma delle disposizioni penali²⁸⁰, la prescrizione dei

²⁷⁶ Art. 416 c. 1 c.p. :<<Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti , coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni.>>

²⁷⁷ Art. 2 d.lgs. 74/2000:<<È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi passivi fittizi.

Il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria.>>

²⁷⁸ Art . 8 d.lgs 74/2000:<<È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

Ai fini dell'applicazione della disposizione prevista dal comma 1, l'emissione o il rilascio di più fatture o documenti per operazioni inesistenti nel corso del medesimo periodo di imposta si considera come un solo reato.>>

²⁷⁹ Specificamente , come tratto dall' ordinanza del G.U.P. del Tribunale di Cuneo, gli imputati, seguendo uno schema criminale e procedendo in tal modo <<[...]in base a precisi accordi di vendite nazionali di Champagne vengono fatte apparire transazioni comunitarie ove figurano varie società interposte, operanti quali "cartiere" per abbattere il prezzo imponibile della merce. Tale operatività permette di disporre di prodotto ad un prezzo di gran lunga inferiore a quello di mercato che, inquinando il mercato stesso, può rivendere al proprio cliente di riferimento.

La ditta P S.r.l., avendone piena consapevolezza, riceve fatture per operazioni soggettivamente inesistenti emesse dalle cartiere;

Le "cartiere" risultando importatrici di merce da fornitori esteri titolati ad effettuare la cessione e cedenti delle stesse alla P S.r.l., hanno omesso di presentare la relativa dichiarazione annuale dell'IVA o, avendola presentata, hanno, comunque, omesso di effettuare i relativi versamenti di imposta;

La ditta P s.r.l. provvede ad annotare le fatture emesse dalle ditte sopra indicate nella propria contabilità, detraendo indebitamente l'IVA in esse riportata e, conseguentemente, presentando fraudolenta dichiarazione annuale relativa all'IVA[...]>>.

reati avverrà al più tardi quattro anni dopo ovvero sicuramente prima che il processo a carico degli imputati venga terminato , per cui usufruendo delle norme penali in materia di prescrizione²⁸¹ i reati resteranno impuniti .

Il tribunale di Cuneo perviene alla conclusione che <<[...] soggetti che hanno commesso reati per evadere l'IVA per milioni di Euro, sfruttando norme emanate in attuazione di direttive comunitarie, godono e godranno presto di una completa impunità garantita da una norma interna[...]>> e formula un ragionamento, procedendo in primis ad inquadrare il caso in questione non come *una tantum* , ma come la regola della situazione dei processi italiani in materia tributaria ²⁸² , subito dopo prospetta l' iter che verosimilmente verrà percorso ed, infine , chiede alla CGUE se lo Stato italiano sia in linea con il diritto comunitario posto che << la stretta rete di rapporti che ormai legano l'Italia agli altri Paesi dell'Unione europea, i pregiudizi che la norma interna comporta per gli altri Stati pone la stessa in contrasto con diverse norme comunitarie, facendo assurgere alla questione qui sollevata rilievo comunitario.[...]. Ciò che si chiede è se tali norme consentano (ed in quali limiti) oppure no ad uno Stato di

²⁸⁰ in particolare l'ultimo comma dell' art. 160 c.p. che recita : << La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i limiti di cui all'art 161 secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articoli 51, commi 3 bis e 3 quater, del codice di procedura penale>>.

Il secondo comma dell' art. 161 c. p. prevede che << Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103, 105.>>.

²⁸¹ L' istituto giuridico della prescrizione disciplina gli effetti del decorso del tempo che , a seconda che si tratti di materia civile o penale , muta *ratio legis*.

In ambito civile la prescrizione indica il lasso di tempo entro cui è possibile esercitare un diritto , decorso questo inutilmente il soggetto non avrà più alcuna azione civile a sua disposizione per poterlo esercitare . L' istituto è previsto dall' art. 2934 c.c. ("Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge.

Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge")

²⁸² Riportiamo le parole del giudice :<< Si potrebbe pensare che questo esito scandaloso sia dovuto a qualche peculiarità del presente procedimento.

In realtà, trattasi di un esito prevedibile fin dal principio, a causa del tenore dell'ultimo comma dell'art. 160 codice penale che non arresta il decorso della prescrizione durante il procedimento consentendo (per la stragrande maggioranza degli imputati) solo un prolungamento del termine di appena un quarto.>>.

mantenere una norma che consenta di prosciogliere dei rei nonostante l'azione penale sia stata tempestivamente esercitata>>.

Alla luce di ciò il G.U.P. ritiene violate talune norme comunitarie²⁸³ di cui chiede interpretazione alla Corte di Giustizia e pone quattro pregiudiziali:

- a) se, modificando con L. n. 251 del 2005, l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano [...] sia stata infranta la norma a tutela della concorrenza contenuta nell'art. 101 del TFUE;
- b) se, modificando con L. n. 251 del 2005, l'art. 160 ultimo comma del codice penale [...] lo Stato italiano abbia introdotto una forma di aiuto vietata dall'art. 107 del TFUE;

²⁸³ In particolare la normativa sulla concorrenza (art. 101 TFUE che sancisce che <<Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno[...]>> per cui uno Stato come l'Italia che lascia impuniti soggetti che abbiano operato in modo anticoncorrenziale rispetto agli altri operatori dell'UE, altro non fa che facilitare tale condotta); la normativa sugli aiuti di Stato (art. 107 TFUE che prevede che : << [...]sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.[...]>>, il giudice fa rientrare nella nozione di "qualsiasi forma" la normativa penale italiana in questione); la normativa IVA (all' art. 158 della direttiva 2006/112/CE si prevedono delle ipotesi tassative di regime di esenzione IVA, l'Italia lasciando impuniti gli imputati ne creerebbe una ulteriore); il principio delle finanze sane (l' art. 119 TFUE prevede che <<[...]L'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.[...] . Queste azioni degli Stati membri e dell'Unione implicano il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile>> per cui uno Stato che *"rinuncia ad una parte consistente del gettito fiscale non in cambio di qualche entrata diversa ma a fronte di comportamenti che, rimanendo impuniti, fungono addirittura da stimolo per ulteriori illeciti con aggravamento della situazione di bilancio."*(tratto dal paragrafo 17 della suddetta ordinanza). In ambito civile l' istituto ha la funzione di garantire la "certezza del diritto " ovvero, nel caso di inerzia del titolare di un diritto, la si sanziona in tal modo evitando che rapporti giuridici costituitesi nel frattempo a causa del non esercizio del titolare vengano dopo tempo (tempo che varia da caso a caso) modificati creando incertezza nel traffico giuridico .

La prescrizione in ambito penale ha l' effetto di far cessare dopo un determinato periodo di tempo la persecuzione di un reato, si presuppone cioè sia che lo Stato perda interesse nel punire poiché l' offesa arrecata non è più vivida, oltretutto l' istituto ha la funzione di scongiurare l' ipotesi che l' imputato sia sottoposto per lungo tempo ad un processo penale, oltrepassando i limiti del "giusto processo ". L' istituto è disciplinato dagli artt. 157 e ss c.p.

- c) se, modificando con L. n. 251 del 2005, l'art. 160 ultimo comma del codice penale [...] lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto un'esonazione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'art. 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006;
- d) se, modificando con L. n. 251 del 2005 l'art. 160, ultimo comma, del codice penale italiano [...] sia stato violato il principio di finanze sane fissato dall'art. 119 del TFUE.

È di interesse notevole anche la conclusione cui giunge il giudice .

Essa merita di essere riportata nei punti salienti , soprattutto perché sembra voler spronare la Corte di Giustizia ad esprimersi in senso nettamente favorevole all' interpretazione personale del G.U.P. ²⁸⁴:

<<Al sottoscritto pare che la norma italiana, nel punto in cui consente il decorso della prescrizione durante il processo, dovrebbe essere disapplicata per contrasto col diritto comunitario. Qualcuno potrebbe sostenere che la ratio della norma costituisce per l'ordinamento italiano un principio irrinunciabile di garanzia dell'imputato²⁸⁵. Non va però dimenticato che le garanzie dell'imputato si basano sulla presunzione d'innocenza ed hanno lo scopo d'impedire che il cittadino sia vessato al di là dei limiti di quanto necessario per l'accertamento dei reati. Nel caso di specie, in un contesto in cui alla giustizia ordinaria vengono assegnate pochissime risorse umane e materiali, con una procedura inutilmente complicata (è stata giustamente paragonata ad una corsa ad ostacoli), la decorrenza della prescrizione durante il procedimento penale diventa soltanto un mezzo di garanzia dell'impunità. Al di là della retorica che potrà essere spesa per difendere una norma iniqua, vi è soltanto l'obiettivo di consentire ai colpevoli di sottrarsi alle conseguenze della propria condotta. Il risultato è di estrema gravità perché

²⁸⁴ Al di là della "giustizia" della normativa penale in tema di prescrizione , quello che si vuole qui rilevare è non tanto ciò che sarebbe più corretto fare, ma come ciò venga fatto e , soprattutto , a quale prezzo (la rinuncia o meno dei controllimiti) .

²⁸⁵ Proprio perché ritenuto quale diritto irrinunciabile la Corte Costituzionale tornerà poi sulle norme per come interpretate dalla CGUE nel caso Taricco.

ne consegue un allarmante vuoto di tutela, in violazione del diritto comunitario. In sostanza, lo Stato italiano fa prevalere l'interesse all'impunità dei colpevoli rispetto alla piena attuazione della normativa sovranazionale. Non ha alcun senso che la normativa europea tuteli certi diritti se poi in uno Stato dell'Unione è possibile violarli senza alcuna conseguenza²⁸⁶.[...]Disapplicando la norma qui impugnata si potrà garantire anche in Italia l'effettiva applicazione del diritto comunitario.[...]. Tali astute manovre, infatti, non impediranno più di accertare le responsabilità degli imputati ed infliggere la meritata pena ai rei. La Corte di Giustizia gode di una grandissima opportunità: quella di attuare una svolta epocale in vista di un'applicazione sempre più efficace del diritto dell'Unione²⁸⁷.>>.

La Corte di Giustizia approfitta della possibilità di riconfermare il proprio primato e , riunitasi in Grande Sezione per l' occasione , pronuncia sentenza ²⁸⁸ - nonostante sia il governo italiano che quello tedesco ne avessero contestato l'irricevibilità ²⁸⁹ .

Il Giudice europeo per poter definire la questione ha bisogno di tirare in ballo un' ulteriore disposizione : l' art. 325 TFUE ²⁹⁰ .

²⁸⁶ Il giudice chiede espressamente che lo Stato italiano venga in qualche modo obbligato a dare attuazione al diritto comunitario in tutta la sua sostanza.

²⁸⁷ Il G.U.P. esplicitamente chiede alla Corte di Giustizia di intervenire affinché venga dato seguito al diritto comunitario , fa di più : incita la Corte a prendere una posizione decisa sulla questione, posizione che non tarderà ad arrivare.

²⁸⁸ Sentenza CGUE 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco.

²⁸⁹ Al paragrafo 28 della sentenza si legge :<< Il sig. Anakiev nonché i governi italiano e tedesco ritengono che le questioni poste dal giudice del rinvio siano irricevibili. A tale riguardo, il sig. Anakiev rileva che le disposizioni di diritto nazionale che stabiliscono le regole sulla prescrizione per i reati in materia fiscale sono state oggetto di recente modifica, ragion per cui le considerazioni del giudice del rinvio risultano infondate. I governi italiano e tedesco sostengono, in sostanza, che le questioni di interpretazione poste dal giudice del rinvio sono puramente astratte o ipotetiche e non hanno alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale.>>

²⁹⁰ Art. 325 TFUE : << L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

La discussione sull' articolo si prolunga in diversi punti della sentenza , divenendo il perno stesso della decisione.

La Corte , infatti, dopo aver ricordato che a norma dello stesso gli Stati sono *tenuti non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma devono anche lottare contro la frode²⁹¹*, suggerisce (o forse tenta di imporre?) che *se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione [...] possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA²⁹²* .

Nel punto successivo ribadisce la necessità di una reazione più forte verso i reati poiché *occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF²⁹³, gli Stati membri devono²⁹⁴ prendere le misure necessarie*

Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo.>>.

²⁹¹ Par. 36 sent. CGUE 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco

²⁹² Par. 39 sent . CGUE 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco

²⁹³ La Convenzione PIF nasce nel 1995 – seguita da altri tre protocolli negli anni immediatamente successivi- al fine di armonizzare le diverse definizioni nazionali in materia penale, con particolare riguardo a quelle relative alla lesione degli interessi del bilancio comunitario e, nello specifico , le disposizioni in materia di frode , corruzione e riciclaggio .

Nata nell'ambito del terzo pilastro non ha il carattere del “self-executing” per cui necessitava di una legge di attuazione per ogni nazione. L' Italia diede applicazione alla Convenzione attraverso la legge 330 del 2000.

*affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, **almeno nei casi di frode grave**²⁹⁵, **pene privative della libertà**²⁹⁶.*

Tra alcuni studiosi²⁹⁷, a riguardo, si trova un'interessante considerazione: nel caso Taricco l'approccio funzionalistico della Corte di giustizia comporta una contrazione del diritto individuale, una sua limitazione, prevalendo – nel bilanciamento di interessi contrapposti – l'esigenza di tutela delle finanze dell'Unione. Si dà, cioè, luogo ad una sostanziale retroattività di una normativa penale più sfavorevole, in violazione del principio di irretroattività in malam partem.

Tuttavia i giudici di Lussemburgo circoscrivono la possibilità di disapplicare la normativa nazionale controversa. Tale disapplicazione è infatti subordinata al soddisfacimento di condizioni stringenti, dovendo la frode rilevante essere <<grave>>e verificarsi in un <<numero considerevole di casi>>.²⁹⁸

In quanto tale la Convenzione non può di certo dirsi direttamente applicabile, né definirsi diritto di rango primario.

²⁹⁴ Grassetto mio; la Corte qui utilizza un verbo che lascia pochi spiragli interpretativi.

²⁹⁵ Grassetto mio; la Corte non ha cura di precisare quali siano i parametri da utilizzare per decretare l'intensità della gravità.

²⁹⁶ Par. 40 suddetta sentenza.

²⁹⁷ 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 ad opera della Corte di giustizia?* in www.forumcostituzionale.it, 2016.

²⁹⁸ A riguardo è opportuno aprire una piccola parentesi richiamando la sent. 44584 del 2016 della Cassazione, il giudice di legittimità fa un'interessante disamina dei due requisiti in questione. La Corte di Cassazione dovendo decidere riguardo un caso di frode fiscale riesamina la pronuncia della Corte di Giustizia, ma lo fa attraverso una lente differente rispetto alla Corte d'Appello di Milano, più che indugiare sulle massime giurisprudenziali prodotte tanto a livello comunitario che a livello costituzionale, concentra l'iter argomentativo sui requisiti dettati dalla CGUE al fine di individuare l'eventuale violazione dell'art. 325 TFUE.

La disquisizione dal punto 37 al punto 41 della sentenza Taricco della CGUE si concentra sul requisito della "gravità" della frode e sul requisito della "lesione degli interessi dell'UE"⁴. Riporto qui alcuni incisi dei paragrafi suddetti: << la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee esige che ogni condotta fraudolenta che leda tali interessi debba dar luogo ad azioni penali » e « della necessità di rendere tali condotte passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, fatta salva l'applicazione di altre sanzioni in taluni casi opportuni, e di prevedere, almeno nei casi gravi, delle pene privative della libertà »; <<<Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte [...] siano passibili di sanzioni penali effettive,

proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione, rimanendo inteso che deve essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a euro 50 000>>; <<Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione [...] possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA.>>.)

La Corte di Giustizia ribadisce continuamente che in caso di siffatte frodi gravi è necessaria una risposta repressiva da parte dello Stato membro quanto più forte e dissuasiva possibile, più che un suggerimento delle misure adottabili al fine di combattere tale tipo di reato, vi è la pretesa dell'utilizzo del mezzo penale, venendo in secondo piano la discrezionalità che, invece, dovrebbe caratterizzare la scelta del mezzo all'uopo previsto).

La Corte di Cassazione esamina uno ad uno i requisiti.

Per quanto riguarda il primo requisito da soddisfare la Cassazione fa notare che il tetto minimo oltre il quale non può che riconoscersi il carattere di gravità (il tetto è di 50000 euro) secondo il giudice comunitario, è un dato contingente alla pronuncia del caso di specie, non potendo, pertanto, essere preso in considerazione quale parametro oggettivo di ogni tipo di frode, essendo necessario, invece, un intervento ulteriore della CGUE che espliciti tale requisito.

Diversamente, nell'ordinamento italiano, è presente una disposizione utilizzabile all'occorrenza: l'art. 133 c.p. (<<Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere, desunta:

1) dai motivi a delinquere¹ e dal carattere del reato;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.>>) che fornisce ulteriori elementi

di raffronto al fine di catalogare un reato come grave, la Cassazione ritiene, dunque, che sia più sicuro "ancorarsi" alla più precisa disposizione italiana che all'indeterminato requisito comunitario.

Il secondo requisito sottoposto ad esame è la "lesione degli interessi dell'UE" a causa dell'ineffettività delle sanzioni "in un numero considerevole di casi di frode grave" (al paragrafo 58 della sentenza Taricco, la CGUE afferma che le disposizioni penali in materia di prescrizione sono "idonei a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione[...]").

Orbene, anche in questo passaggio la CGUE risulta vaga, la Cassazione, infatti, non può che affermare che l'indagine sull'ineffettività delle sanzioni in un numero considerevole di casi dovrebbe essere condotta in astratto tenendo conto di tutti i giudizi pendenti e cercando in via statistica di determinare i possibili esiti.

Non può che esulare dalle capacità cognitive del giudice una siffatta valutazione, non solo per la mancanza di dati statistici a riguardo, ma, soprattutto, perché un giudice non può aver coscienza e conoscenza degli altri procedimenti!

Alla luce di tali considerazioni anche il secondo requisito deve intendersi nel senso che devono essere valutate le diverse fattispecie di reato, ma sempre del singolo processo!

Questa può essere una prima impostazione del problema, a voler ragionare adottando un altro punto di vista , ciò che realmente chiede la Corte di Giustizia non è la compressione di un diritto fondamentale in modo puro e semplice, come ci proviene dal pensiero di una parte della dottrina²⁹⁹ .

La pronuncia europea, infatti, non verte sull' intero istituto della prescrizione , conosciuto e applicato da tutti i Paesi europei , quanto sull' art.160 c.p. laddove prevede non solo che “la prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione” e , dunque, a prescindere da atti o provvedimenti giudiziali che siano intervenuti medio tempore , ma , anche qualora siano state emesse sentenze di condanna, seppur non definitive. Da tale quadro normativo è palese che la funzione per cui nasce l' istituto della prescrizione – l' attenuazione dell' interesse punitivo dello Stato col decorso del tempo – viene di gran lunga superata per trasformarsi , semplicemente , in una delle cause di impunità .

Tra l' altro , al secondo comma dell' art. 161 c.p. è previsto un limite ulteriore, dato che “in nessun caso l'interruzione [...] può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere” per cui non è possibile pervenire , il più delle volte, ad una sentenza che passi in giudicato senza che intervenga nel frattempo la prescrizione del reato .

Consci dei diversi punti di vista , un altro aspetto focale per poter risolvere la questione è l' inquadramento della natura dell' istituto : la disquisizione a riguardo non può che cambiare a seconda che allo stesso si attribuisca natura sostanziale o natura processuale .

Ricostruiti i due requisiti la Corte di Cassazione ritiene che né l' uno né l' altro siano presenti nel caso di specie per cui non può applicarsi la disciplina delineata dalla CGUE nel caso Taricco .

²⁹⁹ L. PICOTTI , *RIFLESSIONI SUL CASO TARICCO* , *Dalla “virtuosa indignazione” al rilancio del diritto penale europeo* , in www.penalecontemporaneo.it,2016.

Già nella sentenza 23 del 2013 la Consulta ha chiarito che la natura dell' istituto è sostanziale per cui deve sottostare al principio di legalità penale ³⁰⁰ poiché <<incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all'idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all'oblio in capo all'autore di esso>> , concetto che viene ribadito nell' ordinanza n . 24 del 2017 .

Dopo l' interpretazione della sentenza Taricco datane dalla Corte di Giustizia si sono pronunciate la Corte d' Appello di Milano e la Corte di Cassazione , entrambe investendo la Corte Costituzionale.

A distanza di qualche anno , la tanto discussa sentenza europea va al vaglio della Consulta che, adesso , si trova in attesa di una risposta "conciliativa" da parte del giudice comunitario .

Prima d' analizzare l' ordinanza di rimessione con cui il nostro giudice costituzionale cerca un punto d' accordo per non essere inadempiente in ambito sovranazionale, ma, contemporaneamente non contravvenire ai controlimiti di cui esso è unico custode e garante , concentriamo la nostra attenzione sulle due pronunce suddette.

In ordine cronologico e non certo di importanza, sarà presentata l' ordinanza della Corte d' Appello milanese ³⁰¹ .

³⁰⁰ <<Il principio di legalità trova un presidio di natura costituzionale nell'art. 25. c. 2: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Tale principio è connaturale agli ordinamenti democratici, in quanto tutela l'individuo contro gli abusi dello Stato. Il potere di quest'ultimo, infatti, deve sempre trovare fondamento nella legge. La preventiva minaccia della sanzione penale, peraltro, si raccorda con la funzione di prevenzione generale della pena: intanto questa può distogliere gli individui dal porre in essere condotte penalmente rilevanti, operando in tal senso come deterrente psicologico, in quanto gli stessi sappiano prima quali sono i comportamenti o i fatti alla cui realizzazione l'ordinamento fa conseguire l'irrogazione di una sanzione penale (nullum crimen, nulla poena sine lege)>>, www.simone.it.

³⁰¹ App. Milano, Sez. II, 18 settembre 2015, De Bortoli e altri.

La Corte si trova a dover giudicare un caso pressoché simile al caso Taricco , prescritti i reati in materia di frode fiscale, si chiede alla Corte Costituzionale di pronunciarsi riguardo la legittimità costituzionale dell' art. 2 della l. 130 del 2008³⁰² , che dà esecuzione al Trattato di Lisbona nella parte in cui , ex art. 325 TFUE³⁰³ ed ex art. 2 TFUE³⁰⁴ , per come interpretati dalla CGUE nella sent. 8/09/2015 , causa C- 105/14 , Taricco , “discende l' obbligo per il giudice

³⁰² Art. 2 l. 130/2008:«Piena ed intera esecuzione è data al Trattato di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall'articolo 6 del Trattato stesso.».

³⁰³ Art. 325 TFUE : «<< L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo.».

³⁰⁴ Art. 2 TFUE :«<< Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione.

Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria.

Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali secondo le modalità previste dal presente trattato, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione.

L'Unione ha competenza, conformemente alle disposizioni del trattato sull'Unione europea, per definire e attuare una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune.

In taluni settori e alle condizioni previste dai trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori.

Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

La portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore.».

nazionale di disapplicare gli artt. 160 ult. comma 161 comma 2 del codice penale in presenza delle circostanze indicate nella sentenza , anche nel caso in cui dalla sentenza discendano effetti sfavorevoli per l' imputato , in ragione del contrasto di tale norma con l' art. 25 comma 2 Cost .³⁰⁵”

Il giudice milanese richiama la giurisprudenza comunitaria³⁰⁶ e quella costituzionale³⁰⁷ al fine di ricordare i principi lì esposti ovvero che qualora vi sia contrasto tra una normativa comunitaria direttamente applicabile e una norma interna spetta al giudice nazionale valutarne la compatibilità e , se del caso , operare il rinvio pregiudiziale alla CGUE , disapplicando , qualora non vi siano dubbi circa la portata interpretativa della norma europea , egli stesso la norma nazionale in luogo di quella sovranazionale ; qualora il contrasto riguardi una norma non direttamente applicabile all' interno del nostro ordinamento – previo , eventualmente rinvio pregiudiziale -, nell' impossibilità di risolvere il dubbio interpretativo si dovrà investire la Corte Costituzionale.

Partendo da tali premesse ormai assodate , il giudice dell' Appello ricorda che in forza delle limitazioni di sovranità previste dall' art. 11 Cost. deve esser garantita preminenza ed efficacia del diritto comunitario anche innanzi norme costituzionali, restando in ogni caso limite unico e invalicabile i principi fondamentali dell' assetto costituzionale dello Stato e i diritti inalienabili della persona , contrasto , quest' ultimo , risolvibile solo dalla Corte Costituzionale.

Nel caso di specie , dunque , il giudice nazionale da una parte dovrebbe disapplicare gli articoli penali per dar corso all' interpretazione comunitaria così come esplicitata nel caso Taricco , dall' altra , ritrovandosi innanzi non una semplice norma , ma disposizioni penali che se disapplicati darebbero vita ad un trattamento più sfavorevole per l' imputato violando l' art. 25 c. 2 Cost. , che sancisce il principio di legalità ovvero uno dei principi fondamentali di ordine

³⁰⁵ Art. 25 c.2 Cost :<< Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.>>

³⁰⁶ Nello specifico sent. 9/03/78, causa C-106/77 (Simmenthal) .

³⁰⁷ In particolare sent. 170/ 84 (Granital) .

costituzionale e , in quanto tale, sindacabile dalla sola Consulta, non può che rinviare la questione affinché venga risolta tramite questione di legittimità costituzionale .

A questo punto vi è una discrepanza tra ciò che nel nostro ordinamento è inteso come principio di ordine costituzionale e ciò che , invece , secondo la CGUE è semplicemente un quadro normativo riguardante l' aspetto procedimentale: tanto per la Cassazione quanto per la Corte d' Appello viene in rilievo l' art. 25.c.2 Cost. per la ragione che ciò che verrebbe intaccato è il principio di legalità penale, la Corte comunitaria risponde ³⁰⁸ richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardo l' art. 7 CEDU ³⁰⁹ secondo la quale in materia di prescrizione si cammina sul terreno delle condizioni di procedibilità e non su quello della tutela sostanziale.

A prescindere da tali ulteriori motivazioni , ciò che rimane comunque di dubbia costituzionalità e, questione centralissima, è la natura di diritto sostanziale che la stessa Corte Costituzionale attribuisce all' istituto della prescrizione, precludendosi , essa stessa , di pronunciarsi in materie simili poiché “[...] all' adozione di pronunce in *malam partem* in materia penale osta non già una ragione meramente processuale [...] ma una ragione sostanziale , intimamente connessa al principio di riserva di legge [...]”.

Alla luce di ciò il giudice milanese non può che rimettere la questione alla Consulta affinché verifichi la legittimità costituzionale della legge di attuazione del Trattato e , conseguentemente , se vengano violati o meno i controllimiti posti a salvaguardia della nostra identità costituzionale .

³⁰⁸ La questione viene affrontata nei paragrafi 54-57 della sent. Taricco .

³⁰⁹ Art. 7 CEDU :<< Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.>>.

Analogamente la Cassazione con ordinanza 212 del 8/07/2016 solleva questione di legittimità costituzionale.

In via preliminare la Corte di legittimità, a differenza della Corte d' Appello milanese, nel caso sottoposto ritiene di poter utilizzare *in concreto* sia il criterio della gravità sia quello del "numero considerevole di frodi" per come delineati in una precedente sentenza della Cassazione³¹⁰.

Essa propone una strada "alternativa" per evitare sia il rinvio pregiudiziale che quello costituzionale: essendo parecchio vaghi i due requisiti necessari ai fini dell' applicazione della normativa comunitaria, sarebbe ben possibile optare per la "*pratica inapplicabilità dell'obbligo di disapplicazione per indeterminatezza dei presupposti*", tuttavia la Cassazione non ritiene opportuno avvalersi di tale principio "*sia per la vigenza di un obbligo di fedeltà comunitaria, sia per l'applicazione già operata anche da questa Corte*".

Dopo aver riportato nell' ordinanza la teoria dei controlimiti per come elaborata sino ai nostri giorni, la Corte precisa che lungi dal dover essere "intesa come una forma di resistenza degli Stati nazionali ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale" questa altro non è che "l'espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile."

Declamata l' importanza dell' identità costituzionale del nostro ordinamento, la Suprema Corte passa in rassegna tutte le violazioni che sarebbero insite in caso di applicazione della normativa comunitaria come interpretata nel caso Taricco: in primis verrebbe violato il principio di irretroattività delle norme penali poiché verrebbero allungati i tempi di prescrizione di fatti commessi prima della sentenza suddetta³¹¹; in secondo luogo il diritto alla difesa ex art. 24 Cost.; in

³¹⁰ Sent. Cass. Pen. n. 2210 del 15/09/2015, Pennacchini, nella quale la Corte di legittimità adottando i criteri emanati dalla CGUE nella sentenza Taricco aderisce all' orientamento della disapplicazione della norma interna, seppur penale in favore di quella europea seppur non direttamente applicabile.

³¹¹ Nonostante la CGUE richiami l'art. 49, l' art. 7 CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo affermando che riguardando la prescrizione il diritto processuale non è coperto dal principio "nullum crimen".

terzo luogo il principio di uguaglianza declamato all' art. 3 Cost. ; il principio di riserva di legge, tassatività e determinatezza tutelati dall' art. 25 c. 2 Cost. ; infine l' art 27 c.3 Cost. ,laddove prevede la rieducazione del condannato .

Quanto alla prima violazione viene richiamato l' art. 53 Carta di Nizza che prevede l' applicazione della tutela maggiore , per cui , dovrebbe esser preferita la disciplina nazionale a quella comunitaria laddove la seconda sia meno garantista (ma ricorda che nel caso Meloni la CGUE ha fatto retrocedere un diritto fondamentale in vista del primato e dell' uniformità del diritto europeo) e nel caso di specie il principio di irretroattività dovrebbe esser riconosciuto con tutte le sue sfaccettature così come fatto – concedendo tutela più intensa- nell' ordinamento italiano .

Inizia una lunga dissertazione circa la natura sostanziale dell' istituto della prescrizione : innanzitutto già dalla collocazione sistemica della norma (che è rubricata sotto il libro I capo I Titolo VI inerente l' estinzione del reato) nonché dall' interpretazione letterale dell' art. 157 c.p. (“La prescrizione *estingue* il reato[...]”)si può evincere la natura sostanziale della prescrizione , oltretutto al di là della prescrizione avvenuta l' imputato ha la possibilità di richiedere accertamento giudiziale, sia pure nei limiti dell'evidenza probatoria, affinché venga emessa una declaratoria o perché il fatto non sussiste o perché non è previsto dalla legge come reato o perché l'imputato non lo ha commesso, per cui si deve dedurre che la prescrizione non incide sull' azione penale.

Quanto alla seconda violazione , che possiamo esaminare insieme alla terza, l' imputato che inconsapevole delle modifiche che sarebbero avvenute a seguito della sentenza Taricco non potendo optare per altri regimi processuali premiali si vede privata tale possibilità e leso nel diritto alla difesa , oltretutto a parità di condizioni , un altro imputato che, invece , sia al centro di un processo successivo al regime di punibilità come modificato dalla CGUE riguardo la prescrizione, ha l' opportunità di scegliere riti alternativi con effetti premiali a discapito , dunque , del principio di uguaglianza.

L' art. 25 c. 2 Cost. verrebbe violato innanzitutto laddove prevede riserva di legge in materia penale, a permettere diversamente il cittadino sarebbe in balia del potere giudiziario ed esecutivo, oltretutto il ramo penale è un ramo statale a " doppio titolo" ovvero non solo sono esclusivamente statali gli interessi e i valori tutelati dalla legge penale, ma statale è anche il fine perseguito (la tutela dell' ordinamento, della vita sociale).

In secondo luogo laddove prevede la tassatività e la determinatezza della disposizione penale: la CGUE non riesce ad essere precisa nel determinare i requisiti necessari ai fini dell' applicazione normativa comunitaria, in uno stato di tale vaghezza non è possibile non riconoscere una lampante violazione dei principi suddetti.

L' ultimo profilo messo in rilievo dalla Cassazione riguarda la violazione dell' art. 27 comma 3 Cost.

Nel nostro ordinamento costituzionale la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, un tale principio verrebbe violato nello stesso momento in cui la punibilità dell' imputato viene prolungata in vista del perseguimento degli interessi finanziari dell' UE. Si passa cioè da una concezione " personalistica " della pena ad una concezione " patrimonialistica".

La Corte di Cassazione alla fine della lunga disamina conclude affermando che " i parametri costituzionali invocati - irretroattività della norma penale, riserva di legge, tassatività, diritto di difesa, finalità rieducativa della pena, uguaglianza, ragionevolezza, divisione dei poteri - appaiono a questa Corte principi che connotano in termini imprescindibili l'identità costituzionale del nostro ordinamento; principi la cui erosione[...] segnerebbe il limite di non riconoscibilità dell'ordine costituzionale " , principi che stando all' art. 6.3 TUE³¹² fanno parte

³¹² Art. 6.3 TUE: << I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.>>

dell' ordinamento comunitario e , dunque , in quanto tali , dovrebbero esser garantiti dalla stessa UE .

La Cassazione rileva,infine,che oltre ad essere l' art. 325 TFUE norma programmatica, attribuirebbe competenza penale diretta all' UE, competenza , questa , fuori dai limiti concessi e previsti all' interno dei Trattati .

Le due ordinanze di rimessione si focalizzano su aspetti problematici differenti di incompatibilità; nella loro diversità entrambe però , giungono alla medesima conclusione : la CGUE con la sentenza Taricco ha emesso delle massime che sotto molti profili si porrebbero in contrasto con l' essenza del nostro ordinamento costituzionale, a questo punto la questione non può che essere rimessa alla Corte costituzionale , che , a sua volta, con grande coraggio , propone rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo per far sì che venga “ trovata” un' interpretazione diversa ed alternativa rispetto a quella fino ad ora prospettata .

La semplicità e la nettezza con cui la Corte Costituzionale emette l' ordinanza 24/2017 meriterebbero di esser trasposte per intero in questo scritto .

Ci limiteremo a riformulare i punti salienti di questa – forse- epocale pronuncia.

All'indomani della sentenza Taricco , le titubanze circa l' applicazione dell' art . 325 TFUE sono immediatamente approdate alla Consulta per mano della Cassazione e della Corte d' Appello di Milano .

I dubbi circa la sentenza della CGUE si sono acuiti subito dopo la sent. 44584/16 della Cassazione che accoglieva i principi enunciati in sede europea, spinti forse anche da questo le due Corti summenzionate si sono affrettate a tirare in ballo il Giudice delle Leggi .

La Consulta , senza perdersi in inutili preamboli di circostanza, penetra *in media res* nella questione. Subito dopo aver premesso che “*il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.*” afferma che “*questa stessa giurisprudenza ha*

altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi".

Sin da subito la posizione della Corte costituzionale è chiarissima: l'ordinamento italiano ha sì ceduto parte della propria sovranità dandole copertura costituzionale, ma non ha mai smesso di garantire pienamente il nucleo duro della Carta, violazione della quale condurrebbe alla dichiarazione di incostituzionalità della legge d'esecuzione dei Trattati nella parte in cui "consente" che tale ipotesi si realizzi.

La Consulta si pone sicuramente disposta al dialogo, ricorda l'impegno sovranazionale preso, ma pone un muro invalicabile che può essere superato solo se venga contemporaneamente salvaguardato l'assetto costituzionale.

Con grande eleganza di scrittura prosegue analizzando l'assetto normativo italiano: la prescrizione è un istituto che in Italia ha natura sostanziale, seppur in altri Stati membri è considerato facente parte dell'assetto procedurale, nel nostro ordinamento è strettamente connesso al principio di legalità in quanto incide sulla punibilità della persona.

Il principio di legalità penale esprime un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva, *rectius*, se l'art. 325 TFUE pone una regola contraria, senza mezzi termini, la Corte Costituzionale afferma "avrebbe il dovere di impedirlo".

Già dai primi passi dell'ordinanza è facile intuire che la Consulta non lascia molto spazio alla CGUE : pone dei quesiti serrati e ferrei dai quali , difficilmente , il giudice comunitario potrà “scappare” .

La Corte chiede che vengano chiariti due punti :

innanzitutto , se i requisiti previsti dalla sentenza Taricco abbiano i caratteri della determinatezza ³¹³ idonei a far sì che un qualsiasi soggetto “potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa Taricco” ;

in secondo luogo, se le regole enunciate per determinare la gravità delle frodi siano sufficientemente soddisfacenti , nel caso contrario , infatti , il giudice avrebbe ampia discrezionalità nel sindacare la politica criminale , la Corte ricorda oltretutto che le norme penali non possono assegnare al giudice obiettivi di scopo , dovendo , invece , esser precise in quanto né il vuoto è colmabile attraverso l'attività interpretativa, né può raggiungersi il risultato con qualsiasi mezzo .

Il fulcro dell'ordinanza si racchiude nel passaggio successivo , allorché , la Consulta , si chiede se “la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano”.

³¹³ Lo scopo della determinatezza , come spiega la Corte , è duplice : << Queste (norme di diritto penale sostanziale) devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice.>>

È a questo punto che la Corte comincia a “suggerire “ velatamente la propria interpretazione , che non può che essere quella contraria ³¹⁴ .

Al fine di supportare le proprie argomentazioni con precetti normativi squisitamente europei la Consulta fa notare che le relazioni tra UE e Stati membri debbono essere improntate nel rispetto degli artt. 4, commi 2 e 3³¹⁵ , e 6, comma 3³¹⁶ TUE.

Prima di proporre alla CGUE la possibile lettura non contrastante , ricorda che in base all’ art. 4.3 TUE Ue e Stati membri debbono assistersi e rispettarsi per cui *“ciò comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell’unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro”*³¹⁷ , oltretutto al comma 2 del medesimo articolo si prevede il rispetto dell’ identità nazionale degli Stati , rispetto che, se venisse meno ,condurrebbe alla conclusione che *“ i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri”*.

Continua poi invocando l’ art. 6.3 TUE in base al quale l’ Unione ha fatto propri principi generali le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri , conseguenza logica , secondo la Corte , è che il diritto europeo nonché le interpretazioni datane dalla CGUE non possono essere intese nel senso di imporre agli Stati la rinuncia a principi supremi costituzionali propri.

³¹⁴ Letteralmente :” Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all’attenzione della Corte di giustizia”.

³¹⁵ Art. 4 commi 2 e 3 : <<[...] L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell’integrità territoriale, di mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

In virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati.[...]>>

³¹⁶ Art. 6.3 TUE: <<[...]I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali.>>

³¹⁷ Paragrafo 6 ordinanza suddetta.

Nei punti successivi , sempre meno ecletticamente , la Consulta dà una vera e propria interpretazione di alcuni incisi della sentenza Taricco della CGUE :

se le frasi <<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>> e che la disapplicazione va disposta <<con riserva di verifica da parte del giudice nazionale>> in ordine al rispetto dei diritti degli imputati, sono intese nel senso che l'art. 325 TFUE << è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione>> ogni ragione di contrasto cessa di esistere .

Non può poi dimenticarsi che l' art. 53 della Carta di Nizza dispone che sia apprestata la maggior tutela , né che la stessa Corte di Giustizia ha proclamato che ogni Stato protegge i diritti conformemente al proprio ordinamento costituzionale ³¹⁸.

La corte prosegue confrontando il caso in esame con quello del rinvio operato dal giudice spagnolo : il richiamo alla Carta di Nizza non può esser assimilato a quanto avvenuto nel caso Melloni poiché la maggior tutela , se apprestata in quel caso , avrebbe inciso direttamente sulla Decisione quadro riguardante il MAE ,rompendo l' unità e uniformità del diritto europeo , differentemente , nel caso in questione, non si vuole modificare la portata di una norma europea, quanto rilevare che vi è un impedimento di ordine costituzionale che osta all' accoglimento dell' interpretazione dell' art. 325 TFUE come interpretato sovente.

La Corte propone , dunque , tre questioni pregiudiziali : se l' art. 325 TUE deve esser interpretato come nella sentenza Taricco nonostante non vi siano indicazioni normative sufficientemente determinate ; se ciò debba esser fatto anche se nello Stato membro l' istituto della prescrizione ha natura sostanziale e , quindi , soggetto al principio di legalità ; se debba darsi seguito all'

³¹⁸ Sentenza 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn

interpretazione suddetta nonostante contrasti con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano .

La Consulta ha chiesto che la questione venga decisa secondo il procedimento accelerato a causa dei forti dubbi interpretativi e dell'urgenza sottesa alla risoluzione delle molteplici questioni inerenti .

La CGUE ha accolto la domanda.

Nell'attesa della risposta della CGUE – che potrebbe riunirsi o nuovamente in Grande Sezione come nella decisione Taricco o , addirittura per l'importanza del caso , in Adunanza Plenaria – la dottrina non ha perso tempo, né a prospettare possibili catastrofici risvolti, né a schierarsi ora a favore ora contro l'ordinanza della Corte Costituzionale .

Secondo autorevole dottrina non solo in caso di contrapposizione della Corte di Giustizia non si aprirebbe alcuna guerra³¹⁹, ma l'opposizione dei controlimiti sarebbe necessaria , quantomeno , nella parte in cui si prevede che il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicare la normativa interna in luogo di quella vaga e incerta europea³²⁰.

Ci si troverebbe oggi a causa delle ultime decisioni prese a Strasburgo dinanzi *“una prospettiva che chiamerei non solo panpenalistica, ma panvittimistica e ha preteso di introdurre un principio di obbligatoria criminalizzazione di talune fattispecie di violazione di diritti fondamentali”*³²¹, in altri termini verrebbe stravolta la funzione della pena che trasformata in strumento di riparazione del pregiudizio della vittima , scardina il principio di colpevolezza e commisura la pena al danno ricevuto e non alla colpa³²².

³¹⁹ M . LUCIANI, *Il brusco risveglio . I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.aic.it rivista nm. 2/ 2016

³²⁰ E . LUPO , *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*,2016.

³²¹ M . LUCIANI, *op. ult. cit.*

³²² R. LUGARA', *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi*

Ciò che verrebbe sconvolto non solo sarebbe la competenza in materia di politiche criminali da sempre riservata all' assoluta sovranità dello Stato , ma lo stesso principio di democraticità .

Come previsto e tutelato dalla Costituzione il popolo detiene la sovranità e il poter così tranquillamente sovvertire tale principio ne farebbe una vacua e inutile declamazione costituzionale .

Le *defaillance* della sentenza dei giudici di Lussemburgo riguardano , innanzitutto , l' oggetto principale di tutela : gli interessi finanziari sono i soli ad esser tenuti in considerazione , non si tiene in alcun modo conto né dei diritti fondamentali della persona né di principi supremi quali la riserva di legge il principio di legalità così tanto declamati .

In secondo luogo la CGUE dando per buona la situazione prospettata dal giudice di Cuneo , non si pone neppure il problema di metter in dubbio che forse l' inefficacia del sistema sanzionatorio italiano non risiede solamente dalle disposizioni penali , ma può scaturire da altri fattori ³²³ .

In terzo luogo l' attribuire discrezionalmente e arbitrariamente natura processuale all' istituto della prescrizione non tenendo in conto il dato di fatto italiano per cui ingerenze in tali materie si traducono , inevitabilmente , in violazioni di tipo sostanziale , fa trasparire una Corte poco propensa al dialogo, manifesta autoritarità.

Altra autorevole dottrina ³²⁴ dubita , invece , che la prescrizione sia annoverabile tra i principi fondamentali del nostro ordinamento .

Partendo da tale premessa ciò che fa la CGUE è prevedere un regime piuttosto che un altro per la prescrizione , regime , si sottolinea, ugualmente previsto dal nostro codice penale ³²⁵ .

di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in Dir. soc., 2015.

³²³ Luciani in particolare , a titolo esemplificativo , cita l' insieme delle altre regole processuali , l' inefficienza degli uffici giurisdizionali e di quelli di polizia .

³²⁴ E . LUPO, op.ult.cit.

La sola peculiarità sta nel fatto che a prevederlo è una norma comunitaria ,alla quale, tra l' altro , <<non può negarsi né il potere di intervento di detta Corte, né il primato della norma di diritto europeo da essa ritenuta applicabile (art. 325, par.2, TFUE).L'inclusione di reati commessi in danno dell'Unione in una ovvero in altra delle categorie previste dalla normativa italiana sulla interruzione della prescrizione non sembra che comporti una violazione dei principi supremi del nostro ordinamento, né che l'imputato abbia un diritto fondamentale all'inclusione nell'una o nell'altra categoria>>³²⁶.

Secondo l' autore non solo dovrebbe essere garantita la primazia del diritto comunitario (ma l'art. 325 TFUE non è direttamente applicabile!) , ma , a prescindere da ciò , gli interessi finanziari dell' UE dovrebbero esser tutelati applicando una disposizione nazionale penale prevista per uno specifico reato (l' associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati) con tempi di prescrizione decisamente più lunghi .

Operando in tal modo non sarebbe , infatti , violato alcun principio fondamentale dell' ordinamento posto che l' applicazione di una disposizione nazionale piuttosto che un'altra e il diritto ad usufruire dei tempi di prescrizione di una norma più favorevole non rientrano nell' alveo dei principi supremi .

³²⁵ Lupo si riferisce , in particolare,al reato << previsto dall'art. 291-quater del d.P.R. 23/1/1973 n.43, che punisce l' associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, onde la prescrizione di quest'ultimo reato non è soggetta all'aumento massimo previsto in linea generale dall'161 c.p. per l'ipotesi di atto interruttivo della prescrizione[...]. Il detto aumento è invece applicabile a tutti i reati in tema di Iva (previsti dal d. lgs. 10/3/2000 n.74) ed anche all'associazione per delinquere allo scopo di commettere i delitti in tema di Iva (reato ascritto al Taricco18), onde almeno per quest'ultimo reato il termine di prescrizione (in presenza di un atto interruttivo) è più breve di quello previsto per il delitto ex art. 291-quater citato, che tutela soltanto gli interessi finanziari nazionali. L'identità di misure prescritta dall'art. 325, paragrafo 2, TFUE è, così, chiaramente violata da parte dello Stato italiano>>, ult.op.cit., cit. , ma , diversamente , Camon ci ricorda che <<l'omologazione fra le due fattispecie tradisce la ratio della disciplina dettata per l'associazione finalizzata a commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco; la ragione per la quale il legislatore ha reso quasi imprescrittibile questo reato , non sta certo nel fatto che esso lede gli interessi finanziari dell'Italia, bensì nella sua matrice tipicamente mafiosa>>. Lo Stato italiano , infatti , in materia di frode IVA non dispone diversamente per il gettito che resta alle casse dell' Italia . La differenza tra i due reati risiede nella *ratione materiae* per cui non possono essere assimilati tra loro .

³²⁶ E. Lupo, op.ult.cit. , cit.

Personalmente , per quanto autorevole possa essere la dottrina appena espressa, mi chiedo secondo quale criterio la prescrizione venga ascritta nella categoria processuale piuttosto che in quella sostanziale, posto che , la Consulta , ha , sempre , fermamente affermato il contrario ³²⁷ .

Tra l' altro la constatazione avanzata da qualche studioso secondo cui *<<la fonte del trattamento in malam partem dell'imputato non è [...] la sentenza della Corte di giustizia, [...] posto che quest'ultima si è limitata a dichiarare quanto il diritto dell'Unione direttamente applicabile [...] prevede con effetti sulla prescrizione. In altri termini, la base del trattamento punitivo è [...] formalmente legale>>*³²⁸ potrebbe vedersi opposta una considerazione di non poco conto : non solo non è scontato che la scelta punitiva sia effettuata a livello sovranazionale , ma , oltretutto , proviene da una disposizione che pone un obiettivo di politica criminale ³²⁹ .

Come da altri fatto notare , infatti , il giudice non sarebbe chiamato a una valutazione di politica criminale, di comparazione fra costi e benefici della pena ma *<<semplicemente una valutazione sull'effetto in termini di impunità di un numero rilevante di frodi determinato dalla vigente disciplina sull'interruzione della prescrizione>>*³³⁰ .

Allontanandoci dall' etichetta da attribuire alla prescrizione o dalla portata dell' art. 325 TFUE, restano senza risposta altri importanti interrogativi .

Non è inutile rilevare che l' impatto della sentenza Taricco è stato così forte perché , differentemente dalle altre esperienze CGUE/Italia , stavolta , l' ordinamento comunitario non attribuisce né amplia diritti al singolo , ma , per la prima volta , peggiora la situazione dell' individuo.

³²⁷ A titolo esemplificativo ricordiamo le sentenze n. 324 del 2008; sentenza n. 394 del 2006 e ordinanza n. 65 del 2008.

³²⁸ M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

³²⁹ A. CAMON , *La torsione d' un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco* , Archivio della nuova procedura penale , 2016

³³⁰ F. VIGANO' , *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

La Corte di Cassazione , quasi precludendo quello che sarebbe accaduto da lì a pochi anni , ha chiaramente affrontato il tema delicatissimo della retroattività : in particolare nella sentenza Cass.pen. SS.UU. n. 38691/2009 per delimitare gli effetti delle interpretazioni conformi e dei rinvii pregiudiziali alla CGUE a discapito del reo , ha espressamente dichiarato che “l’ obbligo di interpretazione conforme trova i suoi limiti nei principi generali del diritto , ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività , principi , per quanto a noi pare, entrambi violati in sede di decisione Taricco . Ancora , con un’ altra pronuncia più recente , Cass. Pen. SS: UU. 22225/2012 , la Corte asserisce che “in definitiva , l’ utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in *malam partem* della fattispecie nazionale” .

Ciò che è preoccupante è che , spesso , è il giudice nazionale comune a sollecitare l’ intervento della CGUE a discapito del reo , per non lasciare impuniti comportamenti che il legislatore non disciplina come dovrebbe.

Particolarmente nell’ ambito tributario il giudice si ispira alle indicazioni fornite dal giudice comunitario disapplicando le norme interne e facendo un uso forse sin troppo largo del margine di discrezionalità di cui è dotato al fine di decidere, a titolo esemplificativo basta qui ricordare la sent. Cass. Sez. trib. 2606/2016 ove si legge “di qui la decisione della disapplicazione dell’art. 9 – bis della legge 289/2002 che permette di definire una controversia evitando il pagamento di sanzioni connesse al ritardato o omesso versamento del tributo. **Ad aderire a una diversa soluzione si provocherebbe una rinuncia all’ applicazione di sanzioni previste dal diritto dell’ Unione . Sanzioni che , come più volte chiarito da Lussemburgo ,devono produrre un effetto non solo repressivo , ma anche dissuasivo** ³³¹” .

³³¹ Grassetto mio.

Come autorevole dottrina nota ³³² un controllo diffuso di conformità in materia penale conferisce una delega in bianco ai giudici , circostanza che deve destare allarme almeno nel limite in cui non venga esplicitamente dibattuto il tema della lettura in *malam partem* del diritto comunitario .

Tornando al caso di specie : a decidere del peggioramento della condizione del reo , stando a quanto dice la CGUE, è il giudice nazionale il quale si ritrova ampio potere discrezionale data la vaghezza dei requisiti per come definiti a livello comunitario , discrezionalità , tra l' altro , che non sarebbe sconosciuta al nostro sistema ³³³ , ma allora , perché tanto risonanza di fronte la sentenza Taricco ?

Come parte della dottrina ci insegna la novità sta tutta nella circostanza che *la valutazione affidata al giudice coinvolge la norma: non la sua legittimità rispetto a principi sovraordinati, ma la sua adeguatezza in concreto*³³⁴ ovvero , esplicitando ancor di più il pensiero degli studiosi , il giudice non si troverebbe più sottomesso alla legge, quanto il contrario !

Si arriverebbe all' incostituzionale situazione di fatto che un giudice³³⁵ , lungi dal doversi attenere ad un *dictum* , potrebbe intervenire modificando le disposizioni a seconda della sua personalissima valutazione riguardo la stessa .

Altra norma che ne verrebbe inficiata è l' art. 27 c.1 Cost .

Il primo comma prevede ,infatti , che << *La responsabilità penale è personale* >> , per cui , un giudice tenuto , per come esige la CGUE , a lasciarsi andare a

³³² S . MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell' Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale : una lettura contestualizzata del caso Taricco* , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

³³³ D. PULITANO' ,*Tutela penale della persona* ,in *Diritto penale (parte speciale). Vol. I* , Torino 2014, segnala che vi sono casi in cui che il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento fra aggravanti e attenuanti, può andare o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie.

³³⁴ D . PULITANO' ,*La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *dir.pen.cont.* , 2016.

³³⁵ Si ricorda , infatti , che come disciplina l' art. 101 Cost. c. 2 <<*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*>> .

considerazioni di politica criminale non farebbe altro che fuoriuscire dallo strettissimo campo cui , invece deve attenersi .

La Corte di Giustizia, ricordiamo , pretende una risposta sanzionatoria che sia adeguata alle esigenze di repressione che si fondano su criteri (la lesione degli interessi finanziari europei in un numero considerevole di casi) del tutto estranei alla colpevolezza effettiva dell' imputato !

Come giustamente e più minuziosamente ci fa notare la dottrina³³⁶ l' art . 325 TFUE , come facilmente può evincersi dal secondo comma dello stesso³³⁷ , si rivolge agli organi dello Stato deputati alla produzione di leggi (ma pare anche ovvio che un sistema penale non può che essere incentrato su disposizioni elaborate in Parlamento dopo un' accurata valutazione e ponderazione degli interessi in gioco , compito , questo , che non può esser affidato al giudice !) .

Se la CGUE non ritiene “ adeguati” i mezzi predisposti dallo Stato italiano al fine di debellare la frode in materia IVA , deve rivolgersi al legislatore e non ai giudici , oltretutto , sempre secondo la dottrina suddetta non solo neppure la Corte Costituzionale potrebbe introdurre una figura di reato obbligatoria (quindi a maggior ragione non può farlo un giudice ordinario) , ma se anche la prescrizione venisse considerata di matrice processuale il risultato non cambierebbe per la semplice ragione che è ciò che il giudice dovrebbe fare per attuare il diritto europeo che esula dalle sue competenze e non la natura della norma che deve disapplicare .

D' altra parte non è superfluo ricordare che la Corte di Giustizia non può arbitrariamente decidere di dotare d' effetto diretto le norme che più si confanno ai suoi scopi .

³³⁶ L . EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell' Unione Europea può erigere il giudice a legislatore* , in dir. Pen . cont. , 2016 .

³³⁷ Art . 325 TFUE c. 2 :<<Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari>>.

Come un autore , infatti , ci ricorda ,la circostanza che sia stato il giudice comunitario ad inventare la dottrina degli effetti diretti , non può di per sé giustificare di mutare a suo piacimento le modalità in cui operano : ne verrebbe meno la stessa struttura di Stato di diritto dell' UE. Se la Corte costituzionale italiana ha concesso porzioni di sovranità lo ha fatto proprio in vista del fatto che l' ordinamento sovranazionale sia ascrivibile nella categoria dello Stato di diritto . Se ne deduce perciò a chiare lettere che in un sistema così congeniato è impensabile che un giudice – quello comunitario – possa indiscriminatamente modificare la propria giurisprudenza senza dover motivare alcunché e con l' ulteriore aggravante di peggiorare lo status di un individuo .³³⁸

La CGUE ha dimostrato d' essere l' organo posto a garanzia degli interessi europei e non anche a tutela dei diritti fondamentali come da tempo si decanta.

La Consulta , dal canto suo , sebbene si sia posta formalmente in una posizione paritaria e di dialogo nei confronti della Corte di Giustizia , da una parte non ha esaltato l' importanza dell' art. 11 Cost . , dall' altra ha azzardato una lettura dell' art. 4.2 piuttosto innovativa.

Pur partendo dalla chiara premessa che unico giudice competente ad interpretare il diritto comunitario è la CGUE , nella sostanza , l' ordinanza di rinvio pregiudiziale , propone una lettura alternativa della sentenza Taricco al fine di evitare una collisione violenta tra i due ordinamenti , che , stando a quanto dice il nostro giudice costituzionale , non potrebbe che risolversi in favore della preminenza del diritto interno .

La crepa apertasi a seguito di questa vicenda poteva estinguersi focalizzando l' attenzione sulle limitazioni che l' art. 11 Cost. prevede al fine di dar seguito alle disposizioni sovranazionali , la Consulta ricorda solamente , invece, un altro

³³⁸ R . BIN , *Taricco , una sentenza sbagliata : come venirne fuori?* in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* ,in www.giuri.unife.it,2016.

compito di tale norma ovvero quello di dare ingresso e copertura al diritto europeo .

Compito parimenti importante e non menzionato nell' ordinanza è quello di prevedere sì delle limitazioni della sovranità , ma in *condizioni di parità* e al fine di garantire *pace e giustizia* (e non certo i soli interessi finanziari europei!).

Non si può , poi , neppure ignorare l' impronta innovativa che la Consulta attribuisce all' art. 4.2 TUE : il suddetto articolo , garante dell' identità costituzionale , dovrebbe permettere all' ordinamento italiano di disapplicare la normativa comunitaria in luogo di quella interna .

L' interpretazione datane dalla CGUE , ad oggi , vede nell' art. 4.2 TUE una regola di interpretazione del diritto derivato comunitario (e non primario , quindi non applicabile all' art. 325 TFUE) e un parametro di legalità degli atti europei (ma non sino al punto di invalidarli , quanto meno allo stato attuale) .

Non pare , invece, che questa norma possa esser utilizzata – almeno sulla base dei precedenti e dell' interpretazione corrente – come la chiave idonea ad aprire la porta ad eventuali divergenze nazionali laddove l' UE ha competenza .

Pare , dunque , difficile aspettarsi dal giudice europeo un' interpretazione che avalla la lettura del nostro giudice costituzionale , sia perché una tale lettura permetterebbe allo Stato italiano di non dar corso all' applicazione di una norma di diritto primario (l' art. 325 TFUE) sebbene per mano di una norma di pari rango , sia perché la CGUE dovrebbe ridimensionare il ruolo di garante dell' integrazione del diritto comunitario .

Non pare del tutto pertinente neppure il *distinguishing* col caso Melloni .

Se è vero che il *Tribunal Constitucional* spagnolo avrebbe messo a rischio l' intero sistema del MAE sconvolgendone la disciplina applicativa e , quindi , contravvenendo all' armonizzazione e all' integrazione raggiunta sulla materia a livello europeo , non si vede per quale ragione , oltre al fatto che non vi è una

legiferazione completa in materia penale in ambito sovranazionale , un ‘ applicazione diversa dell’ art. 325 TFUE rispetto agli altri Paesi europei non minerebbe il primato dell’ UE e l’ armonizzazione.

La Corte Costituzionale ha poi ribadito che per la natura sostanziale dell’ istituto della prescrizione ciò che verrebbe violato è uno dei principi supremi costituzionali quale è il principio di legalità penale .

La Corte di Giustizia interpretando l’ art. 49 della Carta di Nizza come non lesivo , ha già risposto ad una tale presunta violazione , che , nel caso , non ritiene sussistente .

La Consulta non adduce motivazioni per cui la CGUE debba rivisitare l’ interpretazione data in precedenza e , verosimilmente , non sarà di certo tramite l’ art. 49 Carta di Nizza che la CGUE aprirà la strada ad un compromesso ³³⁹.

Al fine di una lettura più completa della sentenza è utile richiamare la recente sentenza della Corte Costituzionale 238 del 2014.

In quest’ occasione la Consulta pronuncia l’ illegittimità costituzionale di talune norme di adeguamento ed esecuzione di norme internazionali ³⁴⁰.

La sentenza, sebbene interessi norme di natura internazionale , ha dato modo a taluni studiosi ³⁴¹di chiedersi se la massima espressa in tale contesto sia applicabile anche al diritto europeo , tenendo in considerazione che la materia di cui trattasi , i principi fondamentali , dovrebbero esser protetti in egual misura quale che sia la fonte potenzialmente lesiva.

³³⁹ R . MASTROIANNI , *La Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di “controlimiti “ costituzionali : è un vero dialogo ?* www.federalismi.it,2017.

³⁴⁰ Nello specifico l’art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno) e l’art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945).

³⁴¹ A. RUGGERI , *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale ? Alla ricerca dell’ araba fenice costituzionale : i <<controlimiti>>*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

La Corte , senza giri di parole , afferma che *<<Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione ed operino quali "controlimiti" all'ingresso delle norme dell'Unione europea [...]. Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale >>*.

La pronuncia , per come articolata, sembra non lasciar alcun dubbio circa la valenza generale dell' assunto suddetto : quale che sia la norma , qualora vi sia violazione di principi fondanti sarà la Consulta (e solo questa³⁴²) ad attivare i

³⁴² Al paragrafo 3.2 della sentenza suddetta si legge :<< In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali. Vero è, infatti, che la competenza di questa Corte è determinata dal contrasto di una norma con una norma costituzionale e, ovviamente, con un principio fondamentale dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero con un principio posto a tutela di un diritto inviolabile della persona, contrasto la cui valutazione non può competere ad altro giudice che al giudice costituzionale. Ogni soluzione diversa si scontra – nel sistema accentrato di controllo – con la competenza riservata dalla Costituzione a questa Corte, restando scolpito nella sua giurisprudenza, fin dal primo passo, che “La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione”. [...] Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza>>, non è dello stesso avviso Ruggieri che non conviene con la Corte quando , al pt 3.4 afferma che <<[...]l'art. 10, primo comma, Cost. [...] impone a questa Corte di accertare se la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata nell'ordinamento internazionale, possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili. Il verificarsi di tale ultima ipotesi, infatti, “esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale”con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata.>>. Secondo l' Autore lo schema che si profila in questi casi è il seguente :la norma internazionale che incide sui principi fondamentali per opera di una norma di diritto internazionale non scritta comporta l' inesistenza della norma interna di adattamento . La Consulta deve far riferimento alla fonte esterna per ricostruirne la portata cosicché in caso di violazione è “come se la norma facesse idealmete ingresso in ambito interno per essere subito respinta fuori da esso e considerata come se non fosse mai entrata”, si tratta quindi di una invalidità in senso forte per cui , secondo Ruggieri , proprio per il tipo di invalidità dovrebbe riconoscersi la competenza e la responsabilità di ogni operatore giuridico e non della sola Corte Costituzionale.

controlimiti in vista della protezione dell' identità costituzionale dell' ordinamento italiano .

L' identità costituzionale funge , dunque , sia da spinta verso l' apertura agli ordinamenti , in particolare quello sovranazionale , che da chiusura.

Come ci spiega l' autore ³⁴³ l' identità costituzionale <<viene rimessa di continuo a punto, in ragione delle esigenze dei casi >> , ovvero , quando le norme esterne sono in grado di offrire una tutela maggiore e servente rispetto ai principi costituzionali -così come delineato dallo stesso sistema della Carta di Nizza e della CEDU (ruolo sussidiario esplicitamente contenuto nelle carte) – dovrebbe preferirsi il grado di tutela più adeguato , attivando i controlimiti “unicamente laddove la lesione causata ai principi da una norma di origine esterna risulti maggiore del servizio reso , mentre dovrebbe essere assolta una norma che , seppur incompatibile con questo o quel principio , si dimostri nondimeno in grado di offrire ai principi un servizio ancor più apprezzabile di quello che si avrebbe per effetto della sua caducazione o non applicazione>>. Non si tratterebbe , dunque , di una guerra aperta tra “controlimiti-identità costituzionale “ e “primato del diritto europeo” , piuttosto di una *realizzazione congiunta* degli stessi che cedono il passo l' uno all' altro nelle concrete esperienze processuali . A pensar che l' identità nazionale debba sempre avere la meglio sulla primazia del diritto comunitario , secondo l' Autore, significherebbe cadere nella tentazione di credere la nostra Carta costituzionale perfetta per cui qualsiasi confronto sarebbe inutile .

Ma se è vero che un ordinamento avanzato e civile deve necessariamente esser pronto e propenso al confronto , c'è da chiedersi se la Corte di Giustizia si sia posta nella posizione di instaurare un dialogo o stia, invece, “sovertendo” l' ordine costituzionale italiano .

³⁴³ A . RUGGERI , op. ult. cit.

Attualmente il nostro sistema è congegnato in tal modo : in caso di contrasto tra norma interna e norma europea se quest' ultima è direttamente applicabile il giudice dovrà disapplicare quella interna , qualora non sia dotata dei requisiti per la diretta applicabilità dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost.

Stando a quanto espresso dalla Corte di Giustizia , invece , il giudice nazionale allorquando “ giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni [...] senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale “.

Sotto questo profilo il Giudice delle Leggi si vede privato del suo più grande compito , ma non solo , è tutto il sistema costituzionale che si piega alle nuove regole dettate in ambito europeo senza che il nostro Stato abbia delegato , firmato o autorizzato l' ordinamento sovranazionale a mutare radicalmente la struttura interna del sindacato di legittimità.

L' ordinanza 24/2017 potrebbe esser però , parimenti , una grande possibilità per due aspetti ³⁴⁴:

innanzitutto lancia un monito al giudice comunitario , invitandolo a non sollecitare ulteriormente l' utilizzo dei controlimiti proseguendo nella giurisprudenza Taricco ;

in secondo luogo può essere un richiamo agli organi giudiziari affinché non usino così ampiamente l' istituto della disapplicazione in luogo dell' effetto diretto eludendo il vincolo che li sottopone alla legge, prima tra tutte quella costituzionale .

³⁴⁴ R . BIN , *Taricco , una sentenza sbagliata : come venirne fuori?* , op.ult.cit.

Qualora la Corte di Giustizia non si mostri aperta a convenire verso una soluzione compromissoria con la Corte costituzionale italiana, sembra doveroso che questa attivi realmente i controlimiti non solo per le ragioni suddette, ma per il varco ampio e profondo che potrebbe aprirsi nella delicata materia penale.

Se fosse permesso al giudice comunitario di interagire senza pericolo alcuno in materia penale la riserva di legge – principio custodito gelosamente anche in ambito interno – muterebbe in *riserva di diritto*³⁴⁵.

Affidando alla giurisprudenza il compito di salvaguardare i principi in materia penale ne conseguirebbe non solo una trasformazione del ruolo e del compito del giudice , ma anche una incerta tutela multilivello a discapito sia della certezza del diritto , sia dei principi fondamentali della Costituzione , sia dei testi normativi .

La plurima tutela dei diritti fondamentali – ora in balia di un giudice nazionale, ora di quello sovranazionale , senza possibilità , tra l' altro , di continuità del diritto – potrebbe rivelarsi una delle più potenti armi in grado di scardinare del tutto la scala gerarchica dei valori fondanti .

Il rischio che si corre è quello che vengano assiologicamente posti sullo stesso piano valori eterogenei quali diritti fondamentali dell' uomo e interessi patrimoniali , effettuando bilanciamenti a seconda non solo del pensiero discrezionale del giudice , ma anche al servizio del bene in quel momento reputato preminente , cosicché ciò che è accaduto nel caso Taricco – ovvero la subordinazione dei diritti fondamentali del reo agli interessi finanziari europei - non sarebbe più solo una sentenza sporadica che ha dato modo di discutere , ma la normalità .

³⁴⁵ C . CUPELLI , *Il caso Taricco e il contro limite della riserva di legge in materia penale*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

È necessario , dunque, che tutto venga riportato all' ordine originario : le questioni di politica criminale non possono e non devono essere esaminate e risolte sul piano giurisprudenziale, la loro sede naturale è quella politica .

Solo dopo un percorso conoscitivo e risolutivo possono esser trovate le soluzioni più equilibrate a riguardo che , al momento opportuno , saranno tramutate in testi di leggi approvati dal Parlamento , unico organo deputato e legittimato a dar voce al popolo .

Se , come direbbe Eraclito, pantha rhei , senza alcun controllo sul divenire continuo delle fluide forme assunte ora dal giudice nazionale , ora dal giudice europeo , da qui a pochi anni ci si ritroverebbe a non sapere se e come potremmo esser incriminati , avendo solo un vago ricordo di quella che era la sovranità del popolo , la certezza del diritto , un sistema fondato sul rispetto della legalità e dell' ordine costituzionale.

Sul tema non mancano assolutamente i commenti di grandi studiosi , c' è anche chi ha “cucito” la teoria dei controlimiti tedeschi sul caso italiano ³⁴⁶.

Senza pretese d' esser qui più precisa , riassumo per grandi linee il sistema dei controlimiti per come congeniato in Germania .

La dottrina tedesca ha ampiamente elaborato la teoria a partire dal caso Solange I (vedi supra cap.3.1), in un primo momento il blocco costituzionale era delineato *fintantoché* il diritto comunitario non si fosse dotato di un sistema di protezione dei diritti fondamentali , in un secondo momento il limite fu spostato *fintantoché* (Solange II) il livello di tutela garantito dallo standard europeo non fosse equiparabile a quello nazionale.

Questa teoria , per come strutturata , non è dissimile dal quella nostrana .

³⁴⁶ P . FARAGUNA *Il caso Taricco : controlimiti in tre dimensioni* , in www.giuriunife.it , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

Col Trattato di Maastricht l'ordinamento tedesco sviluppa ulteriormente la teoria e apporta un secondo parametro di valutazione al fine di garantire la "clausola d'eternità" inserita nell'art. 79 LF: i controlimiti vigono anche nel caso di atti europei emanati *ultra vires*, ovvero, violando il principio di attribuzione che è non solo il mezzo di apertura nei confronti del panorama sovranazionale, ma anche il motore trainante dell'evoluzione del sistema comunitario.

L'ultimo tassello inserito al fine di completare la teoria dei controlimiti è il test di compatibilità con l'identità costituzionale, immodificabile, quale che sia la fonte, *intra o extra moenia*.

Applichiamo adesso questo schema al caso Taricco.

Secondo l'Autore non vi è violazione del primo dei tre profili della teoria dei controlimiti, in quanto ciò che verrebbe leso non è un diritto fondamentale, ma un *diritto all'oblio*, diritto, che se esistesse non dovrebbe << *elevare le norme che disciplinano gli effetti interruttivi della prescrizione a metro dello standard strutturale di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano*³⁴⁷>> operazione, questa, definita dallo stesso << piuttosto azzardata >>.

Secondo l'opinione di chi scrive non si tratta di entrare nel merito della questione, certamente la politica criminale dello Stato italiano abbisogna di una riveduta in grado di eliminare i numerosi casi di inefficienza in ambito giudiziario, ma questo non dovrebbe essere un compito demandato ad una Corte europea, quanto al legislatore italiano. Il mezzo più congruo a riguardo è una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, che è obbligata a rispettare gli impegni presi, ma ciò deve farlo con gli strumenti predisposti *ad hoc* e non, certamente, tramite pronunce giurisprudenziali di organi predisposti ad interpretare il diritto e non a manometterlo.

Verrebbe pienamente soddisfatto, invece, il secondo requisito: l'emanazione di un atto che violi il principio di attribuzione.

³⁴⁷ P. FARAGUNA, op. ult. cit.

La Corte di Giustizia emana una sentenza i cui effetti non sono previsti dal Trattato, sfiorando di gran lunga la competenza attribuitele.

L'Autore ci fa però altresì notare che se da una parte l'art. 325 TFUE non impone l'uso di sanzioni penali al fine di dissuadere le condotte criminali, non si può neanche affermare che la CGUE abbia operato un'interpretazione del tutto creativa- per quanto poco felice è stata la motivazione data in sentenza a riguardo³⁴⁸- posto che è il legislatore italiano che ha deciso di sottoporre le condotte suddette al regime penale, d'altra parte, nella sentenza della Grande Sezione, ciò su cui si insiste è l'adozione di misure dissuasive ed efficaci³⁴⁹.

Rimane, infine, l'analisi dell'ultimo profilo: l'*Identitätskontrolle*³⁵⁰.

L'Autore, ancora una volta con voce fuori dal coro- con qualche altro studioso di dottrina minoritaria -, ritiene che per quanto differentemente ritenuto sia in sede giurisprudenziale che dottrina, non può dirsi lesa un principio facente parte del nucleo essenziale della Costituzione: richiamando una massima della Corte Cost. in sent. 18/82, ricorda che come dalla stessa affermata, la qualifica di nucleo essenziale che funge da limite alla revisione costituzionale e al diritto europeo << non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia >>, partendo

³⁴⁸ Al paragrafo 39 si legge: << Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione [...], possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA.>> ; al paragrafo 40: << Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà.>>

³⁴⁹ Par. 44: << Il giudice nazionale è quindi tenuto a verificare, alla luce di tutte le circostanze di diritto e di fatto rilevanti, se le disposizioni nazionali applicabili consentano di sanzionare in modo effettivo e dissuasivo i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione>>; par. 50: <<[...] è necessario sottolineare che l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive[...]>>; par. 62: << [...]se il carattere non effettivo e/o non dissuasivo delle sanzioni previste in materia di IVA >>.

³⁵⁰ Ovvero il test di compatibilità con l'identità costituzionale.

da tale premessa ne deduce, quindi, che la CGUE lungi dal violare alcun principio supremo, si limita a valutare il meccanismo del computo del termine, senza intaccare la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, limitando la disapplicazione nei soli casi in cui «< determini una impunità sistemica degli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione>>».

Secondo l'opinione di chi scrive, non pare ragionevole mutare la natura dell'istituto della prescrizione a seconda dei casi, disapplicando solo quando «determini una impunità sistemica» e restituendogli, invece, la veste di natura sostanziale in tutti gli altri casi ³⁵¹.

Per concludere, l'Autore, non ritiene neppure preoccupante il largo margine di discrezionalità del giudice che si troverebbe a valutare situazioni di politica criminale maneggiando formule vaghe come «in un numero considerevole di casi»: tale circostanza non può esser preludio né di sovversione del sistema né di eversione del principio della separazione dei poteri.

Secondo la mia personalissima opinione lasciar passare che ad oggi un giudice comune abbia la possibilità di giudicare al di fuori di un contesto normativo certo, a seconda delle sue personali convinzioni e deduzioni è una delle mine più pericolose per uno Stato di diritto quale è il nostro.

All'autore pare dunque non vi sia alcuna violazione dei controlimiti, tra l'altro non potrebbe né invocarsi l'art. 6.3 TUE che tutela i diritti garantiti dalla CEDU poiché non esiste alcun diritto all'oblio (ma qui l'autore dimentica che più che accanirsi nei confronti del singolo caso concreto la Corte costituzionale cerca di proteggere un ambito della sovranità che è del tutto riservato allo Stato) né dall'art. 4.2 TUE che sancisce il rispetto dell'identità costituzionale poiché dopo che la Corte costituzionale italiana ha chiarito che l'identità costituisce nozione unitaria operando sia come contro limite che come limite alla revisione costituzionale, se ne dovrebbe dedurre che il legislatore (anche quello

³⁵¹ Tra l'altro sarebbe anche da verificare i parametri tramite cui un giudice può asserire che vi sia o meno impunità sistemica.

costituzionale) si vedrebbe preclusa la possibilità di modificare il regime della prescrizione.

Differentemente reputo che l'identità costituzionale debba essere espletata nelle sue varie forme dallo Stato nazionale, che questo, secondo le prerogative della sua sovranità, seguendo gli iter di democraticità, ha, qualora le circostanze sociali lo richiedano, la possibilità (a seguito di un iter parlamentare che segue le regole legali proprie di uno Stato di diritto) di mutare la natura dell'istituto della prescrizione senza perciò stesso incorrere nel paradosso che ciò che non vale per la Corte di Giustizia può, invece valere per lui.

Come ricorda Jean-Paul Jacque, d'altra parte, "la stratégie d'incorporation dans le droit de l'Union des principes qui font l'objet des contre-limites ne peut couvrir l'ensemble du champ occupé par ceux-ci. En effet, certains principes sont spécifiques à certains Etats membres et, de ce fait, ne peuvent être incorporés dans les traités ou la jurisprudence puisque que, dans ce cas, ils pourraient être opposables de manière générale[...]. La question de la définition du contenu de l'identité nationale ne peut être tranchée de manière abstraite. La consécration constitutionnelle est sans doute un indice, mais il n'est pas suffisant. Une simple mention dans la constitution ne relève pas toujours la nature de l'élément en cause et sa portée. Ainsi, comme le montre la jurisprudence, si la dignité de la personne humaine est certainement un droit reconnu à la fois par l'Union et ses Etats membres, elle est interprétée d'une manière extrêmement large en Allemagne pour des raisons historiques. Dans ce cas le seul texte de la constitution n'est pas suffisant, il convient de tenir compte de l'histoire et de la culture nationale [...] ³⁵²>>".

Non vi è nulla di paradossale in questo: se ancora ad oggi riteniamo che vi siano degli spazi in cui lo Stato regna sovrano assoluto, ed uno di questi dovrebbe essere la definizione del concetto di identità costituzionale che è per ovvie

³⁵² J. P. JACQUE, *La cour de justice de l'Union Européenne et la théorie des <<contre limites>>*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, www.giuri.unife.it, 2016.

ragioni in continuo cambiamento , dovremmo ammettere anche che il solo competente a mutare la natura della prescrizione sia questo e non un ordinamento sovranazionale che ad oggi non può dirsi né democraticamente scelto , né federale.

Similmente , un altro studioso³⁵³ , si stupisce dello scalpore causato dalla vicenda Taricco .

Alla base del suo ragionamento pone essenzialmente il quadro normativo di riferimento del giudice comunitario .

Lo Stato italiano , in virtù ed a partire dal Trattato di Maastricht e dalla storica sentenza del *mais greco*³⁵⁴ nella quale , al par. 23, si sancisce che << l'art. 5 del Trattato impone agli Stati di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario>> , ha l'obbligo di tutelare penalmente gli interessi finanziari dell' UE.

Innanzitutto è , dunque , da escludere la portata innovativa della sentenza Taricco .

In secondo luogo , quanto alle norme deputate ad imporre una tutela penale , basta ricordare che l' art. 325 TFUE discende da una serie di articoli modificati e facenti parte del primo pilastro e non del terzo , da ciò l' Autore ne deduce che la collocazione fu scelta per evitare fosse inserito nella <<più generica >> area della cooperazione giudiziaria e di Polizia .

L'art. 325 TFUE godrebbe , infine , del carattere della immediata precettività (status che discenderebbe dalla <<collocazione nel capo VI , Titolo II , Parte Sesta contenenti le disposizioni finanziarie) .

³⁵³ L.PICOTTI , *Riflessioni sul caso Taricco : dalla <<virtuosa indignazione >> al rilancio del diritto penale europeo* , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

³⁵⁴ CGUE , 21 settembre 1989, C- 68/88, Commissione c. Repubblica ellenica .

C'è da rilevare, però, che mentre il primo pilastro è nato per perseguire scopi squisitamente economici, il terzo nacque in vista di una più fruttuosa collaborazione in ambito penale.

Altro dato normativo che supporterebbe la tesi in questione è l'art. 4.3 che pone le basi del principio di leale collaborazione (ma, anche qui, si tratta di un principio espresso in linee generali che necessita di specifiche disposizioni per poter essere attuato).

Infine, un'altra norma cardine è l'art. 2 della Convenzione Pif, approvata nel 1995 ed entrata in vigore in Italia tramite legge di adattamento (l. 300/2000), che prevede che «Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all'art. 1 [...] siano passibili di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà personale [...]».

Dal combinato disposto di tali norme non dovrebbe quindi stupire la pronuncia della CGUE che nulla si limita a fare se non esplicitare obblighi già presenti da anni per lo Stato italiano.

Quanto poi all'attivazione dei controlimiti l'Autore ci dice che non basta che le norme in questione siano disposizioni di diritto penale sostanziale per affermarne il rango di principi intoccabili, piuttosto, bisogna analizzarne la *ratio* e le conseguenze e tra questa non rientrerebbe la lesione della libera scelta d'azione; tra l'altro bisognerebbe circoscrivere le norme in grado di attivare i controlimiti e non può rientrarvi una disposizione che tutela un diritto fondamentale solo a livello nazionale.

L'Autore si espone ad una critica: che senso avrebbero i controlimiti se possono essere applicati solamente quando la violazione riguardi un diritto tutelato omogeneamente posto che, verosimilmente, un diritto tutelato a livello europeo difficilmente verrebbe leso dal medesimo ordinamento? E ancora: dove

posizioniamo il concetto di identità nazionale posto che questa non esiste se nn all' interno di ogni singolo Stato ?

Quanto poi ai dati normativi richiamati al fine di supportare la tesi in questione mi soffermo su due profili :

il primo riguarda lo status di norma direttamente applicabile affibbiato all' art. 325 TFUE , pare evidente a qualunque studioso di diritto che non può definirsi immediatamente precettiva per l' ovvia ragione che è carente di tutti i caratteri dell' immediata operatività;

il secondo riguarda la Convenzione Pif³⁵⁵ : quale portata ha una Convenzione per cui ancora oggi sono in corso negoziati per l' adozione di una direttiva volta a modificarla e di cui ancora si discute la collocazione? Più precisamente : mentre Consiglio e Parlamento la vorrebbero adottata in forza dell' art. 83 TFUE (norma di carattere generale che attribuisce competenza penale indiretta all' UE) , la Commissione ne vuole trovare il fondamento nell' art. 325 TFUE (ritenuta speciale in quanto specificamente volta a debellare la lesione degli interessi finanziari dell' UE), stando alle diatribe ancora aperte e all' insicura collocazione , può attribuirsi a tale Convenzione il peso e la forza di disciplinare settori penali in Italia?

Quale che sia la posizione che più si preferisce , non resta nell' attesa della risposta di Lussemburgo che immaginare i possibili risvolti :

vi è chi prelude uno scontro tra titani , vi è chi , armato di perdurante ottimismo , confida in una risposta compromissoria e soddisfacente delle esigenze della Corte Costituzionale italiana .

Ciò che bisogna tenere bene a mente è che i punti di vista dai quali si pronunciano le due Corti Supreme sono , per differenze fisiologiche immanenti , distanti tra loro .

³⁵⁵ L. BIN , La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione, in www.archiviopenale.it, 2016

La Corte Costituzionale , per quanto abbia un po' forzato e reinterpretato il diritto europeo ha , comunque , optato per l' utilizzo del rinvio , simbolo per eccellenza del dialogo , evitando di attivare immediatamente e irreversibilmente i controlimiti .

Dal canto suo la Corte di Giustizia dovrebbe apprezzare lo sforzo dei giudici costituzionali ed evitare che una crepa sanabile con un po' di cemento si trasformi nel crollo di un pilastro portante .

Conclusioni

La coscienza e la sensibilità sviluppatasi nel grembo dell' Unione Europea , talvolta mascherata da madre amorevole che culla l' infante , talaltra travestita da matrigna rigida e severa , è messa a dura prova dalla richiesta apparentemente dialogica , sostanzialmente irremovibile , della nostra Corte Costituzionale .

Il caso Taricco può dirsi l' occasione delle occasioni , a madre assoluta di quello che potrà rivelarsi o come un grande incontro o come lo scontro definitivo .

Le aspettative riposte prima dai giudici di merito e di legittimità alla Consulta , ora da questa alla Corte di Giustizia , sono così alte che una qualsiasi risposta della Corte lussemburghese sarà sicuramente , idonea a dare una svolta alla relazione tra Italia ed Europa .

In un arco temporale che va dal 1965 ad oggi non sono mancati né i momenti di stallo , né le prese di posizione , né cessioni diplomatiche , ma quel che è certo , è che se all' origine l' Italia poteva dirsi giustificata nella sua ritrosia per l' evidente ragione che l' ordinamento comunitario si mostrava del tutto disinteressato alla tematica dei principi fondamentali , già dopo circa un ventennio si è dovuta confrontare con un ordinamento sovranazionale – vuoi perché consapevole di non avere altra strada che quella di mostrarsi sensibile al fine di poter meglio interagire , ma anche gestire , i rapporti tra gli Stati – che aveva cucito la prima tela dei valori principali decantati e gelosamente custoditi dalle Corti Costituzionali .

L' evoluzione intrinseca dell' ordinamento europeo ha fatto sì che la stessa potesse ampliare i confini delle sue competenze .

Ad oggi che non si è né dinanzi un ordinamento del tutto separato e indipendente , ma neanche completamente integrato si ripresenta nuovamente , ed anzi , ancor più rinvigorita la questione dei controlimiti , da parte della dottrina declassata a mera lustra e potenzialmente innocua .

A seconda di come la Corte di Giustizia risolverà il caso Taricco sapremo se l' Italia propenderà verso la chiusura a riccio dinanzi le ingerenze pervasive dell' UE o , se invece , rispettata nei suoi principi supremi costituzionali riporrà ancora fiducia nel sistema comunitario non attivando il bottone dei controlimiti .

Personalmente ritengo che la Corte di Giustizia – sebbene cercherà in tutti i modi di non metter in discussione il proprio ruolo – troverà una qualche misura intermedia per non incrinare i rapporti con uno degli Stati membri attore e promotore della nascita dell' UE .

Una soluzione possibile potrebbe esser quella di limitare nel tempo gli effetti della sentenza Taricco così da non ledere , quantomeno , il principio di irretroattività (ma anche qui la CGUE dovrebbe rimodulare un *dictum* precedente in cui aveva tassativamente escluso che si potessero limitare nel tempo gli effetti delle sue pronunce) , ma per la Corte Costituzionale ciò sarebbe sufficiente ?

E cosa ne sarebbe del potere riservato ai giudici e frutto dell' imprecisione e vaghezza dei requisiti dettati per l' applicazione dell' art. 325 TFUE?

Ci si aspetta , almeno , che il giudice europeo precisi i parametri in questione , vista la delicatezza dell' ambito in cui incide.

Che la CGUE reinterpreti l' art. 4.2 TUE così come suggerito dalla Consulta pare cosa alquanto inverosimile , non solo e non tanto perché ciò non può ricavarsi né da precedenti giurisprudenziali né dalla lettera della legge , ma quanto per il peso che simbolicamente rivestirebbe tale *revirement* .

Non che ci sia qualcosa di male a rivedere e rivisitare le proprie posizioni (d' altra parte è proprio grazie a ciò che si è potuti procedere nel cammino dell' evoluzione) , ma il giudice europeo è pronto e disposto ad indietreggiare e mostrare il fianco dopo aver raggiunto il tanto agognato *status* di corte indiscussa nell' interpretazione del diritto europeo ?

Potrebbe cogliere i suggerimenti della Consulta facendoli propri e mostrarsi aperta ad accogliere gli Stati con le loro diverse sfaccettature .

Potrebbe mostrare il carattere di un vecchio contadino d' altri tempi padre-padrone e buttare fuori dal proprio campo , sebbene arato insieme e a fatica , il “ bracciante” considerato rivoluzionario .

L' augurio è per entrambe le Corti quello di portare ai minimi termini la questione , una bella chiacchierata è certamente più fruttuosa di uno schiaffo inaspettato .

Se così non dovesse essere

Prima dell' Europa esistevano e continueranno ad esistere anche senza , al massimo si avrebbero conseguenze sul versante economico , l' Italia non verrebbe certo condannata in un Tribunale per aver più fortemente protetto un principio fondamentale.

Ma se la conseguenza peggiore realmente altro non è che una qualche sanzione dai profili economici , possiamo davvero dire che l' Europa e gli stati stiano lavorando insieme per un “mondo migliore “ o è una maschera indossata giusto per proseguire il più serenamente possibile i rapporti di convenienza economica ?

Bibliografia

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 ad opera della Corte di giustizia?* in www.forumcostituzionale.it, 2016.

R. ARNOLD, *L' identità costituzionale: un concetto conflittuale*, www.romatrepress.uniroma3.it, 2016.

F. BALAGUER CALLEJON, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell' esperienza spagnola*, in, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it, 2016.

M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

P . BILANCIA , M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009.

R . BIN , *Taricco , una sentenza sbagliata : come venirne fuori?*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it, 2016; id., *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, in www.archiviopenale.it, 2016.

A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2009.

Q . CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico* , Giuffrè , Milano, 2007 .

A. CAMON , *La torsione d' un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco* ,
Archivio della nuova procedura penale , 2016

V. CAPUANO , *Norme fondamentali del Trattato CE private dell' effetto diretto : la sentenza Admenta* , in riv. It. Dir. Pubbl. comunitario , 2006 .

A. CARRATTA, *La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale "nucleo essenziale" del "giusto processo regolato dalla legge": un monito per il legislatore ordinario*, in Giurisprudenza italiana,vol.3 , 2010

S. CATALANO , *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di Giustizia dell' Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria* , in www.aic.it,2013.

A. CELOTTO e T. GROPPI , *Primauté e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale* , in Quad. cost. , 2004, n.4 pp. 868 ss.

A. CELOTTO, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "Trattato costituzionale" europeo*, www.archivio.rivistaaic.it , 2003 ; id. ,*Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo* , www.forumcostituzionale.it, 2003 ; id. , *I "controlimiti" presi sul serio* , in www.giustiziaamministrativa.it , 2006 ; id. , *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* in www.giustamm.it ,2010.

M. CHIAVARIO , *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in AA.VV. , *Giurisprudenza europea e processo penale italiano* , a cura di A. Balsamo - R. E. KOSTORIS, Giappichelli , Torino , 2008.

S. M. CICONETTI , *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in www.archivio.rivistaaic.it ,2008.

A. M. L. COCCO ORTU , *La QPC tra rivoluzione ed eccezione : la concretezza del controllo a posteriori a tre anni dalla sua introduzione* , in www.aic.it , Riv. N. 3/2013.

L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*; www.archivio.rivistaaic.it ,2014.

C . CUPELLI , *Il caso Taricco e il contro limite della riserva di legge in materia penale*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016

F . DAL CANTO, *Il Consiglio di Stato tra normativa comunitaria e giudicato costituzionale* , in dir. Cost. , 2006.

A. D' ALOIA , *Europa e diritti* , <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it> , 2015 .

L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 652

U. DE SIERVO , *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell' uomo* , www.cortecostituzionale.it , 2010.

M. DELMAS-MARTY , *L' integration Européenne , entre pluralism , souverainisme et universalisme* , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016

G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2ème éd., P.U.F. Thémis Droit, 2006.

L . EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell' Unione Europea può erigere il giudice a legislatore* , in dir. Pen . cont. , 2016 .

P . FARAGUNA, *Il caso Taricco : controlimiti in tre dimensioni* , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

D. U. GALETTA , *La previsione di cui all' art . 3, comma 1 , cpv . 1 della legge di revisione del Titolo V della Costituzione come definitivo superamento della teoria dualista degli ordinamenti , in Problemi del federalismo, Milano 2001,pp. 293 e ss.*

V. GAROFOLI, *Il mito del "tempo ragionevole"*, in Dir. pen. proc. , 1998 , p. 1133.

B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé* , RFDA, 2004.

G. GENTILI , *Una prospettiva comparata sui sistemi europei di ricorso diretto al giudice costituzionale : suggestioni e spunti per la Corte italiana, in www.revistaselectronicas.ujaen.es, 2011.*

P.L. GETI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale tedesca nella determinazione dei rapporti con l' Unione europea, www.nomos-leattualitadeldiritto.it, 2015*

T. GIOVANNETTI , *L' ultimo passo del << cammino comunitario >> conduce la Corte a Lussemburgo* , www.aic.it, 2009.

B. GUASTAFERRO, *La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale : riflessioni sull' ord. 207 del 2013, Forum dei quaderni costituzionali , 2013.*

J.P. JACQUE , *La cour de justice de l' Unione Europeenne et la theorie des <<contre limites>>*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016

H. LABAYLE, *L' identité constitutionnelle de la France , contro-limite a la primaute du droit de l' Union Europeenne?*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it, 2016 .

E. LAMARQUE E. e P. CAVALERI ,*L' attuazione del nuovo Titolo V ,Parte seconda , della Costituzione . commento alla legge "La Loggia" (l. 5 giugno 2003 n. 131) ,* Giappichelli, Torino , 2004.

N . LAZZERINI, *La Corte di giustizia discute le implicazioni della decisione U-466/11 della Corte costituzionale austriaca sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali UE come parametro nel controllo di costituzionalità delle leggi,* www.osservatoriosullefonti.it , rubr. 2014.

D. LIAKOPOULOS, *Equo processo*, CEDAM, 2007.

M. LUCIANI , *costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico* , in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico, 2006 ; id. , *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in www.questionegiustizia.it , 2015; id. , *Il brusco risveglio . I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.aic.it ,riv. nm. 2/ 2016 .

R. LUGARA', *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015.

E . LUPO , *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

S . MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell' Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale : una lettura contestualizzata del caso Taricco* , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016

S . MANGIAMELI, *l' esperienza costituzionale europea*, www.aracneeditrice.it ,2008.

R. MASTROIANNI ,*Supremazia del diritto dell'Unione e 'controlimiti' costituzionali :alcune riflessioni a margine del caso Taricco* , in www.penalecontemporaneo.it, 2016 ; *id.* ,*La Corte Costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di "controlimiti " cosituzionali : è un vero dialogo ?* www.federalismi.it, 2017.

A. MIGLIO , *Il primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco* , www.osservatorioaic.it,2014 .

G . MORBIDELLI , *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria ?* in *Giurispr. Cost.* , 2005; *id.* ,*Corti Costituzionali e Corti Europee: la tutela dei diritti* , *Dir. Process. Amministr.* ,2006 .

C. M. NASO , *I rapporti fra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo : tendenze recenti e prospettive evolutive alla luce del Trattato di Lisbona* , dottorato di ricerca in Diritto Pubblico , in eprints.luiss.it/641/1/naso-20100319.pdf , 2010.

G. OBERTO , *La tutela dei diritti fondamentali nella carte costituzionali , ovvero del difficile dialogo tra carte e corti* , in *Il diritto di famiglia e delle persone* , 2013.

S. PANUNZIO , *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* , Jovene, 2005.

P. PASSAGLIA, *Corti Costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia* , www.osservatorioaic.it, 2010.

A. PERTICI , *Il diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale : un bilancio in attesa di una <<svolta>>* , in A. Pace, *Corte Costituzionale e processo costituzionale* , Milano , 2006 .

L . PESOLE , *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale . Spunti di riflessione sull' ordinanza n. 103 del 2008* , in Federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=10639 , 2008.

L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco : dalla <<virtuosa indignazione >> al rilancio del diritto penale europeo* , in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016.

F. POLACCHINI , *Cedu e diritto dell' Unione europea nei rapporti con l' ordinamento costituzionale interno . Parallelismi e asimmetrie alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, www.giurcost.org, 2016

D. PORENA, *L' evoluzione dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento internazionale alla luce della revisione costituzionale della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale* , www.federalismi.it, riv. Nm. 15 , 2008 .

D . PULITANO' ,*La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in dir.pen.cont. , 2016; id. *Tutela penale della persona* ,in *Diritto penale (parte speciale). Vol. I* , Torino ,2014.

L . RAIMONDI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo accentrato di legittimità costituzionale e disapplicazione: la Corte di giustizia dialoga con il Tribunale costituzionale austriaco*, www.dirittocivilecontemporaneo.com, Anno I, numero II, luglio/settembre 2014.

J. RIDEAU, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité supérieure des traités en droit français*, in Carta. dir. eur., 1975.

L. RIZZA, *Il caso Melloni : la Corte di Giustizia risponde con il primato dell' Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali . Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimento* , in Quad. eur. 53, 2013.

M. G. RODOMONTE , *Conseil Constitutionnel , la Corte Costituzionale e norma parametro . Qualche spunto per una comparazione sul ruolo interpretativo del giudice costituzionale in Francia e in Italia* ,www.arsae.it,2008.

R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti : un invito a ripensare ai modelli* ,www.forumcostituzionale.it, 2015.

F. ROSIGNOLI , *Il deficit democratico dell'Europa . due punti di vista*,
www.nomos-leattualitadendiritto.it, 2014.

J . ROSSETTO , *Quelques observations sur le control de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la VRepublique* , in *Mélanges Blumann*, 2015.

A. RUGGERI , *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti , tra teoria delle fonti e teoria dell' interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003 ;
id., *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà , ovvero sia tra esibizione della <<diffusione>> e vocazione dell' << accentramento >>*, in *riv.dir.cost.* , 2007 ;
id., *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale ? (Alla ricerca dell' araba fenice costituzionale :i <<controlimiti>>*, in A. BERNARDI(a cura di), *I controlimiti, primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* , www.giuri.unife.it,2016

V . SALMASO, *Rapporti interordinamentali e controlimiti* , www.tesionline.it, 2011.

F. SALMONI , *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee* , www.archivio.rivistaaic.it , 2002

A. SANTOSUOSSO *L' integrità della persona nell' ambito della medicina e della biologia : a proposito dell' art. 3 della Carta di Nizza*, IN *Danno e responsabilità* , n.8-9 ,2002.

G. SCACCIA, <<Rottamare>> *la teoria dei controlimiti?* , in *Commenti quaderni costituzionali* 1/2013.

F . SORRENTINO , *La tutela multilivello dei diritti* , archivio.rivistaaic.it, 2004; id. ,*Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario* ; in *Dir. Pubblico comparato ed europeo*,2012.

A. SPADARO , *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI , 1990 : id. ,*Contributo per una teoria della Costituzione , I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico* , Milano , Giuffrè , 1994.

G. TESAURO , *Il dialogo tra giudice italiano e Corti europee*, Quaderno europeo 59 ,2012.

L. TORCHIA , *I vincoli derivanti dall' ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione* , in *Le Regioni* 6/2001 .

S . VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato :la primauté del diritto nazionale* , in *dir. Proc. Amm.* , 2006.

F. VIGANO' , *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

U. VILLANI , *Sull' efficacia della Convenzione europea dei diritti dell' uomo nell' ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona*,in *Dir. Comp.* 2012.

Elenco sentenze citate

CGUE sent . 4 febbraio 1959 , causa I-58 , Friederick Stork & CO. Vs l' Alta Autorità delle Comunità Europee del carbone e dell' acciaio .

CGUE sent. 5 febbraio 1963 , Van Gend & Loos vs Amministrazione olandese delle imposte.

CGUE Sent. 15 luglio 1964, causa c6 /64 , Costa / Enel .

CGUE sent. 12 novembre 1969 , causa 29/69 , Erich Stauder vs città di Ulm-Sozialamt .

CGUE sent. sent. 183/1973 , *Frontini*.

CGUE sent. 28 ottobre 1975 , causa 36/75, Roland Rutuli vs Ministre de l' interieur .

CGUE sent. 16 dicembre 1976, causa 33/76 , Rewe I.

CGUE sent. 9 marzo 1978, in causa C-106/77 , Simmenthal.

CGUE sent. 28/10/82 , cause riunite da 50 a 58/82 , *Administrateur des Affaires marittimes di Bayonne e Procuratore della Repubblica c. Jose Dorca Marina* .

CGUE sent. 16/03/88 , *Society for the protection of the unborn children c. Open Door Counselling*.

CGUE sent. 11 luglio 1989 causa 265/87, *Schrader*.

CGUE sent. 21 settembre 1989, C- 68/88, Commissione c. Repubblica ellenica .

CGUE sent . 18 ottobre 89 , causa 374/87, Orkem c. Commissione delle Comunità Europee.

CGUE sent . 04 ottobre 1991, causa 59/90, *Society for the protection of the unborn children c. Stephen Grogan* , questione pregiudiziale .

CGUE sent. 30/04/96, causa c-13 / 94 , *P.s.V. and Cornwallcountry council* , questione pregiudiziale .

CGUE sent. 26/06/97 , questione pregiudiziale , causa c- 368/95 , *Vereinigte familia press Zeitungsverlagas-Und Vertriebs GmbH c. Heinrich Bauerverlag* .

CGUE sent.17/12/98 , questione pregiudiziale , causa c-185/95, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione* .

CGUE sent. 22/10 / 2002 , questione pregiudiziale, causa c-94/00 , *Roquette Frères SA , n. 2 c. Directeur general de la cuncurrance , de la consummation et de la repression des frauds.*

CGUE 30 settembre 2003 , causa 224/01 , Gerhard Kobler c. Republik Osterreich.

CGUE sent. 14 ottobre 2004, in causa C-36/02, Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

CGUE sent. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10 , Melki e Abdeli .

CGUE sent. 24 aprile 2012, Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri, causa 571/2010.

CGUE sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

CGUE sent. 11 settembre 2014 , C-112-13 .

CGUE sent. 11 settembre 2014 causa C-112/13, A c. B e altri

CGUE. sent. 16 giugno 2015 , causa c-62/14

CGUE sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco.

Corte EDU, 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria, Serie A n.8.

Corte EDU sent. 25/02/93 , *Serie A n. 160 , Funke c. Francia .*

Corte EDU , 9 marzo 2003, Georgios Papargeorgiou c. Grecia.

Corte EDU, 21 ottobre 2005, ricorso n. 52691/99 , Aiffaire Karabaş c. Turquie.

C. COST. sent. 98/1965.

C. COST. Sent. 183/73.

C. COST. sent . 223/83.

C. COST. sent. 8 giugno 1984 n. 170.

C. COST. sent. 315/1990.

C. COST. Sent. 118/96.

C. COST. sent . 29/1998 .

C. COST. sent. 388/1999.

C. COST. sent. 376/2000.

C. COST. sent. 445/2002 .

C. COST. sent. 393/2006.

C. COST. sent. 394/2006 .

C. COST. sent. 348/2007.

C. COST. sent. 349/2007.

C. COST. sent. 102/2008.

- C.COST. sent. 324/2008 .
- C. COST. ord. n. 65/2008.
- C. COST. ord. 102/2008.
- C. COST. ord. 103/2008 .
- C. COST. sent. 56/2009.
- C. COST. sent. 311/2009.
- C. COST. Sent. 317/2009.
- C. COST. sent. 93/2010 .
- C. COST. sent. . 227/2010.
- C. COST. sent. 80/2011 .
- C. COST. sent. 23/2013 .
- C. COST. ord. 207/2013.
- C. COST. ord. 24 del 2017 .
- CASS. sent. 17650/2002.
- CASS. sent. 11987/2002.
- CASS. sent. 360/2003.
- CASS. SS. UU. sent. 28507/2005.

- CASS. SS.UU. sent. n. 38691/2009.
- CASS. sent. 23418/2010.
- CASS. sent. 26286/2012.

CASS. sent. 8108/2012.

CASS. sent. 8817/2012.

CASS. sent. 8818/2012.

CASS. PEN. sent. 2210/2015.

CASS. SS: UU. sent. 22225/2012.

CASS. Sent. 2606/2016.

CONS. DI ST. sent. 4207/ 2005 .

CONS. DI ST. sez. V , sent. 4207/2008.

CONS. DI ST. sent. 1220/2010 .

TAR LAZIO sent. 11984/2010 .

App. Milano, Sez. II, 18 settembre 2015, QLC , De Bortoli e altri.

TRIB. BOLZANO ord. di rinv. Preg. 24 novembre 2010.

VfGH , sent. 24/02/99 B1625/98 .

CONSEIL CONST. DC 505/2004.

CONSEIL CONST. DC 70-39

CONSEIL CONST. DC 74-54 .

CONSEIL CONST. DC 76-71.

CONSEIL CONST. DC 2004- 496.

CONSEIL CONST. DC 496/2004.

CONSEIL CONST. DC 497/2004 .

CONSEIL CONST. DC. 498/2004.

CONSEIL CONST. DC 499/2004.

CONSEIL CONST. DC 504-2006 .

TRIB.COST. SPAGN. 236/1991.

TRIB. COST. SPAGN. 64/1991.

TRIB.COST. SPAGN. 1/2004.

TRIB. COST. SPAGN. recurso de amparo 6922/2008, Melloni .

BVERFG 29/05/74 , 2BvL 52/71.

BVERFG sent. 29/05/1974.

BVERFG 22/10/86, 2BvR 197/83.

BVERFG 12/10/93, 2BvR 2159/92.

BVERFG 30/06/2009 , 2Bve 2/08.

Ringraziamenti

Una delle parti migliori del mio elaborato credo sia proprio questa.

Ormai da tempo , troppo forse, attendo di scrivere queste righe per poter , finalmente , ringraziare chi mi ha sostenuto , appoggiato , incoraggiato e spronato in questo percorso .

Non sono solita esprimere i miei sentimenti oralmente ,l'impresa mi riesce meglio scrivendo .

Innanzitutto un immenso grazie al mio relatore che dopo un paio di anni di peripezie , intoppi , ostacoli e blocchi è riuscito a condurmi al traguardo .

Non ho mai avuto particolari difficoltà nella mia carriera scolastica , sin dalle elementari i miei genitori andavano fieri di me.

Nel corso degli anni sono cresciuta nella consapevolezza di essere particolarmente portata per lo studio e neppure la famigerata “ Giurisprudenza di Catania” ha scalfito la mia sicurezza a riguardo.

Ahimè , non avevo messo in conto che dall'ultimo esame sostenuto sarebbero trascorsi ben due anni prima della tanta attesa proclamazione.

Sono stati mesi lunghi , difficili .

Le mie sicurezze vacillavano ogni giorno di più , ho perso la mia proverbiale solarità , il mio sorriso sempre entusiasta , la mia serenità e un bel po' di chili .

In questi momenti ho avuto vicino poche persone , le uniche che nella mia vita contano realmente.

Il mio primo pensiero non può che essere rivolto a voi mamma e papà.

Non credo che qualche riga a fine stesura possa rendere onore ai miei genitori. Neppure un libro potrebbe essere sufficiente.

Già , magari non tutti sanno che persone speciali sono sempre state , non tutti sanno che lavoratori come loro sono più unici che rari .

Papà la tua severità tanto odiata quando ero ancora adolescente si è rivelata una delle caratteristiche più incisive nella mia crescita : è grazie a questa che sono la ragazza un po' all'antica di oggi , è te papà che devo ringraziare se ad oggi valori come la famiglia, il sacrificio e la serietà mi scorrono nel sangue.

So che non sono la figlia perfetta che magari avresti desiderato , so che delle volte ti ho dato dispiaceri , ma so che non potrei mai amare nessuno come amo te.

Sono fiera di avere un padre bello , un padre forte, un padre che rappresenta per antonomasia un uomo d'altri tempi .

Dietro il tuo sguardo delle volte di ghiaccio e pietrificante ho imparato a leggere la paura che hai avuto di crescermi male , adesso sei un padre diverso , giorno dopo giorno diventi sempre più comprensivo , non so se è più rassegnazione di accettarmi così per come sono o se in cuor tuo pensi che, alla fine, non hai fatto un brutto lavoro con me .

Per quanto non sempre sono stata all' altezza delle tue aspettative , so che dentro di me ho tenuto presente i tuoi insegnamenti ogni momento e che mai al mondo vorrei o potrei immaginarmi senza te.

Spero di non deluderti mai .

Mamma , tu a dispetto del tuo aspetto ancora fresco e giovane sei una di quelle poche donne che rientrano nella quasi ormai estinta razza di "donna di casa".

Delle volte sembri severa , fredda e distaccata , ma crescendo ho imparato con mio grande stupore che sei una delle persone più fragili , sensibili e tenere che ci siano (a parte quando furtivamente porto via qualche tuo vestito , lì ti assicuro che non hai nulla di docile!).

Eri poco più che una ragazzina quando sono nata e non hai mai smesso di essermi madre, senza più pensare a te, senza fermarti per ricordarti che ancor prima di essere mamma, moglie, lavoratrice e figlia, eri una donna.

Tutto e tutti sono sempre venuti prima di te stessa .

Adesso che sono cresciuta spero di non permettere più niente e a nessuno a di metterti in secondo piano .

Mamma e papà siete stati , continuate ad essere e sarete sempre i miei due punti di riferimento .

Siete come il buon vino : più pregiati ogni giorno che passa.

Come potrò mai ringraziarvi per aver speso l'intera vita per i vostri figli?

Come potrò mai restituirvi l'amore, il sostegno , il lavoro fatto per me?

Non è così scontato trovare genitori che annullano se stessi per garantire un futuro quanto più florido e solido ai propri figli .

Non vi ho mai visto ritagliare tempo per voi stessi , non vi siete mai goduti la vita semplicemente perché per voi la vostra vita siamo sempre stati io e Rocco.

Adesso mi auguro una sola cosa: i vostri figli sono cresciuti quindi mettete un attimo da parte, perché la mia gioia più grande è vedervi vivere appieno di ogni omaggio che Dio vi dà.

Spero di riuscire ad essere come voi , essere quasi perfetti , integerrimi nell'animo , grandi genitori e invidiabili amanti .

Aspiro ad avere l'intraprendenza lavorativa che possedete e la grande premura che avete dedicato alla cura del vostro matrimonio.

Papà spero che la persona che starà al mio fianco sia in grado di reggere il confronto con te , so bene che l'impresa è ardua,ma ci proviamo!

Mamma spero di poter esser la donna fedele, lavoratrice e amorevole che sei tu ,
mi auguro solo di non ereditare la tua perenne ansia .

Grazie per avermi messo al mondo , per non avermi mai fatto desiderare nulla,
per avermi reso una dottoressa.

Il secondo importante uomo che ho conosciuto nella mia vita è mio fratello ,
Rocco.

Già a pensarti mi nasce spontaneo un sorriso e pensare che quando sei nato
volevo buttarti nella spazzatura!

Sei da sempre il mio compagno di giochi , di liti , risate ed infine un mio amico .

Da grandi abbiamo trovato un equilibrio tutto nostro : tu figlio ribelle e
combinaguai , io figlia modello che ti copriva .

Solo che poi era tutta apparenza , dietro quel tuo carattere delle volte burbero si
è sempre nascosto un animo gentile e fortemente emotivo e dietro il mio visetto
d'angelo si celava una piccola peste .

Insomma siamo una miscela esplosiva e ringrazio mamma e papà per questo
grande dono. Sarei morta di noia senza te. Grazie di essere così come solo tu sai
essere.

Non posso non menzionare i miei secondi genitori :i miei nonni .

Oggi fisicamente ne ho solo tre qui , ma so per certo che lassù mia nonna Maria e
mia nonna Anna stanno già festeggiando.

Per ognuno di voi avrei decine di aneddoti da raccontare, ma qui mi limiterò a
descrivere alcuni tratti che vi caratterizzano e che porto sempre nel cuore.

Mia nonna Pina è stata la mia seconda mamma e come ogni nonna che si rispetti
mi ha condotto con fierezza verso il sovrappeso .

Già nonna , non posso mica dimenticare tutti quei pomeriggi di pane e cioccolato! Grazie per l’amore smisurato che mi hai sempre dato , grazie per ogni giorno in cui mi ricordi che mi vuoi bene , ma soprattutto grazie per l’appoggio che riuscivi a darmi quando mi vedevi giù , racchiudendo il tutto in tre semplici paroline magiche che mi hanno da sempre dato un inspiegabile conforto : “abboggia ‘a mamma”.

Nonno Salvatore , sei un uomo gentile , meticoloso (delle volte anche troppo) e sei anche buffo quando in silenzio ti guardi attorno con aria sospetta e poi parti , tutto assieme e a raffica con una delle tue massime , che per quanto possano essere serie e importanti mi fanno sempre venir fuori un sorriso per come le dici e allora sei lì a puntualizzare che non c’è nulla da ridere. Sì nonno , c’è sempre da ridere , o almeno dovremmo trovare un motivo per farlo .

I ricordi più intimi che porto con me sono quelle passeggiate che mi facevi fare a Macchitella , quelle volte in cui aggiustavi sempre tutto e io , da bambina ,ti portavo i più disparati oggetti rotti per farli riparare perché per me sei sempre stato l’unico a saperlo fare e se qualcuno diceva che una cosa era irreparabile la portavo da te e ,come ogni volta ,non mi deludevi mai .

Mi hai accompagnata nel mio percorso di vita sempre, come tutti quei pomeriggi in cui finita la lezione di karate tu eri lì davanti la palestra ad aspettarmi e senza bisogno di dire nulla sapevi già che volevo fermarmi in rosticceria .

Sei stato più di un nonno e poterti avere qui è una delle gioie più grandi che potevi regalarmi.

Un altro nonno speciale è mio nonno Rocco .

Dovete tutti sapere che io sono cresciuta con i suoi racconti , i suoi indovinelli e i suoi proverbi .

Nonno sai che li ho sempre ascoltati a bocca aperta? Le tue parole tramandate a mio padre e poi a me hanno fatto sì che ad oggi sono una di quelle poche persone che nonostante la giovane età ha un proverbio per ogni occasione.

Anche tu nonno mi sei stato vicino nella crescita , in particolar modo durante la mia adolescenza quando mio padre si ostinava a tenermi a casa tu intervenivi ogni volta che potevi .

Aspettavo le feste pasquali perché sapevo già che anche se lui non mi permetteva di uscire io potevo correre da te , l'unica persona in grado di piegare la sua volontà .

E allora trascorrevi quel venerdì santo felice a Butera , rientravo alle due di notte ed ero felice perché mi avevi regalato una sera di libertà che mi sarei fatta bastare fino a San Rocco nel migliore dei casi o fino alla pasqua successiva se proprio andava male ! Grazie nonno di essere qui a festeggiare con me !

Ed ora è arrivato il turno dei miei due angeli in cielo .

Cara nonna Maria non ti ho mai conosciuta eppure ho così tanto sentito parlare di te che mi sei familiare tanto quanto gli altri nonni .

Qualcuno dice che ho il tuo stesso naso , lo spero .

Grazie per la splendida donna che hai messo al mondo , mia madre.

Nonna Anna oggi non sei qui con me direbbe qualcuno , non è vero , ci sei eccome.

Adesso immagino quel tuo mezzo sorrisino di chi non esagera mai nelle reazioni eccetto quelle poche volte in cui dopo aver accumulato ore ed ore scoppiavi con un semplice “va rrunghiti” che ci faceva ridere tutti .

Grazie per tutti quei morsi dati sulle mie guance , il tuo affetto era così grande che i baci non bastavano.

Spero tu sia orgogliosa del nome che porto .

In famiglia siamo numerosi e per ognuno di voi potrei raccontare momenti indimenticabili , ma non me ne vogliate se non riesco a farlo qui .

Non posso esimermi però dal ringraziare alcuni di voi che in un modo o nell'altro mi sono stati più vicini .

Grazie a mia zia Dinella e alla mia madrina Barbara .

Non mi avete mai lasciata sola un attimo in questo periodo, seppur con la delicatezza e discrezione che vi contraddistingue. Due donne che hanno una grande forza alle spalle , due zie che hanno sempre saputo quando starmi vicino coi consigli e quando col silenzio.

Mia zia Dinella è una donna all'apparenza dura, ma poi , chi la conosce , sa che è una gran tenerona che maschera tutto dietro quel visino così severo .

Sei una instancabile leonessa zia , grazie per essere così forte.

Zia Barbara, tu sei la più affine a me, mi hai seguita nel mio percorso di studio e non solo .

Ti ho sempre sentita particolarmente vicina nonostante la distanza. Riesci a percepire i miei stati d'animo e sei capace di condividere gioie e dolori con me come solo una mamma sa fare.

In molti dicono che ho parecchi tuoi modi di fare. Ne sarei davvero lusingata .

Grazie anche a mio zio Nuccio che è sempre stato più un fratello maggiore .

Cresciuti assieme non abbiamo mai perso quel feeling che ci lega .

Auguro a tutti uno zio come lui , giovane , spiritoso e un po' pazzo.

Un particolare grazie va alle mie cugine Alessia e Selena , compagne d' avventura dal liceo .

Con voi ho attraversato il passaggio dalla pubertà alla maturità e siamo qui , ancora amiche , ma ormai donne.

Un pensiero va anche a te “piccola”Jasmine , grazie per avermi insegnato ad essere forte. Sei venuta fuori a distanza di circa dieci anni dalle tue sorelle e fortunatamente hai raccolto solo le loro qualità tralasciando i difetti ! Sei un vulcano di coraggio e determinazione , una gran furbona ed anche una piccola grande donna.

Altre due stelle che ho nel cuore sono Giuseppe ed Helia.

Caro Giuseppe tu sei il cugino più simile a me, pur essendo cresciuti a chilometri di distanza da quando avevamo circa cinque anni basta rivederci un istante che tutto torna come vent’anni fa con una sola differenza : oggi fortunatamente quando ti arrabbi non dai morsi!

Helia .. che dire ... tu sei il capolavoro finale.

Dopo una serie di esperimenti fatti con noi cugini più grandi è nata una stella che si distingue per bellezza , intelligenza e svariati talenti .

Sei il mio orgoglio !

Adesso è il momento di ringraziare quel tipo di persone che sono speciali perché le scegli .

Io ne ho scelte veramente poche , ma così splendide e splendenti che non vi era spazio per altre.

Le mie due migliori amiche : Giulia ed Annalisa.

Giulia , mia secolare amica dal ginnasio, abbiamo praticamente condiviso tutto assieme !

Dalle interrogazioni , alla prima sigaretta , alle fughe da scuola, agli esami di maturità.

Una apparentemente calma e razionale, l'altra sempre pronta a fare caciara, in realtà abbiamo sempre viaggiato sulla stessa lunghezza d'onda.

Grazie per essermi stata vicino quando ne avevo bisogno , senza troppe parole hai sempre saputo quando era il momento di dirmi “andiamo a prendere un caffè”, caffè interminabili , abbiamo messo radici in svariati bar di Catania , abbiamo riso tanto e litigato veramente poco , forse niente. Da ormai quindici anni mi stai accanto , a prescindere dagli impegni di vita che abbiamo , sai ancora riconoscere il mio tono di voce alterato anche quando cerco di nascondere .

Annalisa tu , invece, sei arrivata quando ero già all'università.

Non credevo di poter legare così intensamente e velocemente con una persona, diffidente come sono nell'aprirmi .

Ma come solo una donna raggianti dentro e fuori può fare ,sei entrata nel mio cuore per non uscirmi più.

Grazie per tutte quelle notti trascorse in veranda tra libri di diritto, caffè , sigarette, fisime mentali e ore impiegate a far di tutto tranne che l'unica cosa che c'eravamo prefissate : studiare!

Per ultimo , ma non per questo meno importante ... Luca.

Bhè devo dire che se c'è una persona che ha subito più di ogni altra i miei scatti di ira, i miei pianti , le mie urla e tutti i tratti psicolabili della mia personalità quello sei tu .

Non so come sei riuscito a sopravvivere a tutto questo , chi mi conosce bene , sa che so essere indisponente, pungente , aggressiva e nevrotica come solo un disturbato mentale riesce ad essere.

Nonostante tutto , però , tu c' eri .

E c'eri per ogni cosa, per accompagnarmi dal professore perché col caldo soffro , per andare a prendere il gelato quando era il momento meno opportuno , per

andare a fare la spesa , ma c'eri soprattutto quando ero una delle persone più insopportabili .

Non che tu sia uno stinco di santo , ma so bene che in alcuni periodi della mia vita divento particolarmente estenuante.

Grazie per tutti i semplici gesti che mi hai donato , ma soprattutto grazie per quella serie infinita di caffè con cui ti sei sempre presentato sapendo che era una delle piccole cose che poteva migliorarmi la giornata e strapparmi un sorriso .

Rientri in quella strettissima cerchia di persone che portano il sole dentro e hanno un cuore “bianco” , sempre limpido e privo di sentimenti negativi.

Un grazie a tutti voi che siete presenti , persone che in un modo o nell'altro mi hanno accompagnata nella crescita .

Vi ringrazio di essere qui a gioire di questo mio traguardo !